



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

Seminario de Derecho Constitucional

Título de tesis: "La Argumentación Legislativa"

Nombre del alumno: Ignacio Gutiérrez Agüero

Nombre del asesor: Efrén Chávez Hernández

Fecha de entrega: 6 de septiembre de 2023



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Índice

Introducción.....	6
--------------------------	----------

Capítulo I: Aspectos teóricos fundamentales de la argumentación legislativa	9
------------------------------------------------------------------------------------------	----------

I.1.- Definición y características generales de la argumentación legislativa	9
-------------------------------------------------------------------------------------------	----------

I.1.1.- Raíz etimológica y definición del concepto de argumentación	9
---------------------------------------------------------------------------	---

I.1.2.- Dialéctica: género próximo de la argumentación	10
--------------------------------------------------------------	----

I.1.3.- Diferencia específica en la definición de la argumentación.....	14
-------------------------------------------------------------------------	----

I.1.4.- Concepciones de la argumentación de Manuel Atienza	17
------------------------------------------------------------------	----

I.1.5.- Concepto de legislación y esquema legislativo.....	18
------------------------------------------------------------	----

I.1.6.- Definición de argumentación legislativa.....	22
------------------------------------------------------	----

I.2.- Argumentación legislativa como rama de la ciencia de la legislación	24
----------------------------------------------------------------------------------------	-----------

I.2.1.- La ciencia de la legislación en la Ilustración: Montesquieu y Filangieri	24
----------------------------------------------------------------------------------------	----

I.2.2.- La ciencia de la legislación según Francisco Martínez Marina	26
----------------------------------------------------------------------------	----

I.2.3.- La ciencia de la legislación según Jeremy Bentham.....	31
----------------------------------------------------------------	----

I.2.4.- Ideas contemporáneas sobre la ciencia de la legislación: Teoría, técnica y argumentación legislativas	32
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

I.3.- Teorías de la argumentación enfocadas a la función legislativa.....	35
----------------------------------------------------------------------------------	-----------

I.3.1.- Concepto de función legislativa	36
-----------------------------------------------	----

I.3.2.- Delimitación de las teorías de la argumentación	38
---------------------------------------------------------------	----

I.3.3.- Teoría de la argumentación de Theodor Viehweg y la función legislativa	42
--------------------------------------------------------------------------------------	----

I.3.4.- Teoría de la argumentación de Stephen Toulmin y la función legislativa.....	46
-------------------------------------------------------------------------------------	----

I.3.5.- Teoría de la argumentación de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca y la función legislativa.....	49
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

I.3.6.- Teoría de la argumentación de Neil MacCormick y la función legislativa	53
--------------------------------------------------------------------------------------	----

I.3.7.- Teoría de la argumentación de Jürgen Habermas y la función legislativa	62
--------------------------------------------------------------------------------------	----

I.3.8.- Teoría de la argumentación de Robert Alexy y la función legislativa	69
-----------------------------------------------------------------------------------	----

I.3.9.- Relación de la fórmula de ponderación con la función legislativa	77
--------------------------------------------------------------------------------	----

I.3.10.- Teoría de la argumentación de Manuel Atienza	80
-------------------------------------------------------------	----

I.4.- Argumentación legislativa en el acto legislativo	83
---------------------------------------------------------------------	-----------

I.4.1.- Acto jurídico y acto administrativo	83
---------------------------------------------------	----

I.4.2.- Definición y explicación del acto legislativo	84
-------------------------------------------------------------	----

I.4.3.- Relación del acto legislativo con la argumentación legislativa	86
------------------------------------------------------------------------------	----

Capítulo II: Origen y evolución histórica de la argumentación legislativa.....	92
II.1.- Origen y antecedentes de la argumentación jurídica.....	92
II.1.1.- La argumentación en la antigua Grecia	92
II.1.2.- Aportaciones de Aristóteles a la retórica.....	94
II.1.3.- Antecedentes romanos de la argumentación.....	98
II.2.- Origen y antecedentes de la argumentación legislativa	100
II.2.1.- Origen de la argumentación legislativa y su antecedente romano	100
II.2.2.- Antecedentes medievales de la argumentación legislativa	102
II.2.3.- Antecedentes de la época moderna respecto a la argumentación legislativa	103
II.3.- Desarrollo histórico de las teorías de la argumentación jurídica.....	103
II.3.1.- Momentos históricos del desarrollo de las teorías de la argumentación	103
II.3.2.- Características de las teorías de la argumentación jurídica	105
II.4.- La argumentación legislativa en el contexto histórico mexicano	106
II.4.1.- La Constitución de Cádiz y la argumentación legislativa.....	106
II.4.2.- La argumentación legislativa del Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz	107
II.4.3.- La Constitución de Apatzingán y la argumentación legislativa	108
II.4.4.- La argumentación legislativa en la Independencia de México.....	109
II.4.5.- La argumentación legislativa en el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de 1824	111
II.4.6.- La argumentación legislativa en el centralismo.....	112
II.4.7.- El triunfo del federalismo	113
II.4.8.- La Constitución de 1857 y el fortalecimiento del poder legislativo	114
II.4.9.- La Constitución de 1917 y los reglamentos legislativos del siglo XX.....	115
Capítulo III: La argumentación legislativa en las fuentes jurídicas mexicanas	117
III.1.- Facultad argumentativa de los órganos parlamentarios.....	117
III.1.1.- Facultades constitucionales	117
III.1.2.- Facultades reglamentarias.....	118
III.2.- Principios generales de la argumentación legislativa.....	120
III.2.1.- Concepto y características de los principios generales del derecho	120
III.2.2.- Los principios sustantivos del derecho parlamentario y la argumentación legislativa	122

III.2.3.- Los principios adjetivos del derecho parlamentario y la argumentación legislativa	123
III.2.4.- Principios directamente relacionados con la argumentación legislativa	124
III.3.- Regulación de la técnica legislativa en la ley	127
III.3.1.- La técnica legislativa en la Constitución Federal.....	127
III.3.2.- La técnica legislativa en la Ley Orgánica del Congreso General.....	127
III.3.3.- La técnica legislativa en el Reglamento del Congreso General.....	128
III.3.4.- La técnica legislativa en el Reglamento de la Cámara de Senadores	130
III.3.5.- La técnica legislativa en el Reglamento del Congreso de la Ciudad de México	132
III.4.- La argumentación legislativa en la doctrina	133
III.4.1.- Doctrina indirecta de la argumentación legislativa	133
III.4.2.- Doctrina especializada en argumentación legislativa	135
III.4.3.- La lógica parlamentaria de William Gerard Hamilton	135
III.4.4.- La nomografía de Jeremy Bentham	136
III.4.5.- Carl Schmitt y el parlamentarismo	138
III.4.6.- Doctrina contemporánea relacionada a la argumentación legislativa	140
III.5.- Jurisprudencia referente a la argumentación legislativa	144
III.5.1.- Concepto y características de la jurisprudencia	144
III.5.2.- Jurisprudencia sobre la argumentación legislativa	146
III.6.- Argumentación legislativa y la costumbre.....	150
III.6.1.- Concepto de costumbre y sus características	150
III.6.2.- Niveles de análisis de la costumbre en la argumentación legislativa.....	151
III.6.3.- La costumbre camaral y la argumentación legislativa	151
III.7.- Argumentación legislativa en los tratados internacionales.....	154
III.7.1.- Marco jurídico de los tratados internacionales en México	154
III.7.2.- El control difuso de convencionalidad y la argumentación legislativa.....	155
III.7.3.- El bloque de convencionalidad y la argumentación legislativa	155
III.7.4.- El control concentrado de convencionalidad y la argumentación legislativa en un caso práctico	157
Capítulo IV: Aplicación de la argumentación legislativa en el Congreso de la Unión para dar eficacia a las leyes	159
IV.1.- Relación de la eficacia jurídica y la eficiente argumentación legislativa ...	159
IV.1.1.- Concepto y características de la eficacia jurídica	159

IV.1.2.- Justicia.....	160
IV.1.3.- Validez.....	161
IV.1.4.- Eficacia.....	162
IV.1.5.- Relación entre la justicia, la validez y la eficacia	164
IV.1.6.- El realismo jurídico.....	164
IV.1.7.- Eficacia sin validez y validez sin eficacia	165
IV.1.8.- La eficacia y la validez según Robert Alexy	168
IV.1.9.- Posturas referentes a la circularidad de la validez jurídica	170
IV.1.10.- Las colisiones entre las concepciones de validez	171
IV.1.11.- La validez jurídica según Herbert Lionel Adolphus Hart	174
IV.1.12.- La relación entre la eficiente argumentación legislativa y la eficacia jurídica	176
IV.2.- Saneamiento de carencias argumentativas en los productos parlamentarios	178
IV.2.1.- Los productos parlamentarios, sus vicios de forma y sus remedios	178
IV.2.2.- Los productos parlamentarios, sus vicios de contenido y sus remedios.....	181
IV.3.- Correspondencia del acto legislativo con la realidad mexicana.....	183
IV.3.1.- La ineficacia jurídica	183
IV.3.2.- Actos legislativos ilegales, culpables y excesivos	186
IV.4.- Ineficacia legal en el Congreso mexicano actual	188
IV.4.1.- Escenarios posibles de ineficacia jurídica	188
IV.4.2.- La ineficacia jurídica de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.....	189
IV.4.3.- La ineficacia jurídica de la reforma electoral del 10 de febrero de 2014	191
IV.4.4.- Ineficacia en el marco jurídico de la cannabis para uso lúdico	193
IV.5.- Incorporación de una argumentación legislativa sólida en las fuentes jurídicas mexicanas	195
IV.5.1.- Razones para mejorar la argumentación legislativa actual.....	196
IV.5.2.- Factores de previsión legislativa en la ley	196
IV.5.3.- Argumentación legislativa de mayor solidez en las fuentes jurídicas.....	198
Conclusiones.....	201
Bibliografía.....	203

Introducción

La tesis presente, propone el análisis de la argumentación legislativa como una rama directa e independiente del gran género de la ciencia de la legislación. De esta manera, se abarcará el estado de la argumentación legislativa en el Congreso de la Unión para el caso particular mexicano tanto actual como a lo largo de la historia, con base en la hipótesis de que ante la persistencia de productos parlamentarios carentes de claridad jurídica, coherencia y consistencia respecto al sistema normativo, cumplimiento, orden, equilibrio, constitucionalidad y convencionalidad, surge la ocupación y responsabilidad de incorporar y fortalecer a la argumentación legislativa dentro de la ley y la doctrina, aumentándose en consecuencia la probabilidad y porcentaje de eficacia tanto de la norma jurídica, como de toda labor del congreso.

La mejora en el razonamiento jurídico parlamentario incrementa el cumplimiento y, por tanto, la eficacia de las leyes, pues en virtud de una mayor claridad de cada acto legislativo, se promueven mayores posibilidades para comprender las diversas hipótesis normativas y, por ende, la facilidad de los destinatarios de la norma jurídica para llevar a cabo lo establecido en la ley.

La desmesurada vaguedad, ambigüedad y textura abierta de cada ley, han dado lugar a una excesiva necesidad de interpretación por parte de las autoridades, por ello, esta tesis propugna el desarrollo de lineamientos que permitan al legislador evaluar primeramente la necesidad de que se atienda un problema de orden público mediante la creación de la ley como último recurso y la justificación de dicha necesidad; asimismo, analizar la viabilidad de la ley, referente a la efectividad con que la autoridad y los particulares puedan cumplirla en aras de satisfacer una necesidad de orden público; examinar su conformidad, atendiendo a su concordancia con el sistema jurídico en que estaría vigente, en otras palabras, su concurrencia constitucional, convencional y legal; revisar la claridad y concisión en el fin para el que estaría siendo creada esa ley; y, finalmente, el correcto uso del lenguaje legislativo con la aplicación adecuada de

la gramática y la lógica para lograr la precisión de las palabras de la norma y así sea accesible e inteligible para el destinatario.

Este tipo de medidas se instauran como factores de prevención legislativa encaminadas a la consecución de la mayor eficacia posible.

Entre los efectos favorables de lo anteriormente dicho, está el incremento constante de la seguridad jurídica, desde la creación de las leyes, pues su mayor justificación argumentativa y claridad, las vuelve más asequibles ante sus destinatarios y contribuyen a una menor incorporación de distintos ordenamientos que fomenten la inflación interpretativa y normativa, descrita por la pluralidad creciente y constante de cada vez más leyes e interpretaciones.

Además, se atenderá a la necesidad de la evaluación constante de la ley en contraste a la realidad, es decir, los impactos que tiene la reciente creación normativa en ámbitos tanto jurídicos (beneficios o perjuicios al sistema jurídico por virtud de la ley creada o propuesta) como en ámbitos extrajurídicos, (impactos sociales, económicos, políticos y culturales).

Tomando en consideración estos ámbitos, se buscarán los lineamientos y directrices que el legislador, en conjunto a su grupo de asesores, habrán de seguir para llevar a cabo un examen eficaz de las diferentes situaciones que la ley haya originado, por ejemplo, analizando perpetuamente si el acto legislativo trajo satisfacción de las necesidades de orden público, si generó más, si llegó a resolver el problema que motivó la creación de la norma jurídica, si existió algún impacto en el orden normativo del derecho mexicano, entre otras circunstancias.

También se destacará la argumentación utilizada en actos parlamentarios que no necesariamente sean creaciones normativas, sino también abrogaciones, derogaciones, reformas, agregados, acuerdos, actas, mociones y en general los diferentes actos legislativos de mayor relevancia para la vida jurídica de México.

Así, se tratarán los principios parlamentarios que deben ser satisfechos para llegar a una correcta realización del acto legislativo de que se trate, ya sea

con la ayuda de la adecuada técnica legislativa o con una efectiva aplicación de la teoría de la legislación en fomento de una comprensión íntegra sobre las actividades al interior del Congreso.

La tesis pretende fortalecer una ciencia frecuentemente olvidada por los juristas, la ciencia de la legislación, pues se ofrece abordar la crisis legal de ineficacia jurídica, manifestada en la incongruencia de la ley y la realidad, desde su creación efectiva, hasta la totalidad del proceso legislativo.

Capítulo I: Aspectos teóricos fundamentales de la argumentación legislativa

I.1.- Definición y características generales de la argumentación legislativa

I.1.1.- Raíz etimológica y definición del concepto de argumentación

La palabra latina *argumentum*, traducida al español como prueba, razón convincente o argumento, tiene su raíz en el verbo argo-arguere, que significa hacer constar, dar a conocer, manifestar o afirmar. A su vez, el vocablo griego argés (Αργής), que denota blancura deslumbrante, en contraposición a lo oscuro o poco claro, constituye el antecedente más lejano del verbo latino anteriormente citado.¹ De esta etimología, a primera vista clara, es necesario tomar en cuenta que el concepto de argumentación se ha transformado a lo largo del tiempo y que en la actualidad, además de tener diferentes campos de aplicación, debe definirse considerando no solamente a la razón como su eje central, sino también al convencimiento y a la persuasión, así como a la adherencia de la voluntad, por parte de los receptores o adversarios a quienes vaya dirigida.

Así, se propone definir la argumentación como el acto mediante el que se presenta, ante un destinatario, un conjunto de razonamientos elocuentemente enunciados, enlazados y ordenados de modo que tiendan a demostrarle la necesidad de inferir consecuencias derivadas de premisas, justificarle el porqué de una postura o resolución y adherir su opinión a la refutación o sostenimiento de una tesis, así como, generarle la disposición psicológica para encauzar su voluntad a la decisión de un pensar, sentir o actuar específico. Para llevar a cabo

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y a la argumentación*, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 263.

el desarrollo de cada elemento presente en la anterior definición, se partirá analizando a la argumentación como acto dialéctico, en virtud de que éste se expresa como su género próximo.

I.1.2.- Dialéctica: género próximo de la argumentación

La argumentación presupone una comunicación intersubjetiva, donde un sujeto o conjunto de sujetos, emisor del contenido argumentativo, pretende justificar, defender, persuadir o demostrar una tesis a un sujeto o conjunto de sujetos receptor, quien responderá con la adhesión o discrepancia de dicha tesis.

Ante una hipótesis de discrepancia por parte del receptor, habrá dos posibilidades: la primera es que podrá originar una contra argumentación y la segunda es que simplemente no suscribirá con la opinión del emisor. En cualquier caso, se necesita el elemento dialéctico para que exista un proceso argumentativo. Finalmente, si se manifiesta la divergencia del receptor, se originará la posibilidad de conciliar las tesis polarizadas, de modo que se termine por construir una verdad plausible para las partes involucradas en el proceso argumentativo.

La dialéctica se utiliza como método a partir del cual se puede razonar sobre todo problema propuesto, a partir de cosas plausibles, de modo que si se sostiene un enunciado, no pueda decirse nada que le sea contrario², así lo señala Aristóteles, quien, asimismo, por considerar la acción de razonar como esencial a la anterior propuesta, define al razonamiento como "un discurso (lógos) en el que, sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido".³

El autor Johann Gottlieb Fichte, inaugura un sistema dialéctico que formará la base para sus principios fundamentales de toda la doctrina de la ciencia, expresando que: "En toda proposición es preciso, pues, partir de la mostración de

² Aristóteles, *Tópicos*, trad. de Miguel Candel San Martín, España, Gredos, 1982 (obra original publicada en 345 a.n.e.), pp. 89-90

³ Idem

los opuestos, los cuales deben ser conciliados... debemos, pues, buscar las notas opuestas que subsisten en el yo y el no-yo unidos por esta síntesis, en la medida en que ellos son enlazados por ésta".⁴

Partiendo de esta explicación, Fichte reduce su sistema dialéctico a tres principales componentes profundamente vinculados, escribiendo que: "Lo mismo que no es posible la antítesis sin la síntesis, ni la síntesis sin la antítesis, igualmente las dos son imposibles sin tesis"⁵. Así, la argumentación, como acto dialéctico, requerirá del antagonismo presente entre posiciones para enlazarse hacia una verdad plausible de mayor amplitud.

Por su parte, Friedrich Wilhelm Joseph Schelling, para llevar a cabo la exposición de los principios de su sistema del idealismo trascendental, plantea entender a la autoconciencia como un acto de síntesis absoluta, donde existe la contraposición entre lo subjetivo y lo objetivo, es decir, por un lado, la parte del sujeto que está realizando la acción de limitar o definir la conciencia y por otro, la definición misma de la conciencia. Por ello, Schelling comenta que "si nos representamos el Yo objetivo (la tesis) como *realidad* absoluta, lo contrapuesto a él deberá ser absoluta *negación*... si el Yo debe ser real, es decir, hacerse a sí mismo objeto, ha de ser suprimida realidad en él, o sea, tiene que dejar de ser realidad absoluta. Pero igualmente: si lo contrapuesto debe llegar a ser, tiene que dejar de ser negación absoluta."⁶

Así, se distingue entre un componente ideal o subjetivo y uno real u objetivo al interior del yo, que plantean una simultaneidad de opuestos pero que están armonizados. Por eso, Schelling resuelve que "si ambos deben hacerse reales,

⁴ Fichte, Johann Gottlieb, *Fundamento de toda la doctrina de la ciencia*, trad. de Juan Cruz Cruz, Pamplona, 2005 (obra original publicada en 1794), p. 63

⁵ Idem

⁶ Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph, *Sistema del idealismo trascendental*, trad. de Jacinto Rivera de Rosales y Virginia López Domínguez, México, Titivillus, 2017 (obra original publicada en 1800), p. 121.

han de repartirse la realidad, por así decirlo. Pero esta división de la realidad entre ambos, entre lo subjetivo y lo objetivo, no es posible sino por una tercera actividad del Yo que oscila entre ambos, y esta tercera, a su vez, no es posible si los dos opuestos no son ellos mismos actividades del Yo".⁷ Al coincidir el propio entendimiento de una facultad consciente para delimitar a la misma conciencia que se está definiendo, se produce la autoconsciencia como una síntesis entre lo objetivo y lo subjetivo, lo real y lo ideal, lo limitante y lo limitado. El procedimiento dialéctico puede verse en este punto, expresado como presupuesto para entender el acto de autoconsciencia como síntesis absoluta, así como mecanismo espiritual: "este progreso desde la tesis a la antítesis y de ahí a la síntesis, por tanto, está originariamente fundado en el mecanismo del espíritu".⁸

Ahora bien, así como Schelling, Gerog Wilhelm Friedrich Hegel engloba el fenómeno de la autoconsciencia. Para éste último, la autoconsciencia manifestará en su naturaleza la dialéctica, pues analizándola desde el punto de vista del escepticismo, "pone de manifiesto el movimiento dialéctico"⁹, donde será posible atisbar una primera discordia irreconciliable de elementos, tras la cual surgirá la unificación de estos. Por ello, entiende a la conciencia misma como la "inquietud dialéctica absoluta, esa mezcla de representaciones sensibles y pensadas cuyas diferencias coinciden y cuya igualdad se disuelve también de nuevo".¹⁰

Hegel deduce que en la conciencia está la capacidad de distinguir entre el ser y el no ser, sin embargo, distinguir conscientemente el no ser, lo trae al mundo del ser, de modo que la conciencia sería un agente unificador de dos contrariedades. Por ejemplo, cuando se concibe a lo esencial separado de lo inesencial, la conciencia "hace desaparecer en su pensamiento el contenido no

⁷ Idem

⁸ Idem

⁹ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenología del espíritu*, trad. de Wenceslao Roces y Ricardo Guerra, México, Fondo de cultura económica, 1966 (obra original publicada en 1807), p. 125

¹⁰ Ibidem, p. 126

esencial, pero es por ello mismo la conciencia de algo inesencial; proclama la desaparición absoluta, pero esta proclamación es, y esta conciencia es la desaparición proclamada".¹¹

Así, Hegel concluye aclarando cómo se da la acción de la conciencia en este movimiento dialéctico, expresando que "en el escepticismo, la conciencia se experimenta en verdad como una conciencia contradictoria en sí misma, y de esta experiencia brota una nueva figura, que aglutina los dos pensamientos mantenidos separados por el escepticismo".¹²

Con ello, es posible entrever la tesis, antítesis y síntesis planteadas inicialmente por Fichte y Schelling, pues de una contradicción inicial reflejada en el encuentro de la tesis y su antítesis surgirá la necesidad de su unificación, donde terminen entendiéndose como dos partes esenciales y presentes en una misma realidad, en que la una requiere de la otra para que pueda surgir la síntesis.

Dada la anterior explicación acerca de la dialéctica hegeliana, la Fenomenología del espíritu concluye que "la autoconciencia no es sino el movimiento contradictorio en el que el contrario no llega a la quietud en su contrario, sino que simplemente se engendra de nuevo en él como contrario".¹³

Los principios teóricos expuestos, relacionados con la dialéctica como sistema ontológico, habrán de extrapolarse al universo estrictamente argumentativo a continuación, no solamente para describir un método de razonamiento, sino para entender cómo se desarrolla y delimita toda argumentación posible. Como acto dialéctico, la argumentación está determinada por un marco de tesis, antítesis y síntesis, donde al discrepar, el emisor de los argumentos y el receptor de éstos intercambiarán papeles, convirtiéndose el anterior receptor en el emisor de una tesis y el anterior emisor, en el receptor que ahora exprese una antítesis.

¹¹ Ibidem, p. 127

¹² Idem

¹³ Ibidem, p. 129

Esta inversión de roles sentará las bases para la síntesis, pues al presentarse el encuentro entre posturas opuestas y la tensión que éstas conllevan, se tenderá a la búsqueda de acuerdos. Ante esto, se destaca como primer escenario que se tome lo mejor de ambas posturas para engendrar una tercera, conciliadora de las anteriores o ecléctica, momento en el que surge claramente una síntesis. Como segundo escenario, que uno de los adversarios decida abandonar su postura y se suscriba a la de su contraparte, siendo la síntesis el porqué de dicho abandono, cuya explicación armonizaría razonamientos en favor del error, inviabilidad o menor beneficio no visto antes. Como tercer escenario, si no hay acuerdo o convencimiento, la síntesis brillará en dos hechos, el primero referente a que ambas posturas contrarias son de una fortaleza tal que permanecerán como dos posibles modelos de entendimiento para un mismo fenómeno, aparentemente irreconciliables, pero cuya posteridad estará descrita por la búsqueda de una teoría que las unifique, y, el segundo, que habrá siempre al menos un acuerdo relativo al desacuerdo. De igual modo, es importante tomar en cuenta que esta síntesis puede no ocurrir de inmediato o en el tiempo y espacio destinados a la argumentación relativa a un tema en particular, sino que podría darse, por ejemplo, un convencimiento posterior a ello. De cualquier manera, el movimiento dialéctico explica la realidad bajo la cuál existirá toda argumentación, así como el modo en que se irá desarrollando y por lo que este trabajo la considera un acto dialéctico.

I.1.3.- Diferencia específica en la definición de la argumentación

En lo que respecta a los demás elementos de la definición de argumentación dada previamente, es decir, aquello que conforma la diferencia específica de la definición, se tiene la presentación de razonamientos enunciados con elocuencia, enlazados y ordenados ante un destinatario. El destinatario revela los elementos subjetivos que habrán de estar presentes en toda argumentación, es decir, un sujeto emisor del argumento y uno receptor del mismo. Estos sujetos podrán encontrarse incluso en el fuero interno del argumentador, pues él mismo habrá de sopesar sus posturas emitiéndoselas y a su vez recibíendolas para evaluarlas y contrastarlas con sus opuestos, así como en el exterior.

La argumentación tiene como requisitos la claridad, por ello requiere ordenar los razonamientos; la coherencia, que armoniza los razonamientos; y la elocuencia, referida a la voluntad de mover al destinatario hacia la postura deseada con el uso eficiente de la palabra. Todo lo anterior deberá tender a demostrar, justificar o provocar adhesión.

La demostración derivará de la lógica formal, mediante la cual reluzca la corrección de los razonamientos, cuyas reglas harán necesarias determinadas inferencias, que no podrán ser de otro modo, pues en el caso contrario se haría evidente el uso de falacias.

Justificar es dar una explicación de una decisión o de una postura que tomó el emisor del argumento. Se trata de la recreación del proceso mediante el cual el emisor obtuvo la convicción de su actual posición, manifestando los motivos que lo llevaron a realizar su acción entre varias alternativas. La convicción se entiende como la "opinión muy arraigada sobre bases consideradas objetivas".¹⁴

Según Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, "la búsqueda de una objetividad, cualquiera que sea su naturaleza, corresponde al ideal, al deseo de trascender las particularidades históricas o locales de forma que todos acepten las tesis defendidas"¹⁵. Así, la convicción estará más que nada relacionada a esta pretensión de universalidad independiente de cualquier aspecto que afecte la subjetividad del receptor argumentativo. De esta manera, los mismos autores comentan más adelante que la convicción es "la primera fase que induce a la acción"¹⁶, debido a que su aplicación objetiva resulta válida para todo individuo, y la distinguen de la persuasión, cuya utilidad aplicará más bien a "un auditorio

¹⁴ Galimberti, Umberto, *Diccionario de psicología*, trad. de María Emilia G. de Quevedo, México, Siglo veintiuno, 2002, p. 255.

¹⁵ Perelman, Cahïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989, p. 65.

¹⁶ *Ibidem*, p. 66.

particular"¹⁷ además de que, como menciona el Diccionario de Psicología ya aludido, la persuasión "actúa de acuerdo con la esfera emotiva y subjetiva del hombre"¹⁸ mientras que la convicción "madura en la esfera racional y objetiva y está menos sujeta a la variación de las modas culturales".¹⁹

Con respecto a provocar adhesión sobre el sostenimiento o refutación de una tesis, se hace referencia a obtener el acuerdo del destinatario ante la postura que el emisor argumentativo se encuentre defendiendo, o bien generarle al receptor argumentativo una convicción de disentimiento ante la posición que el emisor se encuentre atacando.

Por último, la argumentación buscará generar una disposición psicológica que encauce la voluntad hacia una decisión. Se entenderá por disposición al "conjunto de inclinaciones, tendencias, actitudes, capacidades, relativamente constantes en cada individuo, que caracterizan su comportamiento".²⁰ Según esta definición, la disposición distingue rasgo y estado, entendiendo a la primera como "la característica estable y perdurable que diferencia a un individuo de otro"²¹ y a la segunda como "una disposición psicológica y de comportamiento temporal"²².

La disposición psicológica en referencia habrá de entenderse desde el punto de vista de la segunda distinción que hace el diccionario aludido, es decir, como un estado en el que se originen inclinaciones, tendencias y actitudes conducentes a un comportamiento temporal, de modo que se posibilite el cambio de una decantación posicional a otra, o bien, el reforzamiento de una convicción previamente adoptada. Así, tanto el emisor como el receptor de argumentos,

¹⁷ Ibidem, p. 67

¹⁸ Galimberti, Umberto, op. cit., p. 255

¹⁹ Idem

²⁰ Ibidem, p. 341

²¹ Idem

²² Idem

tendrán una capacidad camaleónica, pues su mentalidad podrá ser moldeada conforme al contenido argumentativo que se vaya desarrollando.

Respecto a la acción de encauzar la voluntad hacia una decisión, se entenderá, como voluntad, al "principio de la acción consciente con miras a un fin por alcanzar"²³. Con base en este concepto, se parte de la acción consciente que en la argumentación, es la cohesión a una idea, sentimiento o conducta. El fin por alcanzar sería la decisión final que lleve a cabo el destinatario de la argumentación con respecto a adherirse o no ante tal idea, sentimiento o conducta particular.

I.1.4.- Concepciones de la argumentación de Manuel Atienza

Tomando en consideración el anterior análisis y desarrollo del concepto propuesto para el término argumentación, se partirá de las concepciones argumentativas, propuestas por el autor Manuel Atienza, para desarrollar una perspectiva integral de cómo se debe entender la argumentación en la actualidad. Dichas concepciones o aproximaciones son la formal, la material y la pragmática²⁴, y constituyen los elementos que toda definición de la argumentación habrá de contener. La aproximación formal parte de una lógica del mismo nombre o también llamada clásica, y se basa en el análisis de silogismos, con la finalidad de proporcionar validez o corrección a las inferencias en el discurso, sin ocuparse de la veracidad en el contenido de cada premisa.

La aproximación material, se centra en el contenido de las premisas, precisando la veracidad en el fondo de cada una de ellas y buscando respaldarlas con base en la realidad. Conforman la materia de la argumentación y parte de una

²³ Ibidem, p. 1097

²⁴ Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, España, Trotta, 2013, p. 110.

lógica igualmente denominada, cuya finalidad es investigar las condiciones para considerar verdaderas a las proposiciones o enunciados del silogismo²⁵.

En cuanto a la aproximación pragmática, se destaca a la argumentación como un fenómeno de consenso que busca la aceptación y la cohesión del público al que está destinada, de modo que se dirijan ciertas conductas a una acción o un cúmulo de creencias a una postura. Dado que "la argumentación sigue o precede a la decisión, como la sombra al cuerpo"²⁶, la adherencia de la voluntad de los receptores o adversarios a quienes vaya dirigida, convierte a la argumentación en un fenómeno, no solamente lingüístico y discursivo, sino también social.

I.1.5.- Concepto de legislación y esquema legislativo

Para delimitar precisamente el ámbito de estudio planteado en el presente capítulo, resulta conveniente desarrollar ahora el significado de la palabra legislar, pues, ya que se desarrolló en los párrafos anteriores lo que se comprenderá en este trabajo como argumentación, se asociará dicho concepto al de legislación, de modo que resalte la argumentación legislativa como una rama de suma relevancia en lo que respecta a la argumentación jurídica en general.

Legislar debe entenderse como la función que los miembros del Poder Legislativo desempeñan, teniendo éstos "el derecho pero también la obligación de participar en los trabajos parlamentarios hacia el interior, lo que permite construir las propuestas y los fundamentos para la modificación de las leyes o la creación de nuevos ordenamientos jurídicos".²⁷ En un sentido amplio, la legislación es el conjunto de fases que habrán de llevarse a cabo para producir leyes o decretos.

²⁵ Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 3.

²⁶ Atienza Rodríguez, Manuel, op. cit., p. 108

²⁷ Cámara de Diputados LXIII Legislatura, *La Cámara de Diputados en 45 preguntas*, México, Consejo Editorial H. Cámara de Diputados, 2018, pp. 12-13

Atienza entiende a la legislación como "el proceso de producción de leyes".²⁸ En este sentido se desarrolla una teoría de la legislación, cuyo ámbito de estudio "abarca desde el momento de asumir la decisión política, hasta el instante en el que ésta se concretiza mediante su incorporación e impacto al ordenamiento jurídico en forma de ley".²⁹

Con ello, es posible observar diversas etapas bajo las cuales se irá desarrollando este proceso de producción normativa, mediante el cual resaltarán las razones y motivaciones de dar entrada a una iniciativa de ley en solución a algún problema presente en la realidad social, es decir, una etapa prelegislativa descrita por la ya mencionada asunción de la decisión política.

Posterior a dicha etapa se observará una próxima, denominada legislativa, dentro de la cual se concretiza la posibilidad de dar entrada en vigor a la iniciativa, ahora como norma jurídica, es decir, su incorporación al ordenamiento jurídico.

En una etapa final, denominada poslegislativa, se atenderá lo respectivo al impacto de dicha norma.

La técnica legislativa, por su parte, tiene como objeto optimizar la producción, modificación, derogación o abrogación de leyes y se posiciona como disciplina auxiliar de la teoría de la legislación.

La autora Cecilia Mora-Donatto, quien explica el esquema legislativo de la manera siguiente: "se inicia con una etapa diagnóstica motivada por la detección de un problema o hecho legible, el cual pasa por el tamiz de un diagnóstico y ofrecida una diversa gama de alternativas, lleva a la conclusión de que es

²⁸ Atienza Rodríguez, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 24

²⁹ Mora-Donatto, Cecilia y Sánchez, Elia, *Teoría de la legislación y técnica legislativa (Una forma nueva de entender y ejercer la función legislativa)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 11

necesario la creación de una norma con rango de ley".³⁰ Esto indica la etapa prelegislativa, que, según el autor Reyes Rodríguez Mondragón, 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".³¹

En esta etapa, se identifica un conflicto de carácter social, económico, político, jurídico o cultural, cuya solución pretende evitar cualquier acto legislativo y dejar el trabajo parlamentario como última opción, en caso de no haberse podido resolver mediante otros medios, a fin de evitar contribuir a la inflación normativa, es decir, el exceso de normas vigentes para regular fenómenos que requieran de una menor cantidad de disposiciones jurídicas.

Asimismo, el conflicto, objeto de análisis prelegislativo, busca ser descartado como hecho a legislar por virtud de evitar la mayor probabilidad de incurrir en vicios normativos, como lo pueden ser la antinomia, la inconstitucionalidad, la inconveniencia, la generación de más y mayores problemas con motivo de la entrada en vigor de la norma, entre otros. Por ello, se sugiere la evaluación constante del legislador ante sus actos legislativos, a fin de que en cualquier fase, incluso posterior a la entrada en vigor de una norma o una reforma, se justifique su necesidad, existencia y armonía con el sistema jurídico.

Posterior a la fase prelegislativa, entra la segunda etapa llamada creativa, la cual va a desarrollarse ya en un bloque propiamente legislativo, pues como explica la autora Cecilia Mora-Donatto, en esta fase deben cumplirse "cinco elementos mínimos necesarios para redactar técnicamente bien una ley: a) comprensión de

³⁰ Mora-Donatto, Cecilia y Sánchez, Elia, op. cit., p. 12

³¹ Rodríguez Mondragón, Reyes, "El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional", en Santiago Campos, Gonzalo, *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*, México, Serie Roja, 2006, p. 35. Se destaca, en esta cita, la palabra eficacia que será retomada y analizada en la fase final, llamada poslegislativa.

los objetivos, b) análisis de los objetivos, c) diseño de la estructura de la norma, d) composición o redacción de la norma, y e) examen crítico de los resultados".³²

Después de esta etapa y siguiendo aún en un bloque legislativo, entra la tercera fase descrita por el proceso legislativo y dividida en "fase de iniciativa, fase de discusión y aprobación, y fase integradora de la eficacia".³³

Por último, la cuarta etapa se entiende como poslegislativa, pues a pesar de que centra su atención nuevamente en la fase prelegislativa, es decir, argumentar sobre el porqué de la existencia, necesidad y armonía del acto legislativo puesto en marcha, trabaja con las consecuencias de haber completado el procedimiento legislativo, analizando sus efectos en la sociedad.

La fase prelegislativa se encarga de las previsiones y prevenciones respecto a lo que puede surgir con motivo de poner en marcha el trabajo parlamentario, buscando solucionar el hecho legislable primero a través de otras alternativas y como última opción el acto legislativo. Las fases legislativas buscan el desarrollo más eficiente y óptimo de la producción congresista. La fase poslegislativa "tiene como objetivo evaluar los impactos y efectos de la ley"³⁴, es decir, buscará evaluar la entrada en vigor de la ley o reforma y en caso de que resulte adecuadamente argumentada o justificada, tenderá a analizar su eficacia³⁵.

Así, "los resultados de dicha evaluación se podrían convertir o no en lo que en la primera etapa denominamos *motivos*; situación que retroalimentaría el diagrama e iría, por sí mismo, no sólo depurando al propio ordenamiento jurídico,

³² Mora-Donatto, Cecilia, op. cit., p.12

³³ Ibidem, p. 13

³⁴ Idem

³⁵ Se profundizará en el tema de la eficacia jurídica en particular a lo largo del capítulo cuarto del presente trabajo, por el momento se habrá de entender a la eficacia jurídica como el efectivo cumplimiento de la norma por parte de sus destinatarios en la realidad.

sino también evidenciando los rezagos y lagunas de este"³⁶. Resalta en esta fase, como elemento de mayor relevancia, precisamente, ese último paso que constituye, en términos aristotélicos, la causa final de todo el entramado legislativo previamente planteado, esto es, la eficacia de la ley, pues la norma jurídica entra en vigor para ser cumplida.

I.1.6.- Definición de argumentación legislativa

Ahora bien, se propone definir a la argumentación legislativa como el acto dialéctico, mediante el cual se presenta ante el congreso el resultado de un proceso deliberativo, procedente del análisis de un problema susceptible a ser legislado, con base en el cual se defiende o refute una postura parlamentaria, justificando su necesidad, irrelevancia o peligro, para encauzar la opinión de la mayoría plenaria requerida, legal y/o constitucionalmente, hacia dicha posición, en su admisión o desechamiento al proceso legislativo y a su posterior desarrollo.

Se destaca en esta definición el elemento dialéctico, pues reluce la intersubjetividad que el propio Congreso engloba ante el cumplimiento de sus labores, descrita por el posicionamiento de una tesis, susceptible al disentimiento por parte de los distintos grupos parlamentarios o entre legisladores, es decir la antítesis, así como al acuerdo entre éstos, y la posterior votación interna, que decidirá la postura que habrá de prevalecer, esto es, la síntesis.

En cuanto al proceso deliberativo, concomitante al análisis de un problema de la sociedad, se hace referencia a la función deliberativa propia del poder legislativo, que debe entenderse como "el proceso de valoración que realizan los legisladores sobre las implicaciones, ventajas y desventajas, en este caso, de las iniciativas, proyectos o dictámenes sometidos a su consideración para estar en condiciones de votar."³⁷

³⁶ Ibidem, p. 13

³⁷ Camacho, César, *El poder legislativo mexicano*, México, GM Espejo Imagen, 2018, tomo II, pp. 145-146

Para poder llevar a cabo esta valoración, se requiere de un estudio e investigación profundos por parte de tanto el legislador como su equipo de asesores, por ello el autor César Camacho, asocia a la deliberación las funciones de "inspección e indagación"³⁸. En este proceso, el legislador debe informarse tanto como sea posible respecto del problema sujeto a posible legislación y, en caso de haberse ya turnado una iniciativa a la comisión correspondiente para su estudio, como medio para solucionar dicho problema, la indagación girará en torno a lo que ha sido desarrollado al respecto en la propia comisión.

En este proceso deliberativo, se puede observar el funcionamiento de la dialéctica, pues como dice el autor en análisis, "toda reunión de personas para deliberar, tiene por lo menos dos posturas distintas, de ahí que esta función se sustente en la confrontación –principio fundamental para la democracia– que es conducida bajo reglas determinadas de manera previa para la toma de decisiones"³⁹. La tensión argumentativa, generada por la variedad de posturas, conforma la acción deliberativa de los legisladores, quienes sopesan las consecuencias de llevar una postura a la realidad, sin menoscabo de su derecho al disenso.

Este proceso deliberativo, es visible, asimismo, en el esquema legislativo, pues, en la primera fase, la deliberación descarta o resalta la necesidad de poner en marcha el proceso legislativo, en aras de considerar la creación de una norma jurídica como vía más idónea para resolver un problema susceptible a legislación o estimarlo innecesario por hallarse otro medio para solucionarlo.

Con relación a las fases segunda y tercera, la deliberación desempeña un papel esencial por cuanto a decidir con ella los objetivos que habrán de ser asociados a la propia iniciativa, así como su posterior discusión y aprobación, cuyo fin es precisamente deliberar en pleno sobre las posibilidades y consecuencias de elevar la iniciativa a la categoría de norma jurídica.

³⁸ Ibidem, p. 146

³⁹ Idem

En una fase poslegislativa, la deliberación habrá de enfocarse en la constante evaluación de la vigencia de la norma jurídica y por consiguiente, sopesar su permanencia dentro del sistema jurídico o su derogación.

Se deberá utilizar el razonamiento con el que se tienda a demostrar lo irrefutable que resulta cada silogismo del posicionamiento manifestado y la claridad de su justificación. Pero también se deberá utilizar la elocuencia para generar la disposición psicológica de la mayoría requerida con el fin de lograr su concurrencia respecto a la decisión de encaminarse hacia la posición defendida.

Por cuanto a justificar la postura legislativa adscrita, habrá de sustentarse su necesidad, por ejemplo, apoyando la entrada en vigor de una disposición, así como respaldar una derogación, en caso de haberse vuelto irrelevante o innecesaria; incluso se podrá descartar considerar a la posición como candidata a formar parte de discusiones legislativas debido a sus consecuencias.

La argumentación legislativa es la base de una democracia sólida, en que se refleja la voluntad de la mayoría representativa, dado que implica la convergencia de versátiles posturas legislativas. Asimismo, es presupuesto para fortalecer la relación entre una eficacia normativa reflejada en la realidad social y el trabajo estrictamente legislativo, pues representa los medios para que la entrada en vigor de lo que fue una iniciativa al principio y adquirió después el estatus de norma jurídica, refleje en y a la realidad social mediante su cumplimiento por parte de sus destinatarios y su protección por parte de las autoridades ante la posibilidad de su desobediencia.

I.2.- Argumentación legislativa como rama de la ciencia de la legislación

I.2.1.- La ciencia de la legislación en la Ilustración: Montesquieu y Filangieri

Hablar de la ciencia de legislación implica remontarse a la Ilustración. Personajes como Montesquieu, Gaetano Filangieri, Jeremy Bentham y Francisco Martínez Marina, conformaron principios y explicaciones referentes al fenómeno

legislativo, con el ánimo de sistematizar las bases para una nueva disciplina científica incorporada dentro de los estudios jurídicos.

Montesquieu busca desentrañar todo cuanto alimenta la creación de las leyes, es decir, sus razones de existencia, desde los fenómenos sociales e históricos que llevaron a un pueblo a la gestación de su orden jurídico, hasta la intervención de los fenómenos climatológicos y geográficos del pueblo que se analice, en un esfuerzo por "buscar en estas relaciones el espíritu de las leyes"⁴⁰, mientras que el autor Filangieri busca "en ellas las reglas"⁴¹.

Según Miguel Ángel Suárez Romero, "mientras el clásico francés opta por un método más descriptivo, Filangieri preferirá hacerlo desde una postura propiamente prescriptiva"⁴². Con la obra de Filangieri hay un cambio metodológico, pues según él, en su época no había nadie que haya hecho "un sistema completo y razonado de legislación, ni haya reducido todavía esta materia a una ciencia segura y ordenada, uniendo los medios a las reglas, y la teoría a la práctica"⁴³.

El jurista en análisis estimaba posible llegar a una universalidad con relación a la ciencia de la legislación, enfocando buena parte de su labor a desentrañar las reglas generales que deben estar presentes en toda legislación, sin importar sus condiciones externas, a las cuales Montesquieu, en cambio, enfocaba su método. Dichas reglas generales, propugnadas por Filangieri, constituyen aquella parte de la ciencia de la legislación, "que hará aplicable su uso en todos los gobiernos, en todos los climas, en todos los tiempos, en todas las

⁴⁰ Filangieri, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, trad. de Jaime Rubio, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2018, Colección de Filosofía del Derecho, vol. I, p. 71

⁴¹ Idem

⁴² Suárez Romero, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y estado constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, México, Porrúa, 2015, p. 148

⁴³ Filangieri, Gaetano, op. cit., p. 67

circunstancias particulares de la situación, extensión y fertilidad de un país, del culto, índole, infancia o madurez de un pueblo"⁴⁴.

No obstante esta pretensión de universalidad, debe considerarse que la ciencia de la legislación se nutre de las particularidades legislativas históricas de cada pueblo. De la adecuación de una particular legislación a un pueblo, comparado con otros, surgen las reglas generales que constituyen a toda legislación, así como las reglas de mayor y mejor aplicación para cada contexto.

Filangieri introduce, asimismo, las razones que resaltan la necesidad de una ciencia de la legislación de la que "depende el orden social, y en que cada error puede ser más pernicioso a las naciones que los más terribles azotes del cielo"⁴⁵. Filangieri considera a la ciencia de la legislación como una guía mediante la cual se pueden evitar los peores males a los pueblos, pues "no hay cosa más fácil que caer en un error de legislación, pero ni la hay más difícil de reparar ni más perniciosa a las naciones... Un instante feliz, un día de victoria puede compensar las derrotas de muchos años; pero un error político, un error de legislación, puede producir la infelicidad de un siglo"⁴⁶.

I.2.2.- La ciencia de la legislación según Francisco Martínez Marina

Hablando ahora, del ilustrado Francisco Martínez Marina, se ha dicho que "el tema jurídico que más intensamente le preocupa es el de la legislación"⁴⁷, pues de acuerdo con el autor José Ramón Torres Ruiz, "vio en la ley el instrumento medular para el cambio social"⁴⁸. Las ideas del autor Martínez Marina son de vital importancia, pues relacionan la ciencia de la legislación con la argumentación

⁴⁴ Ibidem, p. 72

⁴⁵ Ibidem, p. 113

⁴⁶ Idem

⁴⁷ Torres Ruiz, José Ramón, "El derecho y la ciencia de la legislación", en Francisco Martínez Marina, *Anales de Derecho*, España, vol. 5, junio de 1984, pp. 279-328, p. 290

⁴⁸ Idem

legislativa, y consideran, en primer lugar, como lo hace Gaetano Filangieri, reunir la teoría y la práctica, por ello "la ciencia de la legislación de M. Marina se constituye como una ciencia de marcado carácter prudencial, a la vez que con una amplia apertura al mundo de la experiencia, apertura que actuará como abundante aparato argumentativo —de naturaleza retórica, por tanto— destinado en gran medida al debate"⁴⁹

Así, el autor Martínez Marina, asocia las características de toda ciencia a la legislación, argumentando que la ciencia de la legislación es un "conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible"⁵⁰. Por asociarse a la ciencia de la legislación un carácter prudencial, con amplia apertura al mundo de la experiencia, se hace referencia a lo que el autor Mario Bunge, clasifica como ciencia fáctica en contraposición a la formal, es decir, "las ciencias formales se contentan con la lógica para demostrar rigurosamente sus teoremas... las ciencias fácticas necesitan más que la lógica formal: para confirmar sus conjeturas necesitan de la observación y/o experimento"⁵¹.

Además, en la concepción de Martínez Marina, la ciencia de la legislación, en virtud de irse construyendo a partir de la experiencia, actuará como aparato argumentativo destinado en gran medida al debate, lo cual proporciona a la argumentación el carácter de fenomenológica, pues si este carácter debe entenderse como "la reflexión filosófica sobre el modo como los objetos se muestran ellos mismos y sobre las condiciones de posibilidad de esta manifestación"⁵², la argumentación legislativa se posicionaría precisamente como este agente reflexivo de un hecho legible ubicado en una determinada realidad social, donde la experiencia de una disposición que entró en vigor en un contexto

⁴⁹ Ibidem, p. 292

⁵⁰ Bunge, Mario Augusto, *La ciencia, su método y su filosofía*, segunda edición, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1977, p. 6

⁵¹ Ibidem, p. 8

⁵² Husserl, Edmund, *La idea de la fenomenología*, trad. de Jesús Adrián Escudero, España, Titivillus, 1950, p. 118

específico, presentaría diversas posturas para abordarlo, como la apertura al debate y la deliberación. Esto implica una disciplina dedicada al modo de sustanciar con eficiencia dicho debate y deliberación, y al debido desarrollo de cada postura parlamentaria. De ahí que el presente trabajo considere a la argumentación legislativa como una rama de la ciencia de la legislación.

Ahora bien, para Martínez Marina, la ciencia de la legislación se irá nutriendo y desarrollando con base en tres dimensiones de conocimiento, es decir, "como *estudio histórico* del Derecho —fundamentalmente centrado en el devenir de las instituciones—, como *estudio dogmático* del derecho vigente y como estudio de la *política legislativa* que se debe seguir en el futuro"⁵³. Dichas áreas de análisis concurrirán armonizándose en una finalidad común, esto es, en el ideal de "la Regeneración nacional, el cual parece ser el soporte último de su reflexión histórico, política y jurídica. A tal fin, el estudio histórico sirve para el conocimiento de las condiciones concretas espaciotemporales; el estudio dogmático, para el conocimiento de las exigencias abstractas connaturales al Derecho; y el estudio de la política a seguir aparece como arte de conjugación de los dos anteriores"⁵⁴.

A través de estos tres campos aplicativos de la ciencia de la legislación se derivarán, a su vez, una serie de principios o criterios cuyo fin será el de "regir la elaboración del Derecho"⁵⁵. Dichos principios son clasificados como los "principios de orden axiológico, principios de orden técnico y principios de orden histórico"⁵⁶.

En virtud de que esta clasificación de criterios se origina en las dimensiones de análisis que la ciencia de la legislación ocupa, según Martínez Marina, se hallará cada principio, a su vez, asociado a una de las áreas ya mencionadas, es decir, los principios de orden axiológico se aparejan a la ciencia legislativa como estudio de la política legislativa que se debe seguir en el futuro.

⁵³ Idem

⁵⁴ Ibidem pp. 292-293

⁵⁵ Ibidem, p. 293

⁵⁶ Idem

El Diccionario de Filosofía de José Ferrater Mora remite el término "axiología" al de "valor" y menciona que "trataremos el concepto de valor en sentido filosófico general, como concepto capital en la llamada 'teoría de los valores', y también 'axiología'"⁵⁷. Así, la axiología se entiende como la disciplina filosófica que estudia los valores.

Los principios, clasificados como tales por el autor Martínez Marina, se maridan a la política, que puede entenderse como "la actividad humana destinada a ordenar jurídicamente la vida social"⁵⁸. Debido a esta asociación de términos, realizada por el jurista Martínez Marina, es decir, lo axiológico y lo político, se sigue que los valores bajo los cuales se rige una sociedad, habrán de reflejarse en la elaboración de las leyes, por ello dichos valores no solo serán sus directrices, sino también sus cimientos.

En cuanto a los principios de orden técnico-jurídico, se asocia el estudio dogmático del derecho vigente, pues entendiéndose la dogmática jurídica como contenido e incluso como sinónimo de la doctrina y de ciencia del derecho, según el Diccionario Jurídico Mexicano de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La doctrina se define como "la disciplina que determina y describe el material tenido por derecho"⁵⁹, y en cuanto a su contenido, el diccionario aludido menciona que "los conceptos, nociones, dogmas o presupuestos que conforman una institución jurídica son suministrados por la dogmática jurídica: ella constituye, la doctrina aplicable a dicha institución"⁶⁰. Así, la dogmática jurídica plantea la comprensión de cada concepto que conforma la totalidad del sistema jurídico.

⁵⁷ Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, quinta edición, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1964, tomo II, p. 868

⁵⁸ Consultor Jurídico Digital de Honduras, *Diccionario jurídico enciclopédico*, Honduras, 2005, p. 1631

⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Dirección General de Informática, 1994, p. 667

⁶⁰ Ibidem, pp. 667-668

Por su parte, los criterios técnicos "son exigencias generales y abstractas de la razón aplicada al mundo jurídico... hacen referencia, bien a la estructura interna de la norma jurídica, o bien a la solución de problemas prácticos que pueden surgir en el proceso de creación de dichas normas"⁶¹. Por tanto, el enfoque legislativo estriba en utilizar toda noción presente en cada una de las fases legislativas, es decir, las razones de estimar un hecho como legible, su integración al procedimiento legislativo como iniciativa y finalmente su evaluación constante que justifique mantener su estatus de norma jurídica vigente.

Dichas nociones, presentes en cada fase, ya sean referentes a aspectos prácticos de creación normativa, o bien teóricos, utilizados con la finalidad de proporcionar entendimiento, contexto y fundamento a la labor legislativa, sustanciarán lo que podrá denominarse dogmática legislativa.

Finalmente, los principios de orden histórico y cultural, estarán relacionados al estudio histórico del Derecho y "hacen referencia a las condiciones socioculturales que influyen en la vida efectiva de la norma jurídica, pudiendo desvirtuar la efectividad de los fines y de las pretensiones deseadas por el creador de dicha norma"⁶².

Este conjunto de criterios que conforman la ciencia de la legislación, señalan el carácter indisociable entre la ley y su espíritu en términos de Montesquieu, es decir, la relación de la ley con su punto geográfico, con los destinatarios a los que va dirigida, con los valores de una sociedad y con las costumbres del pueblo en que se aplican. Todo hecho legible deriva de las circunstancias históricas particulares en un territorio, por lo cual habrán de ser tomados en cuenta los antecedentes que originaron el problema de una realidad social susceptible de ser legislado, pues sin un conocimiento de sus causas, difícilmente podrá plantearse una solución normativa.

⁶¹ Torres Ruiz, José Ramón, op. cit., p. 298

⁶² Ibidem, p. 308

Además, los estudios históricos serán de suma importancia para la ciencia de la legislación; ya que, permitirán al legislador "partir de una certera visión de la realidad circundante –sobre todo en sus componentes sociales, históricos y culturales–, pues de ella depende el cálculo racional de la idoneidad o adecuación concreta de la norma y, por ende, la vida material de la misma, su eficacia y efectiva implantación social"⁶³.

I.2.3.- La ciencia de la legislación según Jeremy Bentham

Ahora bien, el autor Jeremy Bentham, al partir de un sólo principio engendra no solamente lo que será la contraparte de las ideas de los ilustrados anteriormente citadas, las cuales plantean una ciencia de la legislación nutrida a través de un conjunto de criterios y no uno sólo, como sí lo hace Bentham, sino el propio germen de todo un sistema filosófico.

Bentham describe al principio de utilidad como aquel que "aprueba o desaprueba cualquier acción de que se trate, según la tendencia que parece tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego"⁶⁴.

Para efectos de esta tesis, la dimensión mediante la cual se va trabajar el principio utilitarista, con relación a la ciencia de la legislación, será su directriz como medida de gobierno. Bentham destaca esta dimensión del utilitarismo al ahondar en su significado, explicando este principio como "aquella propiedad en cualquier objeto por la que tiende a producir un beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad... o a impedir que produzca un daño, dolor, mal o infelicidad a la parte cuyo interés se considera"⁶⁵.

⁶³ Ibidem, p. 309

⁶⁴ Bentham, Jeremy, *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, trad. de Margarita Costa, Buenos Aires, Editorial Claridad, 2008, (obra original publicada en 1781), p.12

⁶⁵ Idem

Dado que el autor en alusión entiende a la comunidad como la suma de sus miembros, entonces el interés de la comunidad es "la suma de los intereses de los diversos miembros que la componen"⁶⁶.

Así, hablar de legislación requiere hablar de la comunidad, ya que ésta tiene una estrecha relación con la esfera gubernamental, a su vez evaluada con base en el principio de utilidad, pues "una medida de gobierno (que no es sino una clase de acción particular realizada por una persona o personas particulares) puede decirse que concuerda con el principio de utilidad o es dictada por él, cuando, del mismo modo, la tendencia que tiene a aumentar la felicidad de la comunidad es mayor que cualquiera que tienda a disminuirla"⁶⁷.

Todas estas consideraciones habrán de dirigir la labor legislativa hacia el interés de los individuos que conformen la comunidad, es decir, lo más beneficioso para la misma, de tal manera que un conocimiento de lo que se considere en un pueblo como beneficioso así como lo que se considere por el mismo como perjudicial, serán la materia prima para el legislador. Por ello, Bentham comenta que "los placeres, entonces, y la evitación de los dolores, son los fines que el legislador tiene en cuenta"⁶⁸. Así, la función deliberativa del legislador surgirá al sopesar el dolor y el placer o la felicidad que cause a la comunidad la entrada en vigor de una iniciativa elevada a la categoría de norma jurídica vigente.

1.2.4.- Ideas contemporáneas sobre la ciencia de la legislación: Teoría, técnica y argumentación legislativas

Con relación a las ideas contemporáneas sobre lo que debe entenderse por ciencia de la legislación, el jurista Suárez Romero plantea una distinción entre los conceptos de teoría de la legislación y técnica legislativa comentando que la ciencia de la legislación "actuaría como género respecto de las otras dos –teoría y

⁶⁶ Idem

⁶⁷ Ibidem, p. 13

⁶⁸ Ibidem, p. 35

técnica— que operan como especies de esta, en el sentido de que lo que constituye una ciencia de la legislación tiene dos niveles de análisis"⁶⁹.

Por su parte, el autor Manuel Atienza, considera que la ciencia de la legislación "se ocupa del proceso o actividad cuyo resultado es la producción de normas jurídicas"⁷⁰. Así pues, de entre los diferentes campos de estudio que constituyen a esta ciencia, se encuentran como destacables "la sociología legislativa, la técnica legislativa, el proceso legislativo, la metodología legislativa y la teoría de la legislación"⁷¹. Ahora bien, en lo referente a lo que debe ser comprendido por técnica legislativa, como campo de estudio derivado de la ciencia de la legislación, se menciona que su fin es "la optimización de la producción de las leyes"⁷².

Por cuanto respecta a la teoría de la legislación, se establece como su objetivo "la explicación del fenómeno de la legislación desde una perspectiva general"⁷³, lo cual abarca razonar el fenómeno y conceptualizarlo en aras de su mayor entendimiento.

No obstante, resulta necesario no adscribir la teoría legislativa exclusivamente a la ley, "sino analizar asimismo el tránsito de la decisión política al momento en que esta se concretiza en una norma con rango de ley o incluso en un conjunto normativo"⁷⁴, lo cual involucra estudiar el conjunto de implicaciones y principios bajo los cuales se desarrolla la producción normativa del congreso.

Lo que abarca, en suma, esta teoría, no será, entonces, la ley o su producción desde un punto de vista independiente y desvinculado, sino todo lo contrario, analizará ambos campos de conocimiento, así como sus relaciones. De

⁶⁹ Suárez Romero, Miguel Ángel, op. cit., p. 152

⁷⁰ Atienza, Manuel, Contribución a una teoría..., cit., p. 17

⁷¹ Suárez Romero, Miguel Ángel, op. cit., p. 152

⁷² Atienza, Manuel, op. cit., p. 24

⁷³ Idem

⁷⁴ Mora-Donatto, Cecilia y Sánchez, Elia, op. cit., p. 10

este modo, la teoría de la legislación no solamente estudiará "la forma de producir, modificar o suprimir una norma con rango de ley o un conjunto normativo que se sustentan en una decisión política, sino también las leyes vigentes"⁷⁵.

Así, la teoría de la legislación abarca desde las motivaciones que impulsan al legislador en su producción normativa hasta el análisis de la pertenencia de la ley al sistema jurídico. Profundizando al respecto, la autora Cecilia Mora-Donatto, considera que la teoría en análisis ayudará, asimismo, a determinar ante un problema presente en la realidad social, susceptible de ser legislado o hecho legible, si "servirá para conocer cuándo debe crearse una ley"⁷⁶.

Entonces, una teoría legislativa íntegra abarcaría el desarrollo de todas las fases del esquema legislativo, es decir, la prelegislativa, las estrictamente legislativas y la poslegislativa. Son estas etapas lo que describe el vínculo entre la ley vigente y todo el entramado parlamentario envuelto en su producción normativa previa, que hubo de acontecer para que una iniciativa planteada como posible solución a un hecho legible llegara a adquirir el estatus de norma jurídica y sea ahora susceptible de interpretación por parte del jurista.

Ahora bien, para diferenciar la técnica de la teoría con respecto a la legislación se debe mencionar que las técnicas legislativas "no pretenden explicar un fenómeno"⁷⁷, como sí lo pretende la teoría de la legislación en cuanto al fenómeno de la legislación, "sino indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos"⁷⁸. Entonces, la técnica legislativa se ocupa en mayor medida del desarrollo y establecimiento de los métodos más eficientes para obtener una producción normativa que refleje y se refleje en la realidad social y que de solución al hecho legible. Esto implica un

⁷⁵ Ibidem, pp. 11-12

⁷⁶ Ibidem, p. 12

⁷⁷ Atienza, Manuel, op. cit., p. 55

⁷⁸ Idem

proceso de optimización en cuanto a la propia elaboración de las normas se refiere y por ello el autor Jesús María Corona Ferrero la define como "un saber aplicado a la composición y redacción de las leyes y disposiciones jurídicas"⁷⁹.

Asimismo, se considera a la técnica legislativa como un caso de técnica jurídica entendida como la "profesionalización de la producción del derecho (por parte del legislativo y los altos órganos de la Administración)"⁸⁰, cuya expresión más destacada sería el "draftsman o redactor de normas"⁸¹.

Aunada a la técnica y la teoría, la argumentación legislativa se propone como indisociable a aquéllas, pues con ésta se atenderán dos campos de suma importancia para todo legislador: en primer lugar, el proceso deliberativo, materializado desde el momento en que se considera algún hecho como legible, hasta la estimación de una norma jurídica vigente como su solución, así como su permanencia en el sistema jurídico, derogación o reforma. La argumentación legislativa se vuelve necesaria en el proceso deliberativo para estudiar la justificación de la adherencia que tiene el legislador ante una postura. En segundo lugar, el debate, cuyo estudio abarca el modo en que el legislador adhiere una mayoría plenaria a su postura, reflejándose aquélla en la votación.

I.3.- Teorías de la argumentación enfocadas a la función legislativa

A continuación se presentará una selección de aquellas teorías de la argumentación que tengan ya sea una conexión importante con la función legislativa, o bien, que se puedan considerarse como teorías relevantes con relación a dicha función. Así, podrán hallarse teorías de la argumentación cuyo campo principal de análisis gire en torno a lo judicial, por ejemplo, pero cuya

⁷⁹ Corona Ferrero, Jesús María, et al. (coords.), *La técnica legislativa a debate*, en Suárez Romero, Miguel Ángel, op. cit., p. 153

⁸⁰ Atienza, Manuel, op. cit., p. 22

⁸¹ Idem

esencia pueda extrapolarse a la labor del legislador; así como, teorías cuyo cauce principal sea lo concerniente a la producción normativa.

Se excluye en este trabajo la pretensión de agotar todas y cada una de las teorías de la argumentación existentes vinculadas o con posible extrapolación a la función legislativa, de modo que se buscará únicamente un punto de partida ilustrativo con el cual dejar manifiestas las relaciones que pueden hallarse entre el extenso universo de la argumentación jurídica y la función legislativa.

I.3.1.- Concepto de función legislativa

Se procede a desarrollar el concepto de función legislativa para luego reflexionar acerca de los vínculos que ciertas teorías de la argumentación presentan con éste.

Lo primero que debe mencionarse sobre la función legislativa es que "es una de las fuentes que generan el Derecho"⁸², pues hace referencia a la producción normativa que realiza el congreso y "consiste en verter en textos breves, claros, precisos y coherentes, aquello que la costumbre o el propósito de ser de una Nación han instituido o pretenden instituir como norma para regir conductas, en relaciones individuales o colectivas"⁸³.

Dentro de la función legislativa, uno de los papeles principales del congreso es la creación de instrumentos jurídicos que regulen la práctica de las propias normas constitucionales, para lo cual se emplea la interpretación jurídica del propio legislador por cuanto respecta a reglamentar cada disposición hallada en la constitución, por ello "el Congreso elabora las leyes que permiten instrumentar los mandatos constitucionales, al interpretarlos en medio de un todo organizado y sistemático para facilitar el ejercicio efectivo de los derechos de toda naturaleza, y dar respuesta a las distintas expresiones sociales"⁸⁴.

⁸² Camacho, César, op. cit., p. 122

⁸³ Ibidem, p. 119

⁸⁴ Idem

La función legislativa se puede comprender también como un pilar de la democracia, pues al llevarse a cabo la producción normativa, las leyes "dan seguridad y legitimidad a la actuación de los órganos del Estado y de las autoridades encargadas de aplicarlas, además de velar por su respeto y cumplimiento; se precave del autoritarismo"⁸⁵.

Asimismo, la representatividad inherente a la función legislativa la convierte en pilar democrático, pues en el congreso, "no sólo está representada la mayoría, sino que además tienen representación las distintas fuerzas políticas que aspiran a hacer sentir su opinión con el fin de evidenciar o señalar posibles errores o enfoques diferentes y, eventualmente, convertirse en alternativa y ser, en el futuro, mayoría gobernante"⁸⁶.

El congreso es un órgano conciliador de intereses diversos, en cuya raíz se encuentra la necesidad de una argumentación legislativa tendente a la síntesis de la pluralidad de posturas que emanan de las necesidades de cada estamento representado. Así, los grupos minoritarios tendrán también su rol fundamental en lo que respecta a la función legislativa, pues la "caracterización de la asamblea representativa, se logra no sólo con la participación de éstos en los debates, sino mediante la posibilidad real de presentar objeciones, enmiendas y aún votos particulares a los dictámenes aprobados por la mayoría que, en su caso, pueden llegar a modificar el texto legal definitivo"⁸⁷.

Ahondando en la protección que la ley brinda a las minorías en cuanto a las decisiones legislativas, la autora en análisis menciona que "aunque la decisión final, configuradora de la ley, esté en manos de la mayoría, la minoría tiene

⁸⁵ Ibidem, p. 120

⁸⁶ Mora-Donatto, Cecilia, *Cambio político y legitimidad funcional. El Congreso mexicano en su encrucijada*, México, Porrúa, 2006, p. 79

⁸⁷ Ibidem, p. 80

garantizado jurídicamente su derecho al debate, a la crítica y a dejar constancia de sus posiciones y divergencias"⁸⁸.

I.3.2.- Delimitación de las teorías de la argumentación

Ahora bien, con relación a la aplicación de las teorías de la argumentación a la función legislativa, se tiene que delimitar, en primer lugar, lo que debe entenderse por teorías de la argumentación. Para ello conviene retomar la distinción de la argumentación demostrativa, deductiva o necesaria, es decir la referente al estudio de la forma o estructura de los razonamientos, cuyo instrumento principal es la lógica formal y cuyo principal enfoque estará en la corrección del tránsito de ciertas premisas a la conclusión, pues "si las premisas son verdaderas, la conclusión necesariamente será verdadera, independientemente de la materia a la cual se aplique"⁸⁹.

Por otro lado, está aquella argumentación que tiene su enfoque en el contenido de las premisas, dando tanta importancia en su estudio tanto a la forma como a la materia de los argumentos a diferencia de la argumentación demostrativa, que descarta el análisis de la parte material de las premisas. Las teorías de la argumentación estarán contenidas en este enfoque material, pues retomando la nomenclatura de la autora Graciela Fernández Ruiz:

"Estos argumentos suelen estudiarse en la llamada 'lógica material' o 'lógica informal' que algunos llaman 'teoría de la argumentación', que aquí hemos llamado también 'argumentación probable o persuasiva' y que, en el esquema de Santo Tomás de Aquino en comentario a Aristóteles, quedan incluidos en la llamada 'lógica inventiva' o 'lógica tópica. Este tipo de argumentación engloba tanto a la retórica como a la dialéctica"⁹⁰.

La autora en análisis, dividirá las teorías de la argumentación en dos grandes ramas: dialéctica y retórica. La argumentación dialéctica, basada en

⁸⁸ Ibidem, pp. 80-81

⁸⁹ Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 37

⁹⁰ Idem

proposiciones probables, entendiendo probable como "la adhesión de los interlocutores a las proposiciones presentadas"⁹¹. La dialéctica puede entenderse como "el diálogo de dos posturas contrarias... que considera tanto las razones que apoyan nuestra postura, como las razones que apoyan la postura contraria o distinta a la nuestra"⁹². Así, la argumentación dialéctica refleja la síntesis lograda por la tensión constante entre una tesis y su antítesis.

La argumentación retórica comparte con la dialéctica el hecho de utilizar los tópicos, entendidos como "puntos de vista directivos, puntos de vista referidos al caso, reglas directivas, lugares comunes, argumentos probables o plausibles, argumentos materiales, enunciados empíricos, conceptos, medios de persuasión, criterios que gozan de consenso, fórmulas heurísticas, instrucciones para la invención, formas argumentativas, etc."⁹³. Los tópicos pueden definirse como las "reglas de inferencia aplicables a una gran variedad de asuntos, para proceder conforme a ciertos patrones argumentativos"⁹⁴, cuya expresión y ejemplos pueden hallarse en "adagios, conceptos, recursos metodológicos, principios del Derecho, valores, reglas de la razón práctica, standards, criterios de justicia, normas legales, etcétera"⁹⁵, y cuya razón de ser está en que "la indagación y expresión de la realidad tal como estamos capacitados desde nuestras posibilidades para hacerla se consigue a través de unos ciertos lugares (tópicos, entendidos como líneas de argumentación, no como simples lugares comunes) y unos determinados procedimientos"⁹⁶. Así, la existencia y uso de los tópicos se dan por "el hecho de que podemos establecer simplificaciones, acordar abstracciones y expresarlas a

⁹¹ Ibidem, p. 38

⁹² Ibidem, pp. 40-41

⁹³ García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 135

⁹⁴ Ibidem, p. 38

⁹⁵ García Amado, Juan Antonio, op. cit., p. 135

⁹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 142

través de ciertos lugares comunes que permiten el encuentro de lo que cada individuo, por los medios que sea, experimenta"⁹⁷.

Ahora bien, hablando específicamente de la argumentación retórica, el enfoque estará en la persuasión de un determinado auditorio, que, a diferencia de la dialéctica, no requiere estar entrenado para aducir razones que defiendan una postura contraria, aunque por virtud de tener la posibilidad de opinar opuestamente, el sujeto activo de la argumentación buscará "que el auditorio acepte las tesis presentadas"⁹⁸.

Con base en lo anterior, conviene puntualizar, en primer lugar, que en la argumentación ya sea dialéctica o retórica, se da siempre un fenómeno intersubjetivo donde se enfrentan dos puntos de vista antitéticos, lo cual puede darse en el fuero interno del sujeto activo de la argumentación, cuando se encuentra discurriendo el modo en que va a encauzar sus argumentos.

En segundo lugar, que los intereses de la retórica, "no son tanto los procedimientos para demostrar la validez de los enunciados, como los mecanismos que provocan la adhesión de las personas a ellos, en otras palabras, la persuasión"⁹⁹. Así, la "retórica es una lógica en situación"¹⁰⁰, dado que "busca lo conveniente en cada caso"¹⁰¹.

En tercer lugar, que la habilidad del retórico estriba en su "consideración metódica de los elementos para persuadir que pueden darse en cada situación"¹⁰².

Y, en cuarto lugar, que para distinguir entre dialéctica y retórica, se debe considerar que aquélla "se dirige primordialmente a la inteligencia del

⁹⁷ Idem

⁹⁸ Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 42

⁹⁹ Idem

¹⁰⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 143

¹⁰¹ Idem

¹⁰² Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p.42

interlocutor" ¹⁰³, mientras que ésta "se dirige al hombre entero: inteligencia, voluntad, pasiones, emociones"¹⁰⁴, en otras palabras, "la retórica se dirige a la razón en cuanto influenciado por las pasiones"¹⁰⁵.

Entonces, la metodología retórica no estará restringida al uso exclusivo de razones, por ello su aplicación se extiende a elementos como la capacidad que tenga el interlocutor de conmover a su público, así como de ponerlo en la disposición psicológica más beneficiosa para adherirlo a su postura, o bien, el modo en que la misma oratoria del interlocutor influya en optimizar un juicio favorable a su discurso por parte de su auditorio.

La argumentación retórica y dialéctica coinciden en que "ambas son metodológicas, regladas, universales y no se basan en verdades necesarias"¹⁰⁶. Por tal motivo, es posible comprenderlas como dos ramificaciones de una misma especie, enfatizándose así, una distinción imperante para todo teórico de la argumentación, esto es, "el razonamiento apodíctico, propio de la lógica y la argumentación no necesaria, terreno de la dialéctica y de la retórica"¹⁰⁷, el primero constreñido a lo estrictamente formal o estructural, donde pertenece la rigurosidad de los teoremas matemáticos, "que en todo caso convence, pero no persuade"¹⁰⁸.

El segundo, "posibilita el acercamiento entre el que habla y escucha, el que estima el contexto, tanto desde el hablante como desde el receptor, el que trata a la persona como una totalidad y no sólo como un cerebro"¹⁰⁹. Es en esta segunda rama, denominada argumentación no necesaria, donde centrarán su análisis los teóricos de la argumentación, retomando las disciplinas clásicas, esto es, la tópica,

¹⁰³ Idem

¹⁰⁴ Idem

¹⁰⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 146

¹⁰⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 146

¹⁰⁷ Idem

¹⁰⁸ Ibidem, p. 147

¹⁰⁹ Idem

la dialéctica y la retórica, y donde habrá de sustanciar su análisis la argumentación jurídica en general, así como el caso particular de la argumentación legislativa.

I.3.3.- Teoría de la argumentación de Theodor Viehweg y la función legislativa

A la función legislativa puede aplicarse la teoría de la tópica del razonamiento jurídico de Theodor Viehweg. Ésta surge por "la necesidad de razonar también donde no caben fundamentaciones concluyentes y la necesidad de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos que permanecen ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica"¹¹⁰.

El propósito de la tópica es "dar orientaciones, indicaciones (*Winke*) de cómo proceder en una tal situación, a fin de no quedar bloqueado sin remisión"¹¹¹.

La tópica jurídica de Viehweg se basa en la inviabilidad de reducir el derecho a un sistema estrictamente axiomático-deductivo cerrado, que implicaría "el establecimiento de la prohibición de interpretar las normas, permitir el *non liquet*, una intervención continuada del legislador, y establecer preceptos de interpretación de los hechos"¹¹².

El derecho describe, más bien, un sistema abierto y adaptativo de la propia realidad social, en constante evolución. No obstante, Viehweg va más allá y propone incluso negar la concepción del derecho como un sistema para más bien considerarla como un "pensamiento problemático o pensamiento aporético"¹¹³,

¹¹⁰ Atienza Rodríguez, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005, p. 42

¹¹¹ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, en García Amado, Juan Antonio, op. cit., p. 76.

¹¹² Ibidem, p. 36

¹¹³ García Amado, Juan Antonio, op. cit., p. 142.

cuyo instrumento o técnica más propicia es la tópica. De ahí, que pueda definirse tópica, en sentido amplio, como una "técnica del pensamiento de problemas"¹¹⁴.

El autor citado define al problema como "toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución."¹¹⁵.

Además, define aporía como "una cuestión que es acuciante e ineludible, 'la falta de un camino', la situación de un problema que no es posible apartar"¹¹⁶.

Con base en estas definiciones, Viehweg destaca la aporía fundamental en el derecho, es decir, "determinar qué es lo justo aquí y ahora"¹¹⁷, resaltando el carácter dinámico, adaptable y abierto del derecho.

Ahora bien, Viehweg parte del pensamiento de Nicolai Hartmann para diferenciar entre un pensamiento problemático y uno sistemático, y profundiza explicando el procedimiento que el pensamiento problemático describe, es decir, "al problema, a través de una formulación adecuada, se le introduce en una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos extensas, a través de la cual se obtiene una contestación"¹¹⁸.

Bajo esta premisa, el jurista en estudio acentúa las diferencias y relaciones entre un pensamiento sistemático y uno problemático, pues al enfatizar el aspecto sistemático: "el establecimiento de un sistema opera una selección de problemas"¹¹⁹, mientras que al enfatizar el aspecto problemático: " el

¹¹⁴ Ibidem, p. 75

¹¹⁵ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, segunda edición, trad. de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, Civitas, 2007, p. 57.

¹¹⁶ Ibidem, p. 56

¹¹⁷ Atienza, Manuel, op. cit., 37

¹¹⁸ Viehweg, Theodor, op. cit., p. 57

¹¹⁹ Ibidem, p. 58

planteamiento de un problema opera una selección de sistemas, y conduce usualmente a una pluralidad de sistemas"¹²⁰.

De estas distinciones y con el objeto primordial de encontrar soluciones, surge la división de la tónica en grados, explicando Viehweg el funcionamiento de la tónica de primer grado al enfrentarse un problema, esto es, "tomando por vía de ensayo, en arbitraria selección, una serie de puntos de vista más o menos ocasionales y buscando de este modo unas premisas que sean objetivamente adecuadas y fecundas y que nos puedan llevar a unas consecuencias que nos iluminen"¹²¹. Este mecanismo va formando agrupaciones o catálogos de tónicos, es decir, lo que Viehweg denominará la tónica de segundo grado, o bien, el "procedimiento que se sirve de estos catálogos"¹²².

Ambos funcionan como "posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento"¹²³. Dado que la tónica busca abordar los problemas de manera flexible y parte de una lógica material, así como de una argumentación probable, los catálogos de lugares comunes son descritos como elásticos y por ello, la interpretación es considerada como un "modo de pensar tónico"¹²⁴. Ésta desafía la rigidez de un sistema proporcionando un nuevo modo de entenderlo, ya que, en él "se mantienen las fijaciones ya efectuadas, sometiéndolas a nuevos puntos de vista, que frecuentemente se producen en una conexión completamente distinta y hacen posible que se dé a las viejas fijaciones un nuevo giro"¹²⁵. Por ende, un pensamiento sistemático rígido es incompatible con la tónica, pues

¹²⁰ Idem

¹²¹ Ibidem, p. 60

¹²² Ibidem, p. 61

¹²³ Ibidem, p. 65

¹²⁴ Ibidem, p. 71

¹²⁵ Idem

"cuando se logra establecer un sistema deductivo, al que toda ciencia desde el punto de vista lógico debe aspirar, la tónica tiene que ser abandonada"¹²⁶.

Cuando se habla de la función legislativa, la tónica puede verificarse en cada etapa del esquema legislativo. La etapa prelegislativa hace referencia al pensamiento problemático de Viehweg, pues desde el momento en que el legislador considera llevar a cabo la función legislativa para solucionar algún problema de la realidad social, está eligiendo un sistema y descartando los demás para solucionar dicho problema, lo cual implica el uso de una tónica de segundo grado especializada en el área que se pretende normar, así como otra referente a la materia legislativa. En otras palabras, se atiende al uso de catálogos de tópicos relacionados al ámbito del conocimiento al que el hecho legible pertenece, así como, los relacionados al ámbito legislativo en particular. A través de estos dos conjuntos de tópicos, se tenderá a desarrollar el procedimiento legislativo. Por ejemplo, uno de los lugares comunes que el análisis prelegislativo tendría en materia de legislación, sería el criterio de dejar como última opción la incorporación de una norma jurídica nueva para solucionar el hecho legible. Otro tópico sería el agotamiento de todos los medios distintos al legislativo para solucionar el hecho legible antes de iniciar el proceso legislativo.

En las etapas legislativas, el uso de tópicos tenderá al consenso y posterior dictamen, en virtud del desechamiento, aprobación con modificaciones o aprobación total de la iniciativa, pues "la comisión debe formular un proyecto de dictamen, para que sus integrantes, en sesión de trabajo, lo discutan y decidan, con su voto, si el asunto se encuentra ya en estado de resolución, es decir, si se adopta como dictamen definitivo, en cuyo caso podrá ser turnado al pleno cameral para su aprobación o rechazo"¹²⁷. Para ello, serán lugares comunes en materia legislativa la prevalencia de los principios constitucionales, así como el uso de la técnica legislativa para evitar la antinomia.

¹²⁶ Ibidem, p. 74

¹²⁷ Camacho, César, op. cit., pp. 295-296

Con respecto a la etapa poslegislativa, la tónica se conformará por los criterios a favor o en contra de que una norma jurídica siga vigente, sea reformada o sea derogada, lo cual se puede expresar como las ventajas o desventajas para la generalidad del sistema jurídico con relación a la existencia, modificación o inexistencia de una ley. Desde esta perspectiva, resaltarían tópicos legislativos como evitar la excesiva regulación, salvo ser estrictamente necesaria o reflejar los cambios sociales a través de la norma jurídica. Si bien los anteriores tópicos aplicarían a cualquier etapa del esquema legislativo propuesto, aplicados a la fase poslegislativa, tenderán a orientar la constante evaluación que habrá de hacerse a la ley vigente. Por ello, el conjunto de criterios y justificaciones acordadas para que la norma jurídica continúe o no con su vigencia, o pase a ser reformada, constituirá la tónica de segundo grado especializada en la fase poslegislativa.

I.3.4.- Teoría de la argumentación de Stephen Toulmin y la función legislativa

Pasando ahora al análisis de la teoría de la argumentación jurídica basada en la obra de Stephen Toulmin, debe decirse que ésta pretende revivir la dialéctica, pues busca legitimar las razones que tiendan a justificar afirmaciones basadas en hechos. Se trata de un caso utilizado en la argumentación jurídica judicial, teniendo una clara aplicación dentro del litigio. No obstante, es posible extrapolar sus bases teóricas al ámbito no judicial, en este caso, el legislativo, dado que el interés principal de la obra de Toulmin se "centrará en los argumentos justificatorios utilizados para apoyar afirmaciones, en las estructuras que pueden tener, en el valor que pueden reivindicar para sí y en el modo en que nos enfrentamos a ellos al clasificarlos, nos formamos un juicio sobre ellos y los criticamos"¹²⁸. Una postura legislativa tomada en virtud de un hecho legible sería equivalente a una aseveración cuya justificación sería el eje conductor del procedimiento legislativo.

Así, una aseveración o afirmación es una conclusión evaluada mediante los elementos que puedan o no justificarla. Para Toulmin, dichos elementos

¹²⁸ Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2003, p. 30

justificatorios son los hechos ante los cuales se basa la conclusión, que denomina datos o "información factual"¹²⁹.

No obstante, dado que puede dudarse la conexión de la información factual y una aseveración de ésta, Toulmin sugiere que, en vez de reforzar la base del argumento dada por los datos, se refuercen sus reglas de inferencia mediante el uso de principios o enunciados que denomina garantías y que "corresponden a los estándares prácticos o cánones de argumentos"¹³⁰.

La garantía desde la teoría en alusión, responde al porqué de una aseveración basada en determinados datos y obedece a una generalidad previamente convenida, por ello el objetivo de la garantía "consiste simplemente en registrar explícitamente la legitimidad del paso dado, poniéndolo en relación con la clase más amplia de pasos cuya legitimidad se presupone"¹³¹.

Además, las garantías certifican "la validez de todos los argumentos del tipo correspondiente, por lo que tienen que establecerse de manera muy diferente que los elementos justificatorios que ofrecemos como datos. La distinción entre datos y garantías es similar a la que se traza en los tribunales entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho"¹³². El consenso de una garantía permite legitimar la correlación entre hechos y afirmaciones.

En caso de que se cuestionara el consenso general de una garantía, el esquema argumentativo propuesto ofrece el respaldo como solución, pues "detrás de las garantías que empleamos habrá normalmente... otras certezas, sin las cuales las propias garantías carecerían de autoridad y vigencia: a éstas nos referiremos como el respaldo"¹³³. Así, el respaldo puede entenderse como la referencia a normas jurídicas vigentes hecha al momento de fundamentar, pues el

¹²⁹ Ibidem, p. 133

¹³⁰ Ibidem, p. 134

¹³¹ Ibidem, p. 136

¹³² Idem

¹³³ Ibidem, p. 140

respaldo es lo que reafirma la garantía y permite apuntalarla con base en el hecho de que ya fue establecida su legitimidad tras un proceso

Con estos elementos del esquema desarrollado, se puede hablar de uno de los méritos de la teoría de la argumentación de Toulmin, esto es, utilizar una nomenclatura que exprese y describa la anatomía del argumento.

Si bien con este esquema argumentativo se suele dar una aplicación preponderante al ámbito judicial y en particular al litigio, no se debe pasar por alto que "en cualquier campo de la argumentación, a menos que estemos dispuestos a trabajar con garantías de algún tipo, será imposible someter los argumentos de ese campo a una evaluación racional"¹³⁴. Por ello, en la función legislativa puede extrapolarse el presente esquema al esquema legislativo.

Los hechos legislativos equivalen a los datos, la postura que adopte el legislador ante una etapa prelegislativa, es decir, aprobar o rechazar una iniciativa como única solución posible ante un hecho legible, es una aseveración, conclusión o pretensión del propio legislador.

Las garantías corresponden a la exposición de motivos, es decir, "la parte preliminar de una ley, reglamento o decreto, donde se razonan en forma doctrinal y técnica los fundamentos del texto legal que se promulga y la necesidad de la innovación o de la reforma"¹³⁵.

Por último, el respaldo, concurre con el marco jurídico relacionado a la función legislativa, esto es, la parte orgánica de la Constitución Mexicana referida al poder legislativo, cuya expresión se establece principalmente en las secciones del Capítulo II del Título Tercero constitucional, así como el marco jurídico particular del congreso (su ley orgánica y sus reglamentos). Por su parte, cada

¹³⁴ Ibidem, p. 136

¹³⁵ Muro Ruiz, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, 2007, p. 86

conjunto de razones cuyo fin sea justificar o motivar los actos legislativos, se equiparan a la garantía, cuya principal expresión es la exposición de motivos.

I.3.5.- Teoría de la argumentación de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca y la función legislativa

Pasando ahora a la teoría argumentativa de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, así como a su relación con la función legislativa, se propone revitalizar la retórica poniendo especial enfoque en la adherencia que un orador habrá de conseguir de su auditorio. A raíz de esta propuesta argumentativa, el orador enfrentará la necesidad de adaptarse a su auditorio.

El modo en que la nueva retórica rechaza al formalismo axiomático estricto, se comprueba en la influencia que el argumentador genere en su público, pues "cuando se trata de argumentar o de influir, por medio del discurso, en la intensidad de la adhesión de un auditorio a ciertas tesis, ya no es posible ignorar por completo, al creerlas irrelevantes, las condiciones psíquicas y sociales sin las cuales la argumentación no tendría objeto ni efecto"¹³⁶.

Quien busque adherir la opinión de un auditorio, habrá de estudiarlo a fondo, en cuanto a sus convicciones, posturas, motivaciones, modos de pensar y de sentir, lo cual, vinculado a la tarea legislativa, resulta en seleccionar de entre las diversas posiciones consentidas por cada grupo parlamentario, aquellas que buscará suscribir a la propia el legislador y viceversa.

Según la teoría de la argumentación en estudio, el auditorio es "el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación"¹³⁷ y, respecto a la necesidad de entender a fondo al auditorio para estar en condiciones de argumentar, debe tomarse en cuenta que "el conocimiento, por parte del

¹³⁶ Ibidem, p. 48

¹³⁷ Ibidem, p. 55

orador, de aquellos cuya adhesión piensa obtener es, pues, una condición previa a toda argumentación eficaz"¹³⁸.

El estudio del auditorio en la retórica cobró, en la antigüedad, una importancia tal que en el tratado argumentativo de Perelman y Olbrechts-Tyteca se retoma la clasificación de "los géneros oratorios según el papel que cumple el auditorio al que se dirige el orador. Los géneros oratorios, tal como los definían los antiguos (género deliberativo, judicial, epidíctico), corresponden respectivamente, según ellos, a auditorios que deliberan, juzgan o sólo disfrutan como espectador del desarrollo oratorio"¹³⁹. Se enfatizará mayormente el género deliberativo, por su estrecha relación con la función deliberativa presente en el poder legislativo.

También, para el ámbito legislativo, se destaca la característica de un auditorio heterogéneo, cuya expresión, en el caso mexicano, se encuentra en los diversos grupos parlamentarios pertenecientes al congreso, si bien puede darse lo heterogéneo en otro tipo de auditorios por componerse de individuos diferenciados "entre sí por su carácter, relaciones o funciones"¹⁴⁰.

Quien argumenta deberá contemplar tanto el tipo y heterogeneidad del auditorio, como su propia postura con que se vincula a su público, ya que si el orador "mantiene puntos de vista extremados, nada se opondrá a que piense que todos los interlocutores son integrantes de un único auditorio. En cambio, si es de opinión moderada, tenderá a considerarlos componentes, al menos, de dos auditorios distintos"¹⁴¹.

Así, la elección de razones hecha por quien argumenta, quedará supeditada, en el ámbito legislativo, a lo que una mayoría requerida para llevar a cabo las pretensiones del legislador, considere convincente, convirtiéndose el

¹³⁸ Ibidem, p. 56

¹³⁹ Ibidem, pp. 57-58

¹⁴⁰ Ibidem, p. 58

¹⁴¹ Ibidem, pp. 59-60

legislador, bajo el esquema argumentativo de Perelman y Olbrechts-Tyteca, en un orador, y los grupos parlamentarios a los que pretende adherir, en el auditorio.

Esta adaptación del orador a su auditorio consiste en un tipo de condicionamiento bajo el cual está el auditorio en el que "el fondo y la forma de ciertos argumentos, que son apropiados para ciertas circunstancias, pueden parecer ridículos en otras"¹⁴². Esto puede entenderse como condicionamiento intrínseco, pues el extrínseco consiste en factores como la "música, iluminación, tono demagógico, decorado, control teatral"¹⁴³.

El tratado de argumentación en alusión propone distinguir entre dos tipos de argumentaciones: "nos proponemos llamar persuasiva a la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular, y nominar convincente a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón"¹⁴⁴.

Con relación a cada auditorio, habrá una argumentación ante un auditorio universal, una hecha ante un único oyente o interlocutor y otra llamada deliberación con uno mismo. Las dos últimas pueden entenderse como las dirigidas ante un auditorio particular, si no se pretende llegar a un convencimiento basado en cadenas deductivas de axiomas tendente a la aprobación unánime, como sería el caso del auditorio universal.

Al respecto, se dice que la "argumentación dirigida a un auditorio universal debe convencer al lector del carácter apremiante de las razones aducidas, de su evidencia, de su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas"¹⁴⁵. Aún así la universalidad de este tipo de

¹⁴² Whately, Richard, *Elementos de la retórica*, en Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, op. cit., p. 63

¹⁴³ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, op. cit., p. 60

¹⁴⁴ Ibidem, p. 67

¹⁴⁵ Ibidem, p. 72

auditorio puede quedar relativizada por el hecho de que "cada cultura, cada individuo posee su propia concepción del auditorio universal"¹⁴⁶.

En cambio, la argumentación dirigida a un interlocutor es la denominada no necesaria, en la cual, serán naturales los disentimientos por parte de orador y oyente, dándose paso al diálogo llamado erístico "que tendría por objeto dominar al adversario"¹⁴⁷ o uno habitual en el que "los participantes tienden simplemente a persuadir al auditorio con vistas a determinar una acción inmediata o futura"¹⁴⁸. Se trata de un tipo de diálogo cuya finalidad está en encauzar la voluntad del auditorio hacia el parecer del orador, lo cual contrasta con un diálogo heurístico, donde "el interlocutor es una encarnación del auditorio universal"¹⁴⁹ y el único interés de los sujetos de la argumentación es hallar la conclusión irrefutable a través de cadenas axiomáticas sujetas a reglas de inferencia.

Con relación a la deliberación con uno mismo, también llamada íntima, se hace referencia a una convicción a la cual se llegó por una decisión. Dicho movimiento implica un acto dialéctico donde orador y auditorio fragmentan la individualidad, pues el argumentador, en su fuero interno, buscará observar todas las posturas referentes a un asunto, esto es, las posibles refutaciones desprendidas de su tesis de modo que de "los ataques que puedan venir del exterior; es normal que examine todos los argumentos susceptibles de reforzarla. Estas nuevas razones pueden intensificar la convicción, protegerla contra ciertos ataques en los que no se había pensado en un principio, precisar su alcance"¹⁵⁰.

Mientras más perspectivas sea capaz el argumentador de analizar en su fuero interno, mayor será su destreza en deliberar. Para ello deberá abordar

¹⁴⁶ Ibidem, p. 75

¹⁴⁷ Ibidem, p. 83

¹⁴⁸ Idem

¹⁴⁹ Idem

¹⁵⁰ Ibidem, p. 90

posturas opuestas a las propias y buscar defenderlas como si suscribiera ante ellas, logrando reforzar las propias tesis o cambiar la perspectiva.

Respecto a las posturas que defienda el legislador, se observa que son resultado de un proceso deliberativo interno. Si bien existe una diversidad de posturas en el congreso mexicano, el grado de influencia que el legislador consiga, se reflejará en los votos necesarios para aprobar un proyecto de dictamen como definitivo ante el pleno camaral, por ejemplo. Para ello, el congresista, quien trabajaría desde un género oratorio deliberativo, deberá ejercer una argumentación persuasiva, dado el auditorio particular descrito por las objeciones que surjan en etapas de discusión.

El legislador también puede trabajar con una argumentación convincente para temas legislativos de estricta racionalidad jurídica, a cuyas conclusiones no sea viable una refutación desde la lógica formal. En estos casos, el pleno se vuelve un auditorio universal debido a la necesidad de ciertos principios ya establecidos, por ejemplo, limitarse a las facultades que constitucionalmente corresponden a diputados y senadores. Un diputado o senador que pase dichos límites constitucionales caería en la irrefutable sanción del auditorio universal.

Por su parte, el desarrollo de la argumentación persuasiva, giraría en torno a encauzar al auditorio particular a la aprobación, modificación o rechazo de un proyecto de dictamen elaborado con base en la deliberación de una comisión, por ejemplo. Para ello, la comisión, en aras de realizar un proyecto de dictamen que no sea rechazado, deberá estudiar las posibles objeciones de los opositores.

I.3.6.- Teoría de la argumentación de Neil MacCormick y la función legislativa

Pasando a la teoría de la argumentación de Neil MacCormick, debe decirse que su principal enfoque son las decisiones judiciales, sin embargo, se puede aplicar la esencia de esta teoría al caso legislativo, pues si para este autor la argumentación puede estudiarse "como un proceso de justificación"¹⁵¹, su vínculo

¹⁵¹ MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra, 2018, p. 49

respecto a la producción normativa por parte del congreso es alto, dada la labor justificativa que el legislador debe realizar en sus diversas ocupaciones.

MacCormick parte de considerar la conciliación entre lo afectiva y lo racional del ser humano a la hora de argumentar, pues "trata, en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones"¹⁵². Así, propone un esquema argumentativo en que no se negará la incidencia de lo emocional dentro de una decisión jurídica ni de la razón a la hora de justificarla. Influenciado por las ideas de Hume, Kant y Reid, MacCormick analiza los factores que pueden verse involucrados en un convencimiento, pues "el hecho de que las personas tengan diferentes naturalezas afectivas, diferenciadas de sentimientos, pasiones, predisposiciones, puede entonces ser presentado como explicación de los desacuerdos morales fundamentales"¹⁵³.

La razón ocupa su importancia en el ámbito de las acciones humanas y los juicios que de ellas puedan realizarse. Con base en ello, habrá de distinguirse el impulso instintivo que mueve a una reacción, de una acción que habrá de guiarse por principios derivados de un "razonamiento sobre los asuntos prácticos de la vida"¹⁵⁴. A éste último, MacCormick dedica su análisis teórico; ya que, "se ocupa de la orientación de decisiones, juicios, valoraciones y todo lo demás"¹⁵⁵, si bien expresa reconocer que ante el razonamiento y juicio de esos principios orientadores de la acción, "la afectividad interviene al menos tanto como la racionalidad en nuestra adhesión a determinados principios y no a otros"¹⁵⁶.

La teoría de la argumentación en referencia, se enfoca en "un ámbito determinado de la actividad práctica: la toma y la justificación de decisiones en el

¹⁵² Atienza, Manuel, *Las razones...*cit., p. 107

¹⁵³ MacCormick, Neil, op. cit., p. 34

¹⁵⁴ Ibidem, p. 35

¹⁵⁵ Idem

¹⁵⁶ Ibidem, pp. 35-36

Derecho"¹⁵⁷. Dentro de este objeto de estudio, MacCormick es enfático en analizar la argumentación bajo ciertos criterios, por ejemplo, "de bondad o deficiencia, mayor o menor solidez, relevancia, aceptabilidad, etc."¹⁵⁸.

MacCormick coincide con Perelman en que la función persuasiva de la argumentación es mover a un auditorio particular a una acción, decisión u opinión, además de que "bajo el objetivo práctico de la persuasión subyace una función de justificación"¹⁵⁹. La labor justificativa del jurista equivale a convencer a partir de razones, sin menoscabo de la objetividad, a pesar del infranqueable ámbito afectivo y subjetivo, por ello "los argumentos que muestran por qué x debe hacerse son razones para reclamar que se haga, o para hacerlo. Quienes trabajan en tal sistema persuaden precisamente al convencer al auditorio pertinente de que hay razones de un peso predominante por las que x debe hacerse "¹⁶⁰.

Para la teoría en alusión, si bien no es posible adscribir la totalidad del razonamiento jurídico a la lógica deductiva, lo es admitir que "a veces es posible mostrar de forma concluyente que una determinada resolución está jurídicamente justificada por medio de un argumento puramente deductivo"¹⁶¹.

Ahora bien, la teoría en estudio distingue un sentido técnico de la lógica, que está relacionada a la implicación necesaria de ciertas premisas, según reglas de inferencia; y un sentido común o cotidiano de la lógica, referido a la consistencia con los principios que un sistema jurídico busca proteger.

En este sentido cotidiano, lo ilógico en el Derecho se vería reflejado cuando se "establece una norma de conducta que es absurdo o injusto o irrazonable esperar de las personas"¹⁶². El Derecho se compone de estos dos sentidos de la

¹⁵⁷ Ibidem, p. 36

¹⁵⁸ Ibidem, p. 41

¹⁵⁹ Ibidem, p. 43

¹⁶⁰ Ibidem, p. 44

¹⁶¹ Ibidem, p. 49-50

¹⁶² Ibidem, p. 72

lógica, cuyo uso expresa las relaciones entre lo judicial y lo legislativo; ya que, en la producción de reglas de Derecho, cada regla "tiene un carácter general, y estipula que siempre que se dé un conjunto determinado de hechos operativos (p) debe seguirse una determinada consecuencia jurídica (q)"¹⁶³, lo cual permite al juez establecer la "relevancia de la regla jurídica para el caso"¹⁶⁴ y derivado de esto aplicar la consecuencia jurídica.

Lo anterior es así por existir un sistema jurídico cuya "aceptación compartida por parte de los jueces de ese sistema de que su deber es aplicar reglas identificadas por referencia a los mismos"¹⁶⁵ obedece a "un conjunto de reglas identificables por referencia a unos criterios comunes de reconocimiento"¹⁶⁶.

La relación entre lo legislativo y lo judicial se intensifica por el hecho de que las normas institutivas y consecuenciales giran en torno a ambas instituciones, pues tanto la judicial como la legislativa, requieren una de la otra, ya que, "la segunda determina el contenido de los deberes de la primera, mientras que la primera, al ejercer ese deber, no puede sino terminar por definir el ámbito de competencia de la segunda"¹⁶⁷.

Así, los problemas que surgen del ámbito judicial al solucionar conflictos conforme a Derecho, atañen asimismo al ámbito legislativo, en el sentido de que el sistema normativo, cuya finalidad reguladora de diversos hechos sociales desemboca en su aplicabilidad mediante operadores jurisdiccionales, tiende a la generalidad, impersonalidad y universalidad de modo que la vaguedad, la ambigüedad o la textura abierta, terminan por manifestarse en problemas como los de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación.

¹⁶³ Ibidem, p. 88

¹⁶⁴ Idem

¹⁶⁵ Idem

¹⁶⁶ Idem

¹⁶⁷ Idem

En caso de duda respecto a si el hecho actualiza o no el supuesto jurídico de la norma, se estaría hablando de un problema de relevancia, pues "cuando un juez en cierto caso 'determina hechos' que equivalen a un caso de p, se establece la relevancia de la regla jurídica para el caso"¹⁶⁸, tomando aquí en cuenta que p indica la hipótesis normativa ante la cual habrá de aplicarse una consecuencia emanada de la norma.

Por otro lado, MacCormick destaca los problemas referentes a los hechos, entre los cuales están los problemas de prueba o de demostración, que implican "establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado"¹⁶⁹. Bajo esta tónica, se pretende descubrir los hechos que acontecieron a través de lo indudable en la actualidad, por ello "las disputas sobre el pasado deben depender de disputas sobre qué es el caso en el presente o sobre qué inferencias se pueden extraer de ello, o ambos"¹⁷⁰.

En los problemas de calificación o hechos secundarios, se busca si una serie de hechos actualizan en conjunto el supuesto jurídico de la norma, de modo que "no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma"¹⁷¹.

Con ello, MacCormick plantea el problema con una pregunta. Recordando que una regla de derecho se desarrolla como un condicional con su respectiva consecuencia jurídica de la forma si p entonces q, y tomada en cuenta la demostración de ciertos hechos aislados, "¿equivalen esas proposiciones fácticas o cuentan como un caso de p para poner en funcionamiento la regla?"¹⁷².

¹⁶⁸ Ibidem, p. 88

¹⁶⁹ Atienza, Manuel, op. cit., p. 113

¹⁷⁰ MacCormick, Neil, op. cit., p. 125

¹⁷¹ Atienza, Manuel, op. cit., p. 113

¹⁷² MacCormick, Neil, op. cit., p. 131

Ahora bien, en caso de no existir la rigidez para aplicar una única resolución ante una controversia, la autoridad deberá emplear su facultad discrecional, cuyo desarrollo deberá justificar, de modo que podrán resaltar dos posibles resoluciones pero distintas entre sí, a lo cual habrá que justificarse el porqué de elegir una y no la otra. Así, el problema girará en torno a "dictar o no dictar una resolución determinada, interpretar una determinada disposición de esta o de aquella manera, tratar los hechos F1, F2, F3 como equivalentes o no a un caso de p"¹⁷³. En tal contexto el sistema jurídico tendrá sentido según tenga consistencia, es decir si busca evitar la contradicción entre la resolución y "alguna regla válida y vinculante del sistema"¹⁷⁴.

Asimismo, el sentido que brinda la armonía entre la resolución y el contexto jurídico, se desglosa en la noción de coherencia, cuyo objeto es el sistema jurídico en conjunto, pues éste habrá de ser "un medio de orden social, si 'orden' involucra la organización de acuerdo con valores inteligibles y mutuamente compatibles"¹⁷⁵.

Ante esto conviene mencionar la aclaración que realiza Atienza respecto a la nomenclatura de MacCormick, para quien "principios y valores son extensionalmente equivalentes, pues él no entiende por valor simplemente los fines que de hecho se persiguen, sino los estados de cosas que se consideran deseables, legítimos, valiosos"¹⁷⁶.

Además, los principios cumplen determinadas funciones, por un lado la explicativa, pues "aclaran el sentido de una norma o de un conjunto de normas"¹⁷⁷ y por otro lado, una función de justificación, pues "si una norma puede subsumirse bajo un principio, ello significa que es valiosa"¹⁷⁸.

¹⁷³ Ibidem, p. 141

¹⁷⁴ Ibidem, p. 146

¹⁷⁵ Ibidem, p. 147

¹⁷⁶ Atienza, Manuel, op. cit., p. 118

¹⁷⁷ Ibidem, p. 120

¹⁷⁸ Idem

Para distinguir entre principios y reglas en la terminología de MacCormick, se debe entender que las reglas "tienden a asegurar un fin valioso o algún modelo general de conducta deseable"¹⁷⁹ y los principios, "expresan el fin por alcanzar o la deseabilidad del modelo general de conducta"¹⁸⁰.

Volviendo al tema de la justificación de segundo orden, el tipo de argumentos que ésta involucra, son consecuencialistas, es decir, "considera las consecuencias de dictar una resolución en un sentido u otro"¹⁸¹, así como evaluativos en cuanto que se preguntan "por la aceptabilidad o inaceptabilidad de tales consecuencias"¹⁸², con relación a "criterios tales como la 'justicia', el 'sentido común', las 'políticas públicas' y la 'conveniencia' al ponderar el caso a favor y en contra de unas determinadas resoluciones"¹⁸³. También son subjetivos, pues "cuando los jueces evalúan las consecuencias de posibles resoluciones opuestas, pueden dar diferente peso a diferentes criterios de evaluación, o tener diferencias sobre el grado de injusticia percibida, o sobre las inconveniencias previstas que surgirán al adoptar o rechazar una determinada resolución"¹⁸⁴.

Con relación a la función legislativa, conviene al legislador tener presente el modo en que el juez lleva a cabo su razonamiento, interpretación y facultad discrecional dadas las imperfecciones inherentes al sistema jurídico, para tener la mejora de ello como una directriz más en su labor.

Asimismo, relucen las distintas posturas que tome cada legislador como una decisión justificada de Derecho. Las determinaciones a las que se llega en el congreso desde calificar a un hecho como legible o no, hasta su aprobación como ley, no son más que una serie de procedimientos justificativos

¹⁷⁹ idem

¹⁸⁰ Idem

¹⁸¹ MacCormick, Neil, op. cit., p. 144

¹⁸² Ibidem, p. 145

¹⁸³ Idem

¹⁸⁴ Idem

concatenados. Debido a la pluralidad partidista resaltará la justificación de segundo orden, en una búsqueda por asegurarse la preferencia de la mayoría, siempre y cuando se aseguren la consistencia y la coherencia que habrá de conservar el proyecto de ley con relación al sistema jurídico ya vigente.

Todo lo anterior forma parte del estudio que habrá de realizarse en comisión para efectos del dictamen legislativo, que es la "resolución acordada por la mayoría de los integrantes de algún comité o comisión de un parlamento o Congreso, con respecto a una iniciativa, asunto o petición sometida a su consideración por acuerdo de la Asamblea, la cual está sujeta a lecturas previas y a una posterior discusión y aprobación del Pleno"¹⁸⁵. Se tomará en cuenta la consistencia de la iniciativa al momento de examinarse "si existen contradicciones jurídicas en su contenido o con otras leyes"¹⁸⁶. Por su parte, la coherencia se verificará al desentrañarse los valores que la iniciativa esté buscando proteger.

Las iniciativas conllevan argumentos consecuencialistas por "determinar su procedencia y sus posibles efectos"¹⁸⁷. Los argumentos evaluativos de las iniciativas surgen cuando "se revisan las formalidades esenciales, por ejemplo, si el autor de la iniciativa goza de facultad jurídica para presentarla; si el órgano legislativo ante el que se presenta es competente"¹⁸⁸. Los argumentos subjetivos se presentan por el hecho de la diversidad de perspectivas que cada legislador tendrá al darle mayor o menor peso a determinada postura, "por ello, un dictamen se convierte en la opinión de los legisladores sobre un proyecto legislativo"¹⁸⁹.

De igual modo, los problemas tanto de hecho como de derecho que la teoría de la argumentación de MacCormick plantea, pueden aplicarse a la función legislativa si se toman como hechos el conjunto de condiciones sociales,

¹⁸⁵ Muro Ruiz, Eliseo, op. cit., p. 171

¹⁸⁶ Idem

¹⁸⁷ Ibidem, p. 170

¹⁸⁸ Ibidem, p. 170-171

¹⁸⁹ Ibidem, p. 171

económicas, jurídicas, políticas o culturales, donde la consideración de un problema derivado de tales condiciones llega a tratarse como hecho legible, cuya resolución se vuelve una iniciativa de ley.

Los problemas de calificación o hechos secundarios se presentan a la hora de reunir el conjunto de requisitos que la ley establece para aprobarse determinada iniciativa, desde el quórum y mayoría calificada requerida en votación hasta el hecho de discutirse el asunto en la cámara con la competencia exclusiva para tratarlo. Cada hecho aislado no actualizará la hipótesis constitucional de que se trate, por sí mismo, así que los problemas de calificación de hechos en el contexto de la función legislativa, permiten responder si han podido reunirse todos los requisitos que la constitución establece para legislar.

Los problemas de prueba o demostración, por su parte, pueden hallarse en la fase poslegislativa, donde ya elevada una iniciativa a la categoría de norma jurídica vigente, se evalúa el impacto real que ha tenido la ley en el presente, para apreciar el acierto de haber elevado una iniciativa a la categoría de norma jurídica.

El problema de prueba, también se expresa en la etapa legislativa al integrar la exposición de motivos, pues ésta justifica la existencia de un proyecto de ley donde "el autor destaca las razones, exhibe situaciones o circunstancias, muestra la existencia en la realidad de ciertas injusticias o los defectos de la ley existente, denuncia los hechos delictuosos que deberían ser punibles"¹⁹⁰.

Por otro lado, los problemas de derecho, se centrarán tanto en el proceso de debate en comisión para llegar a un dictamen legislativo, como en la posterior deliberación y aprobación en el pleno.

En cuanto a los problemas de interpretación, se le otorga al legislador la facultad interpretativa conforme al inciso F del artículo 72 constitucional. De ello se deriva lo que Kelsen denominó interpretación auténtica, entendida como aquella que "adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter

¹⁹⁰ Ibidem, pp. 85-86

general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general"¹⁹¹, distinguiéndola de la que se hace judicialmente con la característica de ser creadora de derecho en cuanto la resolución de un caso concreto e individualizado. Así, el legislador interpreta elaborando leyes explicativas o aclaratoria, o bien dando significado a otra ley.

Por último, respecto a los problemas de relevancia, además de guiar la labor legislativa para establecer un claro antecedente y su ulterior consecuente en cuanto a la elaboración de reglas de derecho, se aplica a la función legislativa al momento de analizar las propias reglas aplicables al poder legislativo. Por ejemplo, las discusiones de las sesiones extraordinarias, reguladas en el artículo constitucional 67, refieren como antecedente el desarrollo de un asunto exclusivo de una de las cámaras fuera de sesiones ordinarias. El consecuente sería la convocatoria elaborada por la comisión permanente, con los asuntos a tratar en sesión extraordinaria. Aquí el problema de la relevancia se centra en que en verdad sea un asunto extraordinario y exclusivo de alguna de las cámaras.

I.3.7.- Teoría de la argumentación de Jürgen Habermas y la función legislativa

Jürgen Habermas, por su parte, desarrolla su teoría de la argumentación llevando como hilo conductor a la racionalidad. Parte de la relación entre dicha racionalidad y el saber, cuya expresión puede ordenarse mediante enunciados, revelando una estructura proposicional. Dicha relación se da en virtud de que "la racionalidad de una emisión o de una manifestación depende de la fiabilidad del saber que encarnan"¹⁹².

¹⁹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Segunda edición, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982 (obra original publicada en 1934), p. 354

¹⁹² Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Taurus Humanidades, 1981, p. 24

Habermas entiende lo verdadero como "la existencia de estados de cosas en el mundo"¹⁹³, y la eficacia como las "intervenciones en el mundo con ayuda de las cuales pueden producirse los estados de cosas deseados"¹⁹⁴. La racionalidad, por su parte "remite a diversas formas de argumentación como a otras tantas posibilidades de proseguir la acción comunicativa con medios reflexivos"¹⁹⁵.

La racionalidad comunicativa se refiere, en esta teoría, a "la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas"¹⁹⁶.

Habermas distingue, además, dos principales usos del saber proposicional, el primero, la manipulación instrumental y el segundo, el entendimiento comunicativo. Al primer uso lo denomina, realista, explicando que "de acuerdo con este modelo, las acciones racionales tienen fundamentalmente el carácter de intervenciones efectuadas con vistas a la consecución de un propósito y controladas por su eficacia, en un mundo de estados de cosas existentes"¹⁹⁷. En virtud de guiarse el realista por las acciones enfocadas en la obtención de un fin, pueden asimismo entenderse como resolutorias de problemas.

El segundo uso, lo denomina como la postura fenomenológica, que en una búsqueda por aclarar el concepto de racionalidad, estudia "las condiciones que han de cumplirse para que se pueda alcanzar comunicativamente un consenso"¹⁹⁸. Habermas resume este segundo uso refiriéndose a él como una

¹⁹³ Ibidem, p. 25

¹⁹⁴ Idem

¹⁹⁵ Ibidem, p. 26

¹⁹⁶ Ibidem, p. 27

¹⁹⁷ Ibidem, p. 29

¹⁹⁸ Ibidem, p. 31

"unanimidad de la experiencia"¹⁹⁹, donde se comparte intersubjetivamente un objeto observado en común, una misma experiencia de tal objeto, así como "esquemas de expresión compartidos y reconocibles"²⁰⁰.

Ambos usos del saber proposicional distinguen diferentes tipos de racionalidad: la cognitivo instrumental, asociada al uso de la manipulación instrumental y la comunicativa, asociada al uso del entendimiento comunicativo.

Para delimitar la acción comunicativa, Habermas plantea lo entendido por Max Weber como acción. De acuerdo con Weber, "por 'acción' debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo. La 'acción social', por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros"²⁰¹.

Habermas desarrolla distintos conceptos del término acción, sin embargo da mayor énfasis a la acción comunicativa, que considera como parte medular de su teoría, esto es, la acción comunicativa, y la define como "la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (ya sea con medios verbales o con medios extraverbales) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones"²⁰². En esta acción, los sujetos buscarán interpretar, es decir, negociar las "definiciones de la situación susceptibles de consenso"²⁰³.

¹⁹⁹ Idem

²⁰⁰ Idem

²⁰¹ Weber, Max, *Economía y sociedad*, Cuarta edición, trad. de Eduardo García Máynez et al., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2002 (obra original publicada en 1922) , p. 5

²⁰² Habermas, Jürgen, op. cit., p. 124

²⁰³ Idem

La acción comunicativa girará en torno a acordar y reconocer cada emisión de los participantes como válida o no válida. De ahí que Habermas denomine dichas manifestaciones como pretensiones de validez, y que las describa como susceptibles de crítica y con la posibilidad de ser puestas "en tela de juicio por otros actores"²⁰⁴. El entendimiento de la acción comunicativa se verá reflejado en el reconocer "intersubjetivamente las pretensiones de validez con que se presentan unos frente a otros"²⁰⁵.

Presuponiendo una corrección formal en las emisiones de los participantes, las pretensiones de validez que el actor habrá de buscar para su entendimiento son la de verdad para los enunciados o "condiciones de existencia del contenido proposicional"²⁰⁶, rectitud "en relación con el contexto normativo vigente"²⁰⁷ y congruencia entre el pensamiento y las intenciones emitidas por el hablante, es decir, "veracidad para la manifestación de sus vivencias subjetivas"²⁰⁸.

Respecto a la interpretación que habrán de realizar ambas partes, para efectos de la acción comunicativa, deben incluir "en la propia interpretación la interpretación que de la situación hace el otro"²⁰⁹. Esto implica que sólo puede "responder de sus actos aquel que sea capaz, como miembro de una comunidad de comunicación, de orientar su acción por pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas"²¹⁰.

Ahora bien, lo racional de las manifestaciones puede hallarse, no solamente en defender una postura de un crítico aduciendo la evidencia, lo cual el autor engloba en el género de pretensiones de verdad proposicional o de eficiencia, sino

²⁰⁴ Ibidem, p. 143

²⁰⁵ Idem

²⁰⁶ Ibidem, p. 144

²⁰⁷ Idem

²⁰⁸ Idem

²⁰⁹ Ibidem, p. 145

²¹⁰ Ibidem, p. 33

también al que "sigue una norma vigente y es capaz de justificar su acción frente a un crítico interpretando una situación dada a la luz de expectativas legítimas de comportamiento"²¹¹, es decir, las pretensiones de rectitud normativa, también descritas como acciones reguladas por normas. De la misma forma, se presentan las denominadas pretensiones de veracidad subjetiva, entre las que se encuentran los deseos, las confesiones, los sentimientos y los estados de ánimo.

Habermas denomina a estas últimas pretensiones también como autopresentaciones expresivas, y las entiende como racionales, por ser criticables y estar relacionadas con pretensiones de verdad y eficiencia, sólo que en vez de "hacer referencia a los hechos, hacen referencia a normas y vivencias"²¹².

También existen las manifestaciones denominadas evaluativas y descritas como aquellas que "no están provistas de una pretensión de validez claramente delimitada"²¹³, por ejemplo, la preferencia de algo y el rechazo ante otra cosa, lo cual se basa en juicios de valor pertenecientes a estándares de valor asociados a la comunidad. Así, lo racional se expresa con base en la correlación entre tales estándares y los juicios individuales, es decir, en el uso de los "estándares con que los miembros de una comunidad de cultura y una comunidad de lenguaje interpretan sus necesidades"²¹⁴, siendo, en cambio, irracional una acción que no tenga sentido dentro de tales estándares.

De esto se deduce que la práctica comunicativa "tiende a la consecución, mantenimiento y renovación de un consenso que descansa sobre el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica"²¹⁵, por ello se habla de una racionalidad comunicativa, en donde la

²¹¹ Idem

²¹² Idem

²¹³ Ibidem, p. 34

²¹⁴ Ibidem, p. 35

²¹⁵ Ibidem, p. 36

intersubjetividad estará descrita por la búsqueda del reconocimiento o aprobación de la pretensiones de validez que cada participante exponga.

Habermas señala que la racionalidad comunicativa, como concepto, debe desarrollarse mediante una teoría de la argumentación. Así, llama argumentación "al tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos. Una argumentación contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la pretensión de validez de la manifestación o emisión problematizadas"²¹⁶. La argumentación tendrá fuerza según la capacidad de "convencer a los participantes en un discurso, esto es, en si es capaz de motivarlos a la aceptación de la pretensión de validez en litigio"²¹⁷.

Con relación a la función legislativa, debe decirse que la producción normativa es culmen de una racionalidad comunicativa, por el consenso que el legislador habrá de generar ante posturas adversas dentro del congreso, así como la aprobación ante el pleno, donde se expresa la superación de cada subjetividad para el mejoramiento jurídico, social, económico y cultural del territorio. El uso del saber proposicional, denominado manipulación instrumental o realista, estará enfocado en lograr la concurrencia mayoritaria de criterios legislativos.

La acción comunicativa describe y abarca todas las etapas del esquema legislativo, pues cada fase estará descrita por la pugna de cada grupo parlamentario para obtener el reconocimiento intersubjetivo de sus pretensiones de validez, desde propugnar una iniciativa como única o mejor solución ante un hecho legible, hasta su ulterior aprobación en el pleno. También, cuando se evalúa mantener una disposición como norma jurídica o derogarla, se comprueba la existencia de la acción comunicativa al tomar decisiones poslegislativas.

Teniendo, sin embargo, el enfoque de la función legislativa, debe decirse que la acción comunicativa estará presente en cada decisión tomada en el

²¹⁶ Ibidem, p. 37

²¹⁷ Idem

congreso para efectos de elevar una iniciativa a la categoría de norma jurídica, requiriendo para ello la intersubjetividad de los legisladores. Con esto dicho, se cumple el requisito de que interactúen al menos dos sujetos capaces de lenguaje para reconocer la iniciativa como mejor solución de un hecho legible y su inclusión en el sistema jurídico.

Respecto a las pretensiones de validez, podrán hallarse las destacadas por Habermas en el artículo 257 del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, pues cada elemento constitutivo de un dictamen legislativo será expresión de cada pretensión de validez. El caso del preámbulo y los antecedentes del dictamen pueden asociarse con la pretensión de verdad proposicional para los enunciados, por expresar las condiciones de existencia del contenido de la iniciativa, entre las que destacan "los hechos, situaciones o acciones que causan u originan el asunto en dictamen"²¹⁸, en cuanto a los antecedentes, y "la mención del asunto en estudio, el emisor del mismo, en su caso Grupo Parlamentario al que pertenece"²¹⁹, en cuanto al preámbulo.

La pretensión de rectitud puede hallarse en el preámbulo del dictamen por cuanto refiere a la "fundamentación legal de la competencia de la o las Comisiones para conocer del asunto"²²⁰, así como en la fundamentación y motivación de los considerandos en las leyes aplicables, asimismo en la firma de la mayoría de los integrantes de la comisión dictaminadora, así como el sentido en que suscriben ante el dictamen.

La pretensión de veracidad se encuentra en los considerandos, por expresar "los argumentos por los cuales se aprueba, desecha o modifica la proposición o iniciativa"²²¹, así como en los puntos resolutivos por "expresar el sentido del dictamen, mediante proposiciones claras y sencillas que puedan

²¹⁸ Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, 2022, México

²¹⁹ Idem

²²⁰ Idem

²²¹ Idem

sujetarse a votación" ²²². En ambos casos se estará entrando en el mundo subjetivo del legislador y podrán verse reflejados aspectos de su contexto individual, desde sus inclinaciones, vivencias e intereses partidistas.

En los considerandos se vinculará la realidad de un hecho legible con el juicio subjetivo de cada legislador, con la estimación de una iniciativa como mejor o única solución; y en los puntos resolutivos se vinculará la iniciativa con el criterio particular de cada legislador con relación a aprobar, abstenerse, rechazar o modificar el dictamen, lo cual será votado después.

Este conjunto de pretensiones de validez aunadas al dictamen, más su éxito en la aprobación y posterior publicación como normas jurídicas, desembocarán en un mundo objetivo descrito, en el ámbito legislativo, por la fase poslegislativa, donde el legislador, desde una actitud evaluativa, comprobará mediante hechos el beneficio o perjuicio de mantener con vigencia la norma jurídica previamente aprobada. Dicho mundo objetivo podrá observarse también en la fase prelegislativa, donde se origina una categorización de hechos como legibles o no legibles.

Las manifestaciones evaluativas en el congreso, por su parte, encuentran su expresión como innovadoras y personales en el voto particular cuando el legislador manifiesta su rechazo a la totalidad del dictamen, en una búsqueda por el reconocimiento de sus pretensiones de validez, mediante argumentos, frente a los vertidos en la estructura del dictamen. La fuerza del dictamen o de los votos particulares se puede apreciar según el convencimiento que éstos logren respecto a su sentido, lo cual se manifiesta al ser aprobados.

I.3.8.- Teoría de la argumentación de Robert Alexy y la función legislativa

Alexy considera al discurso jurídico, del cual parte la argumentación jurídica, como un "caso especial del discurso práctico general"²²³. El objeto de

²²² Idem

²²³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e

ambas formas de discurso es la "correlación de enunciados normativos"²²⁴, cuyas afirmaciones plantean una "pretensión de corrección"²²⁵.

El más simple modelo del discurso práctico general, "consiste en una discusión entre 2 personas sobre si 'a' debe ser hecho o sobre si 'a' es bueno"²²⁶. Para llegar a un acuerdo, el emisor del argumento puede hacer una justificación o demostración de su afirmación, o bien usar la persuasión, influencia o propaganda. Para distinguir una posibilidad de la otra, la terminología hallada en esta teoría de la argumentación, distingue a la primera posibilidad como "justificación de una convicción moral"²²⁷, ante la cual se enfocará en mayor medida el desarrollo del discurso práctico general.

La discusión jurídica se distingue de la práctica general por el hecho de que la jurídica se desenvolverá dentro de ciertos límites como "la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como –lo que no concierne, sin embargo, al discurso científico-jurídico– las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal"²²⁸. Las pretensiones de corrección del discurso jurídico, también lo distinguirán del práctico general en que el enunciado jurídico normativo, "en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado"²²⁹.

De este punto resulta importante que para la terminología de la teoría de la argumentación en análisis, fundamentar se equiparara a justificar, si bien se

Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007 (obra original publicada en 1978), p. 295

²²⁴ Ibidem, p. 44

²²⁵ Ibidem, p. 46

²²⁶ Ibidem, p. 66

²²⁷ Idem

²²⁸ Ibidem, p. 46

²²⁹ Ibidem, p. 297

admiten las diferencias entre ambos términos y se usa el término justificación de manera estricta "cuando se ofrecen razones frente a una objeción o una duda"²³⁰.

Regresando al tema de la pretensión de corrección en el discurso jurídico y asociándolo a la función legislativa, la manifestación más evidente de la pretensión de corrección se puede notar en la función deliberativa de los legisladores, lo cual puede englobarse como "deliberaciones jurídicas en las que se discute larga e intensamente sobre la corrección de una decisión y que son también concebidas por los participantes como la búsqueda de una decisión correcta"²³¹.

Confrontando el tema de la pretensión de corrección en el ámbito de la función legislativa, donde la deliberación consistirá en lo debido y bueno de elevar una iniciativa de ley a la categoría de norma jurídica, estará la limitación de la "motivación real de los participantes que a menudo no tienen que ver con un juicio correcto o justo, sino con un juicio ventajoso para ellos"²³².

Esto puede relacionarse a los intereses partidistas de cada grupo parlamentario, así como los del sector poblacional que cada legislador esté representando, sin mencionar los intereses individuales presentados dentro de la subjetividad de cada legislador. A pesar de ello, como expresa el ejemplo del proceso civil al que recurre el jurista en análisis, "las partes o sus abogados plantean con sus intervenciones una pretensión de corrección; aunque sólo persigan intereses subjetivos"²³³.

También puede extrapolarse lo anterior al hecho de que sin importar los intereses sociales, partidistas o subjetivos, los legisladores habrán de argumentar asimismo las pretensiones de corrección, relacionadas a condiciones ideales, que vayan unidas a sus diversas posturas, pues "en las disputas jurídicas las

²³⁰ Ibidem, p. 66

²³¹ Ibidem, p. 297

²³² Ibidem, p. 303

²³³ Idem

discusiones tienen lugar bajo la pretensión de corrección y, por ello, teniendo como referencia condiciones ideales"²³⁴.

Ahora bien, se ha dicho que las pretensiones de corrección propias del discurso jurídico serán las que busquen fundamentar o justificar, con base en el ordenamiento jurídico vigente, los enunciados jurídicos normativos. Para tales efectos, la teoría en estudio distingue entre justificación interna y externa. La interna se refiere a la estructura formal del silogismo jurídico, basada en el "principio de justicia formal de tratar igual a lo igual"²³⁵, que relaciona un hecho acontecido, con una hipótesis normativa.

No obstante, este sencillo esquema puede enfrentar situaciones que lo conviertan en lo que Alexy denomina casos complicados. Éstos surgen cuando la aplicación de una norma "exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas, cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas o cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones"²³⁶.

A pesar de tales casos, deberá tomarse una decisión jurídica, en que destaque el juicio sobre su racionalidad. A ello se enfoca la justificación externa, concentrándose la interna en dejar claro "qué premisas hay que justificar"²³⁷.

El objeto de la justificación externa es "la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna"²³⁸. De ello, será clave entender el término fundamentación conforme a su contexto, es decir, atendiendo el tipo de premisa jurídica que se busque fundamentar. Las premisas jurídicas se engloban en tres grupos: "(1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas

²³⁴ Ibidem, pp. 304-305

²³⁵ Ibidem, p. 395

²³⁶ Ibidem, p. 309

²³⁷ Ibidem, p. 317

²³⁸ Ibidem, p. 318

que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho"²³⁹. Hablar de fundamentación con relación a una regla de derecho positivo, consistirá "en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico"²⁴⁰.

Fundamentar las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho, será lo que Alexy denomina argumentación jurídica, así como, enfoque principal de la justificación externa. Ésta última, seguirá distintas reglas clasificadas como formas argumentales "(1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos"²⁴¹.

De la anterior división, destaca la argumentación empírica por el hecho de que "casi todas las formas de argumentación jurídica –al igual que casi todas las formas de argumentación práctica general– incluyen enunciados empíricos"²⁴², lo cual indica la importancia de los hechos en el discurso jurídico, pues "si hay acuerdo sobre los enunciados normativos que hay que aceptar, la decisión depende únicamente de qué hechos hay que tomar como base"²⁴³. Aunque el discurso jurídico no pueda reducirse a un discurso empírico, la existencia de la argumentación empírica se basa en que "a menudo hay acuerdo sobre las premisas normativas, pero se discute sobre los hechos"²⁴⁴.

Para efectos de la función legislativa, tanto la justificación interna como la externa se hallan a lo largo del proceso de creación normativa, llegando a verse reflejadas en actos como comprobar el legítimo ejercicio de facultades que cada

²³⁹ Idem

²⁴⁰ Idem

²⁴¹ Ibidem, p. 320

²⁴² Ibidem, p. 321

²⁴³ Ibidem, p. 322

²⁴⁴ Ibidem, p. 396

legislador vierta en comisiones para la elaboración de proyectos de dictamen, así como desde una fase prelegislativa.

La justificación interna estaría en una fase prelegislativa al estructurar un hecho legible como premisa mayor, los requisitos constitucionales y legales para que pueda considerarse la iniciativa la única o mejor solución del hecho legible como premisa menor y como conclusión la entrada de la iniciativa al proceso legislativo. Aquí la premisa mayor sería un enunciado empírico y la menor entraría como reglas del Derecho positivo. La justificación externa se vería reflejada en mayor medida durante la etapa de discusión al realizar el proyecto de dictamen, donde se buscará fundamentar el porqué de las premisas.

También se observan estas justificaciones al existir una laguna de ley como hecho legible, que provoca los "casos complicados". La identificación de lo anterior, como hecho legible, conforma la justificación legislativa interna; y las razones relacionadas a la creación de una nueva norma jurídica aclarativa, limitativa o extensiva tendente a solucionar la laguna legal, serían la justificación legislativa externa necesaria para elaborar un proyecto de dictamen. Este vínculo inextricable entre la función legislativa y el uso de las normas jurídicas en el ámbito judicial o de litigio, se manifiesta en que "la racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida en que está determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica presupondría la racionalidad de la legislación"²⁴⁵.

Finalmente, se esbozará el principio de proporcionalidad aplicado a la función legislativa. Para ello, Alexy parte de distinguir entre regla y principio. Así, este autor entiende las reglas mandatos definitivos, pues se trata de exigencias ya sea categóricas o prescriptivas satisfechas ciertas condiciones, de modo que pueden ser prohibitivas de manera definitiva u obligatorias sí y solo sí se dan situaciones particulares. Asimismo, Alexy entiende a los principios como mandatos de optimización, cuya diferencia con las reglas está en que "los principios son

²⁴⁵ Ibidem, p. 394

normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas... se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados"²⁴⁶.

El principio de proporcionalidad se divide en los subprincipios de "idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto"²⁴⁷. El autor dará mayor enfoque a la proporcionalidad en sentido estricto, sin embargo, para diferenciarla de los otros dos subprincipios, y retomará las posibilidades fácticas y jurídicas de realizar el principio. Para las fácticas están los principios de idoneidad y de necesidad; para las jurídicas, el principio de la proporcionalidad en sentido estricto, que "se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas"²⁴⁸.

Ante la colisión de dos principios, se habrá de utilizar la ponderación en sentido estricto, mediante una fórmula denominada ley de la ponderación. En ella primero se define "el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro"²⁴⁹.

Se establece, asimismo, una distinción entre magnitudes concreta y abstracta, donde la concreta se asocia a la intensidad de los principios, pues "las intervenciones en los principios siempre son concretas"²⁵⁰; y la abstracta al peso de los principios, con base en la relación de un principio y otros, "independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto"²⁵¹. Por ejemplo, Alexy plantea la colisión entre el derecho a la vida y la libertad general de

²⁴⁶ Ibidem, p. 458

²⁴⁷ Ibidem, p. 459

²⁴⁸ Ibidem, p. 460

²⁴⁹ Idem

²⁵⁰ Ibidem, p. 470

²⁵¹ Idem

acción, teniendo el primero mayor peso abstracto. No obstante, puede darse el caso de que el peso abstracto sea el mismo para ambos principios en colisión, lo cual implica eliminar esta variable de la ponderación y tomar "únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones"²⁵².

Ahora, con respecto al segundo paso de la ley de la ponderación, esto es, la importancia de la satisfacción del otro principio, resalta el grado de no satisfacción del primer principio, pues "qué tan importante sea la satisfacción del principio contrario depende entonces, al mismo tiempo, de qué tan intensa sería la restricción del principio contrario, si no se le reconociera la prioridad, así como también, de cuál es la magnitud de su peso abstracto"²⁵³.

En lo referente a esta importancia en la satisfacción del principio, la denominada "importancia concreta"²⁵⁴, se dará según la intensidad de la satisfacción de un principio, la no satisfacción de su contrario y viceversa.

Pasando al tercer paso, se pretende correlacionar los dos pasos anteriores, comparándolos a lo considerado válido desde el punto de vista constitucional, lo cual brinda un punto de vista común de validez. Asimismo, se destaca, en la teoría en análisis, una escala "que establezca los grados para la valoración de las pérdidas y ganancias desde el punto de vista de los derechos fundamentales"²⁵⁵.

Ante la dificultad de usar una escala en el Derecho, Alexy introduce una fórmula diferencial que toma en cuenta el concepto de peso concreto, es decir, aquel que toma en cuenta las circunstancias del caso. Con ello, la fórmula establece que la intensidad de la intervención de un principio menos la importancia concreta del principio contrario da como resultado el peso concreto. A cada variable de la resta pueden asociarse, para su comprensión cifras en relación a

²⁵² Idem

²⁵³ Ibidem, p. 472

²⁵⁴ Idem

²⁵⁵ Ibidem, p. 476

valores cualitativos. Bajo este modelo podrían surgir los casos de empate, en los que la labor tanto legislativa como judicial pasaría a solucionar tal situación.

I.3.9.- Relación de la fórmula de ponderación con la función legislativa

En aras de relacionar la proporcionalidad en sentido estricto y su aplicación mediante la fórmula de la ponderación con la función legislativa, se parte del impacto que una colisión de principios causaría a la creación normativa.

En la posibilidad de una colisión de principios parlamentarios como lo es el principio de representación confrontándose al principio de libertad, el primero encuentra su esencia en los artículos constitucionales 40 y 41. Éstos señalan que "es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa y segundo, que la soberanía popular se ejerce por medio de los poderes de la Unión y por los de los estados"²⁵⁶.

Lo anterior implica que "el parlamento no representa su grupo sino a la nación; por tanto, tendrá que poner encima de intereses parciales o sectoriales, el interés común"²⁵⁷. Sin embargo, en la realidad, esto se confronta a "la obligación de congruencia con lo ofrecido en campaña y con el hecho de que los votantes lo hacen por doctrina o propuesta partidista concreta"²⁵⁸.

En cuanto al principio de libertad, su esencia reside en el artículo constitucional 61, relativo a la inviolabilidad de las opiniones que emitan los legisladores en el desempeño de sus cargos. De ello se deriva que "hablar, discutir, criticar, argumentar y finalmente votar en un sentido o en otro, no son sino expresiones externas del principio de la libertad interior, y manifestaciones de la libertad física y de la libertad jurídica de los legisladores"²⁵⁹.

²⁵⁶ Bátiz Vázquez, Bernardo, *Teoría del derecho parlamentario*, México, Oxford, 1980, p. 49

²⁵⁷ Ibidem, p. 50

²⁵⁸ Idem

²⁵⁹ Ibidem, p. 53

La libertad interior se refiere a lo que señale la propia voluntad del legislador, es decir, su fuero interno, su personal punto de vista de donde emanan sus razones y motivos para tomar determinada postura o decisión, de modo que "la voluntad del legislador no podrá ser nunca obligada sino, en todo caso, convencida para expresarse"²⁶⁰. La libertad física del legislador se refiere a la ausencia de obstáculos corporales o materiales para que pueda tomar sus decisiones, la jurídica se refiere a eso mismo pero respecto a impedimentos normativos que limiten el actuar del legislador para llevar a cabo sus funciones. De igual modo, la constitución señala una libertad psicológica referida a la edad necesaria para poder ser diputado y para poder ser senador.

A pesar de que en el fuero interno, la libertad de cada legislador es inatacable, una vez que se expresa o externa, "sus manifestaciones en voces, palabras escritas o actos, pueden estar sujetas a limitaciones de carácter físico o a presiones de carácter psicológico"²⁶¹. Dichos impedimentos pueden dañar el principio de libertad no solamente por la fuerza, sino también por las presiones políticas que terminan restringiendo la actividad parlamentaria. Dicha práctica no necesariamente se da por el ejecutivo, también puede darse a través de lo que se conoce en Estados Unidos como el lobbying o el cabildeo, que es la "forma de influir en la voluntad de los congresistas y senadores, para que den voto en favor de intereses no ciertamente de la nación, sino de los que pagan a cabilderos y lobbistas"²⁶². Por otro lado, está la disciplina del voto consistente en que "el legislador puede comprometer su voto a la disciplina de su partido"²⁶³.

Ante todo esto, el principio en análisis resalta diversos mecanismos para preservar la libertad del legislador, entre ellos, normas procedimentales de diversa jerarquía que lo defiendan, como el voto secreto.

²⁶⁰ Idem

²⁶¹ Ibidem, p. 53

²⁶² Idem

²⁶³ Ibidem, p. 54

El hecho de que el legislador tenga libertad de someterse a la disciplina del voto y proteja sus intereses personales o los partidistas por encima de los del pueblo, es lo que colisiona con el principio de representación, cuya esencia está en velar por los intereses del pueblo.

Aplicando la proporcionalidad en sentido estricto de Alexy mediante su fórmula de ponderación, se tendrían que evaluar las intensidades de las intervenciones de cada principio, es decir, qué tanto afectaría que uno de los principios no sea satisfecho, asociando a dicha situación una escala cuantitativa o cualitativa. Se hace lo mismo con el otro principio y se procede a asignar valores respecto a la afectación relacionada a la función legislativa, en caso de satisfacerse el principio contrario o en controversia.

Para obtener el peso abstracto, habrá que valorar cada principio independientemente de la situación concreta en que se encuentren, en este caso, decidir si el mayor peso lo tiene la libertad o la representación. Por cuanto respecta a las pérdidas y ganancias con relación a la parte dogmática de la constitución, se habrán de asignar valores dentro de una escala con relación a la no satisfacción de cada principio.

Por último, para definir el peso concreto, habrán de restarse el valor de la intensidad de intervención de un principio, es decir, la afectación ante su no satisfacción, menos la importancia concreta del adversario, esto es, la importancia de su satisfacción.

El caso de colisión entre el principio de libertad y el de representación se traduciría en que el peso abstracto de la representación es mayor al de la libertad, pues cualquier actuar del legislador se constriñe constitucionalmente al artículo 39, ya que "todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste"²⁶⁴. Frente a este principio está el artículo 61 de la norma fundamental, referente a la libertad de los legisladores, en la cual "los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos,

²⁶⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2023, México

y jamás podrán ser reconvenidos por ellas"²⁶⁵. No podría tener un mayor peso abstracto la libertad de los legisladores que el de representación, pues aquélla está constreñida al beneficio del pueblo, del cual dimana la soberanía nacional.

Asimismo, la intensidad de intervención se hace mayor en el principio de representación, pues sin él, no estaría cumpliendo su función la libertad de los legisladores, cuyo sentido es legislar en favor del pueblo. Así, la carencia del principio de representación, haría que la legislación favoreciera a un selecto grupo de beneficiarios y no de la generalidad del pueblo, y la no satisfacción de la libertad frente a la satisfacción de la representación, implicaría poner el interés del pueblo por encima del partidista o el personal. De este análisis, los valores asignados a las variables de las fórmulas darían como ganador al principio de representación, estando en colisión con el de libertad.

I.3.10.- Teoría de la argumentación de Manuel Atienza

Ante la conclusión de que "la racionalidad en la aplicación del derecho depende de la racionalidad en la legislación"²⁶⁶, el jurista Manuel Atienza, desarrolla su teoría de la argumentación ampliamente relacionada con la legislación, llamándola racionalidad legislativa. El autor propone varios niveles de racionalidad o racionalización legislativa, "cada uno de los cuales parece sugerir un tipo característico de argumentación"²⁶⁷.

Se plantea un análisis tanto interno como externo de los niveles de racionalidad legislativa. Por un lado, el interno está descrito como aquel que construye "los elementos de la actividad legislativa; permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel recto, de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar; define una noción de irracionalidad; y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad"²⁶⁸.

²⁶⁵ Idem

²⁶⁶ Atienza, Manuel, op. cit., p. 205

²⁶⁷ Ibidem, p. 206

²⁶⁸ Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría...cit.*, p. 28

Por otro lado, el externo se enfoca en "mostrar las relaciones que guardan entre sí estos niveles de racionalidad" ²⁶⁹ , señalando su compatibilidad, incompatibilidad o dependencia entre un nivel y otro. Si bien existe mayor compatibilidad o dependencia en unos niveles que en otros, lo cierto es que en la función legislativa cada nivel es necesario y debe cubrirse a lo largo de la producción normativa para que cada racionalidad cubierta adquiriera sentido.

Los niveles de racionalidad legislativa que se desarrollarán son: la racionalidad comunicativa o lingüística, la jurídico-formal, la pragmática, la teleológica y la ética. Iniciando con la racionalidad lingüística, debe resaltarse la claridad y la precisión con que el legislador habrá de emitir la norma a su destinatario. Si una norma es comprensible para su destinatario, cumplirá con este nivel de racionalidad, de lo contrario, puede hablarse de una ley irracional en el nivel lingüístico, por "defectos sintácticos u oscuridades semánticas" ²⁷⁰ . La máxima irracionalidad posible en este nivel se da "cuando el mensaje que se transmite es justamente el contrario del que se deseaba transmitir"²⁷¹ .

La racionalidad jurídico-formal destaca la idea de sistematicidad como fin de la actividad legislativa, es decir, "que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias"²⁷². Para ello es necesario conocer el sistema jurídico en su conjunto, lo cual guiará a la técnica legislativa para optimizar la producción normativa y evitar las ineficiencias del sistema por problemas relacionados con antinomias o lagunas. Así, la irracionalidad en este nivel se daría por la creación de leyes que contribuyan a "erosionar la estructura del ordenamiento jurídico"²⁷³.

²⁶⁹ Idem

²⁷⁰ Ibidem, p. 29

²⁷¹ Ibidem, p. 30

²⁷² Ibidem, p. 32

²⁷³ Ibidem, p. 33

La racionalidad pragmática se enfoca en la eficacia, es decir, el efectivo cumplimiento que los destinatarios de la ley hacen de ella, pues la principal finalidad del sistema jurídico "es conseguir que las leyes sean obedecidas"²⁷⁴, lo cual implica "suscitar en los operadores jurídicos y en los simples ciudadanos sentimientos de adhesión"²⁷⁵. Con relación a la irracionalidad pragmática, hay dos tipos de factores que la generan: los subjetivos y los objetivos. Los primeros surgen "a falta de motivación de los destinatarios (por ejemplo, por falta de sanciones adecuadas)"²⁷⁶, mientras que los segundos se dan por motivos como la "falta de cobertura financiera, administrativa, etc."²⁷⁷. Así, los subjetivos dependen de los destinatarios de la normas y los objetivos son independientes de éstos.

La racionalidad teleológica se refiere a los fines del Derecho y, con ello, a la previsión de los efectos producidos por la ley que busca el legislador, por ejemplo, la mejora educativa, económica, sanitaria, entre otros efectos. Por ende, la irracionalidad de este nivel surge cuando la ley no produce efectos o produce efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables"²⁷⁸.

Por último, la racionalidad ética, cumple un papel de justificación concatenada al nivel teleológico, donde el Derecho es evaluado de acuerdo con valores como la justicia, la igualdad o la libertad. De esta manera, "los valores éticos, finalmente, son las ideas (organizadas en teorías éticas) que permiten justificar"²⁷⁹ los distintos fines del Derecho.

²⁷⁴ Ibidem, p. 36

²⁷⁵ Ibidem, p. 37

²⁷⁶ Idem

²⁷⁷ Idem

²⁷⁸ Ibidem, p. 38

²⁷⁹ Ibidem, p. 39

I.4.- Argumentación legislativa en el acto legislativo

I.4.1.- Acto jurídico y acto administrativo

Dado que definir el acto legislativo implica entender primero la definición de acto jurídico y la de acto administrativo, se iniciará definiendo estos últimos conceptos. Asimismo, debe notarse que el acto jurídico es el gran género de especies como el acto administrativo, el acto legislativo o parlamentario y el acto judicial o jurisdiccional.

El acto legislativo es una concepción que emana del acto jurídico, pues ambos se refieren a la voluntad humana para producir efectos de derecho. Para Rafael Rojina Villegas, el acto jurídico es "una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico"²⁸⁰.

Por otro lado, el acto administrativo, según Andrés Serra Rojas, es "una declaración de voluntad, de deseo de conocimiento y de juicio, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto: la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general"²⁸¹.

El autor César Camacho distingue los actos administrativos, legislativos y judiciales, atendiendo a sus efectos: "el acto legislativo crea situaciones jurídicas generales, el judicial resuelve controversias al crear situaciones jurídicas concretas y el administrativo crea situaciones jurídicas concretas o generales que,

²⁸⁰ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, Decimosexta edición, México, Porrúa, 1979, tomo I, p. 115

²⁸¹ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, Octava edición, México, Porrúa, 1977, tomo I, p. 226

a la luz de un criterio de exclusión, son distintas de las que resultan del acto legislativo y del acto judicial"²⁸².

Ante una situación de posible confusión, entre estos tres tipos de actos, se destaca la doctrina alemana de criterios o funciones material y formal, por la cual se podrán distinguir los distintos actos que cada uno de los poderes realiza. Así pues, "el criterio formal considera al acto jurídico tomando en cuenta el órgano que realiza legalmente la función"²⁸³. Por su parte, el criterio material "prescinde del órgano que realiza la función y considera el acto jurídico en sus elementos naturales o propios"²⁸⁴.

I.4.2.- Definición y explicación del acto legislativo

Sentadas las anteriores bases, se procede a enunciar la definición de acto legislativo que brinda el autor Eliseo Muro Ruiz: "declaración de voluntad realizada por el órgano legislativo en ejercicio de una potestad, derivada de una legislación constitucional u ordinaria, como una Ley Orgánica o un Reglamento Interior; se refleja en una declaración de voluntad que refleja una postura ante un objeto o situación, a través de una manifestación decisoria o resolutoria"²⁸⁵.

De esta definición se destaca que las declaraciones de voluntad que realice el órgano legislativo emanan siempre de dos fuentes principales: el marco jurídico del congreso (la constitución, la ley orgánica y los reglamentos); y la costumbre camaral. Por ello "no existe acto legislativo sin norma previa que lo autorice"²⁸⁶.

Para distinguir entre función legislativa y acto legislativo, se debe entender que éste no se limita a la producción normativa, pues abarca manifestaciones tanto orales como escritas por parte de los legisladores para producir efectos

²⁸² Camacho César, op. cit., tomo I, p. 79

²⁸³ Serra Rojas, Andrés, op. cit., p. 41

²⁸⁴ Ibidem, p. 42

²⁸⁵ Muro Ruiz, Eliseo, op. cit., p. 157

²⁸⁶ Ibidem, p. 158

jurídicos. Además, la producción normativa es un acto legislativo así como resultado de la función legislativa.

Para enfatizar lo que el acto legislativo puede abarcar se enlistan a continuación algunos ejemplos de dichos actos que no sean creación de leyes: "un acto camaral que realiza el presidente de la Mesa Directiva de la cámara para mantener el orden en las sesiones de debates; una declaración de procedencia o de juicio político; un dictamen de una comisión o un informe de una ponencia; una publicación del texto de un proyecto de ley; una petición del uso de la palabra; la presentación de enmiendas, etcétera"²⁸⁷.

Por esta pluralidad de actos legislativos, Vittorio de Ciolo entiende al acto legislativo no solo como declaración de voluntad sino también como juicio, conocimiento o deseo. De tal amplitud, han surgido clasificaciones de actos legislativos como la del autor Eliseo Muro Ruiz, que los clasifica en: "normativos y no normativos, de organización y gestión, cuasijudiciales, colegiados, atributivos y traslativos de competencias, unilaterales y bilaterales, de iniciación y resolutorios, y de trámite"²⁸⁸.

Los normativos se dividen en exteriores e interiores, siendo los exteriores la creación de leyes como resultado de ejercerse la función legislativa; y los interiores, la autorregulación del poder legislativo.

En los no normativos están las aprobaciones que lleven a cabo los legisladores de los tratados internacionales, de los decretos-ley y su función de control, ejercida por ejemplo, en la fiscalización de las políticas públicas del poder ejecutivo o en las preguntas e interpelaciones hechas a los miembros de la administración pública.

Los de organización y gestión se refieren a la distribución orgánica y de trabajo que el poder legislativo estructura para su funcionamiento.

²⁸⁷ Ibidem, pp. 157-158

²⁸⁸ Ibidem, pp. 161-162

Los cuasijudiciales engloban las funciones materialmente judiciales pero formalmente legislativas.

Los colegiados implican el funcionamiento conjunto de miembros de cada órgano interno, ya sea el pleno, las comisiones, los grupos parlamentarios, etc.

Los actos atributivos y traslativos de competencias son los que "confieren ciertas facultades a un órgano, como el nombramiento de una ponencia; la creación de una comisión de investigación; la delegación de atribuciones a un miembro de la mesa directiva... etcétera"²⁸⁹.

Los actos unilaterales son los que producen "efectos jurídicos con independencia de cualquier injerencia de otros actos"²⁹⁰. Los bilaterales, los que "son producto de la concurrencia de varios organismos constitucionales, sean o no legislativos"²⁹¹.

En referencia a los actos de iniciación, el mejor ejemplo es la iniciativa de ley, y de los resolutorios, que "deciden el fondo del asunto y del resultado jurídico al que se quiere llegar"²⁹². Éstos últimos están presentes en el dictamen.

Por último, los actos de trámite, abarcan todo lo que "impulse el desarrollo del proceso legislativo"²⁹³.

I.4.3.- Relación del acto legislativo con la argumentación legislativa

¿Cómo se relaciona la argumentación legislativa al acto legislativo? ¿Dónde convergen la argumentación legislativa y el acto legislativo? Para responder debe emplearse el criterio de la doctrina alemana referente a la naturaleza de las funciones que realiza cada poder, es decir, los criterios material y formal, pues la definición de argumentación legislativa, propuesta en el primer subcapítulo, se

²⁸⁹ Ibidem, p. 161

²⁹⁰ Idem

²⁹¹ Idem

²⁹² Idem

²⁹³ Idem

subsume a una función materialmente legislativa, pudiendo aplicarse a la labor de cada poder siempre que lleven a cabo actos de esta naturaleza.

Así, resalta la distinción que puede hacerse en las diferentes ramas de la argumentación, según la función material a la cual vaya enfocada, es decir, la argumentación legislativa, la judicial y la ejecutiva. Por ende los actos formalmente legislativos pero no materialmente legislativos como los juicios políticos, no utilizan la argumentación legislativa, sino la judicial, en el caso del juicio político. Por su parte, habrán de entenderse los actos de naturaleza materialmente legislativa, sin importar su naturaleza formal, como objeto de la argumentación legislativa, en otras palabras, es ahí donde convergen, pues se habrá de utilizar la argumentación legislativa cada vez que los actos que lleve a cabo cualquier poder sean de naturaleza materialmente parlamentaria.

Tomando en cuenta que el acto legislativo refleja una postura decisoria o resolutoria derivada de una manifestación de la voluntad perteneciente al órgano parlamentario conforme a las potestades establecidas en el marco jurídico y constitucional, la incidencia que ocupará la argumentación legislativa se dará por el hecho de que para llegar a tal postura decisoria o resolutoria debe preceder su desarrollo intersubjetivo encaminado a la votación del pleno.

Esto describirá un proceso deliberativo tendente a defender, en primer lugar, la aprobación o rechazo del desarrollo de una iniciativa dentro del proceso legislativo, y, en segundo lugar, su admisión o rechazo total o parcial en su elevación categórica a norma jurídica; todo ello aunado a la finalidad de la argumentación legislativa, que es encauzar la mayoría de votos requerida legal o constitucionalmente para que una postura, como las que se mencionaron previamente, llegue a concretarse. En tal transcurso, resaltaré la integración de elementos fundamentales de cada acto legislativo. Por ende, la argumentación legislativa es fundamental en la integración de cada acto parlamentario, cuya fundamentación y motivación estén entre sus requisitos de validez.

Un ejemplo de lo anterior se da en el acto legislativo de integración de la iniciativa, regulada por las fracciones cuarta y quinta del artículo 78 del Reglamento de la Cámara de Diputados. En estas fracciones se indica la convergencia entre argumentación legislativa y acto parlamentario, pues se tienen a los argumentos que sustenten a la iniciativa y su fundamento legal como dos de sus elementos indispensables. De ello puede decirse que estas dos fracciones se refieren al contenido argumentativo del acto legislativo denominado iniciativa.

Otro ejemplo puede hallarse en las proposiciones con punto de acuerdo de urgente u obvia resolución, denotadas en el artículo 3 del ordenamiento en estudio como "una petición para que la Cámara asuma una postura institucional respecto a un asunto no legislativo"²⁹⁴. Ahondando en la anterior definición, el artículo 79 del reglamento en referencia menciona que los puntos de acuerdo "representan la posición de la Cámara, en relación con algún asunto específico de interés nacional o sus relaciones con los otros poderes de la Federación, organismos públicos, entidades federativas y municipios"²⁹⁵.

Considerando lo anterior, el Glosario de términos del sitio electrónico oficial de la Cámara de Diputados, establece que dichas proposiciones "son propuestas que los legisladores ponen a consideración del Pleno que no constituyen iniciativas de ley, sino pronunciamientos sobre asuntos políticos, culturales, económicos o sociales que afectan a una comunidad o grupo particular, para formular algún pronunciamiento, exhorto o recomendación"²⁹⁶.

²⁹⁴ Reglamento de la Cámara de Diputados, 2023, México

²⁹⁵ Idem

²⁹⁶ "Glosario de términos parlamentarios", página electrónica de la Cámara de Diputados, México, LXV Legislatura, http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/007_destacados/d_accesos_directos/006_glosario_de_terminos/l_proposicion_con_punto_de_acuerdo (consultado en mayo de 2023)

Aclarado este concepto, se procede a analizarlo desde el cariz de la argumentación legislativa. El factor argumentativo de las proposiciones con punto de acuerdo de urgente u obvia resolución se encuentra tanto en su procedimiento como en su estructura y contenido.

En el caso de su procedimiento, resalta lo establecido en el artículo 106 del reglamento en estudio, donde se enuncia el carácter dialéctico de este acto parlamentario mediante la discusión de oradores en favor y en contra de la proposición, con un límite de tres minutos; así como el fin que cada orador tiene de encauzar la votación del pleno al sentido propugnado, o bien de lograr su convencimiento expresado a través del voto.

En cuanto a su estructura y contenido, destaca el artículo 79 del ordenamiento en alusión pero en su segundo numeral, el cual expresa que las proposiciones con punto de acuerdo "deberán presentarse a través de un escrito fundado, con una propuesta clara de resolutivo"²⁹⁷, además de establecer en su primer numeral la finalidad de las proposiciones, esto es, el consenso de sus integrantes, coincidente con la finalidad general de la argumentación legislativa.

Por cuanto a su carácter de urgente u obvia resolución, lo argumentativo se hallará en la función deliberativa ejercida por parte del pleno al calificar a las proposiciones como tales, pues no se turnan a comisiones, sino directamente al pleno para discutirse y votarse después de ser presentadas. En caso de no tener el carácter de urgente u obvia resolución, pasan en cambio a comisión, donde el elemento argumentativo se hallará en la función deliberativa de la comisión correspondiente para formar un proyecto de dictamen para posterior discusión y votación en el pleno, conforme al artículo 175 del reglamento en referencia.

Pasando ahora a otro acto legislativo, se tiene a la moción como "una proposición que se hace en una reunión que está deliberando. Puede ser escrita o verbal, presentada por uno o varios socios. Si es verbal deberá oficializarse en

²⁹⁷ Reglamento de la Cámara de Diputados, 2023, México

forma escrita"²⁹⁸. Existen varios tipos de mociones, cuya pretensión es "un pronunciamiento de la asamblea legislativa sobre cierto asunto"²⁹⁹. No obstante, para ilustrar la argumentación legislativa presente en las mociones, se distinguirán solo dos tipos de éstas: las escritas y las verbales.

Los asuntos que las mociones tratan son variopintos y por ello adoptan diferentes formas, entre las cuales están: "la objeción a un argumento; solicitar permiso para retirar una moción; levantar una cuestión de orden; requerir que se siga el orden del día; presentar cuestiones de privilegios; formular preguntas legislativas; gestionar la división de un asunto..."³⁰⁰. En cada ejemplo, podrá verse una mayor o menor relación con la argumentación legislativa, no obstante, siempre tendrán contenido argumentativo debido a que las mociones verbales, habrán de convencer al pleno justificando con razones su necesidad y urgencia; y las escritas, por ser más razonadas, contendrán un entramado argumentativo mayormente desarrollado, tendiente al encauzamiento del congreso hacia una determinada posición, además de que toda moción, ya sea verbal o escrita, buscará que la asamblea legislativa defienda la postura pretendida.

Otro ejemplo que refleja la relación entre la moción y la argumentación legislativa, tomando en cuenta que la finalidad de ésta es encauzar la votación requerida jurídicamente a determinado sentido, es la moción de reconsideración, "que procede cuando una moción ha sido ya votada durante la misma sesión o excepcionalmente en la anterior sesión y que están presentes las mismas personas que conocieron el asunto tratado"³⁰¹.

Esta moción, como su nombre lo indica, pretende que los legisladores recapaciten respecto a su votación planteando un ejercicio argumentativo al evaluar nuevamente las razones que les condujeron a votar en un sentido u otro.

²⁹⁸ Muro Ruiz, Eliseo, op. cit., p. 175

²⁹⁹ Idem

³⁰⁰ Ibidem, p. 176

³⁰¹ Ibidem, p. 177

El resultado de esto puede ser el posterior logro de la mayoría requerida conforme a la ley que no se había conseguido en una primer votación.

También existen actos legislativos que no utilizan la argumentación legislativa para su conformación, salvo para los puntos que invocan a la ley para motivar y fundamentar su existencia, como lo son el diario de debates y el expediente legislativo, cuya labor se enfoca en conservar el registro histórico y llevar un orden respecto a la actividad parlamentaria mexicana. Su función es recopilatoria y de consulta, por lo que puede utilizarse más bien para señalar hechos que sustenten el contenido argumentativo de otros actos legislativos.

Capítulo II: Origen y evolución histórica de la argumentación legislativa

Para el presente capítulo, es necesario señalar la imposibilidad de abarcar todo el fenómeno histórico por el cual ha transitado la argumentación legislativa, así como el caso particular mexicano. No obstante, se desarrollarán los acontecimientos más relevantes que originaron la argumentación jurídica actual, así como los casos particulares en aquella de tipo legislativo y ésta misma aplicada al contexto histórico mexicano. Siguiendo este orden se propone iniciar con los acontecimientos que originaron la argumentación jurídica en general.

II.1.- Origen y antecedentes de la argumentación jurídica

II.1.1.- La argumentación en la antigua Grecia

Si bien la argumentación como fenómeno dialéctico ha sido necesaria desde que la humanidad hubo de organizarse en tribus con base en la división de trabajo, la argumentación jurídica como tal cobró su auge en la Grecia antigua, particularmente, por la necesidad de una retórica utilizada en litigio al finalizar la tiranía en Sicilia e introducirse paulatinamente la democracia, pues "el tirano Hierón muere en 468 a.C. y en 466 es expulsado de Siracusa el tirano Trasíbulo"³⁰².

Algunos años antes, concretamente "hacia el año 485 a.C., en Siracusa, los tiranos Gelón e Hierón realizaron expropiaciones de tierras que más tarde, con el advenimiento del incipiente sistema democrático, serían anuladas"³⁰³. Como consecuencia de estos acontecimientos, los "terratenientes que durante el reinado de los tiranos habían sido despojados de sus territorios, comenzaron a reclamar sus pertenencias. Es de imaginar que en una situación así, la habilidad

³⁰² Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 76

³⁰³ Monasterio, Diego, *Nuevo manual de retórica parlamentaria y oratoria deliberativa*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 22

argumentativa de los litigantes, su capacidad persuasiva, resultaba decisiva para lograr el triunfo en el litigio"³⁰⁴.

Para tener éxito en tales litigios, se contrataban especialistas en la elocuencia y la retórica llamados logógrafos, "precursores de los actuales abogados"³⁰⁵, cuya labor consistía en elaborar discursos para presentarse ante el tribunal. Después se volvieron rétores, destacando como grandes íconos: "Demóstenes, Iseo y Lisias"³⁰⁶.

Para ahondar en el antecedente griego de la argumentación, resulta importante mencionar el Canon de Alejandría, que fue una lista de los diez mejores oradores griegos, elaborada aproximadamente en el siglo II a.C. por los gramáticos alejandrinos. En ella destacan "Lisias, Isócrates, Antifón, Andocides, Iseo, Esquines, Licurgo, Demóstenes, Hipérides y Dinarco"³⁰⁷

En lo referente al desarrollo de la retórica en Grecia, se toma como su origen el siglo V a.C., tiempo en que Tisias distribuyó a lo largo de las ciudades estado el conocimiento sistematizado del arte retórico heredado de su maestro Córax, "quien, en la ciudad siciliana de Siracusa, desarrolló y llevó a la práctica una metodología sistémica de estructuración argumentativa para el ejercicio oratorio de índole persuasivo, según se estuviera interactuando ante los miembros de un tribunal o ante el público de una asamblea"³⁰⁸.

Esto tendrá una estrecha relación con la argumentación legislativa dado que "el centro de la política de esos tiempos lo constituían las asambleas públicas, y, en ellas, el instrumento más necesario y poderoso era el arte de la persuasión;

³⁰⁴ Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 76

³⁰⁵ Idem

³⁰⁶ Idem

³⁰⁷ Ibidem, p. 86

³⁰⁸ Monasterio, Diego, op. cit., p. 22

la virtud fundamental de un hombre de Estado era la virtud de la palabra, el dominio del arte retórico"³⁰⁹.

En tal contexto, surgen dos posturas ante la retórica, enfocadas en sistematizar dicho arte, según Aristóteles, éstas son la postura sofística y la platónica. La sofística está descrita por el triunfo de la persuasión como bien superior incluso a la moralidad, dado el relativismo moral planteado por Protágoras de Abdera, cuyo método, la antilogía, "consiste, fundamentalmente, en la capacidad para defender con igual destreza cualquier proposición dada, lo mismo que su contraria"³¹⁰. Por su parte, el sofista Gorgias de Leontini, contribuye a la retórica sofística señalando la importancia de su factor poético, es decir, el efecto favorable que los ornamentos discursivos y elementos metafóricos provocan en el espectador al ser persuadido.

Platón, en cambio, subyuga la retórica a la moralidad, criticando en este punto a la postura sofística, pues "muchos de los oradores existentes hasta entonces no se preocupaban por conocer y dar a conocer lo bueno y lo malo, sino sólo por agradar a los hombres"³¹¹. Por tanto, conforme a la postura platónica, se propone que "el verdadero orador... es aquel que al hablar lo hace teniendo en cuenta la justicia, el orden y la belleza del alma; aquel que se preocupa siempre por generar la virtud en sus conciudadanos"³¹².

II.1.2.- Aportaciones de Aristóteles a la retórica

En etapas posteriores, surge la sistematización aristotélica del arte retórico, en que se desarrollan las relaciones entre dicho arte y la lógica, así como, su "irremplazable papel que desempeña dentro del arte de la argumentación"³¹³. Entre las aportaciones que Aristóteles brindará al mundo de la retórica,

³⁰⁹ Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 77

³¹⁰ Ibidem, p. 79

³¹¹ Ibidem, p. 81

³¹² Idem

³¹³ Ibidem, p. 83

destacarán: la manera en que el estagirita define a la retórica, esto es, "el arte del bien decir, sobre la base ineludible de la verdad, y con sentido pragmático, es decir, teniendo presente al auditorio y la finalidad que el discurso pretende: convencer a la razón, conmover a los sentimientos y, especialmente, persuadir a la voluntad"³¹⁴.

Asimismo, Aristóteles aporta los elementos constituyentes esenciales que todo discurso deberá tener, esto es, "la *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *refutatio* y *actio*, ejes de la invención, creación, disposición y enunciación de una pieza discursiva"³¹⁵.

Aunado a los anteriores, resalta otro elemento fundamental del discurso que tiene que ver más con quien argumenta que con el propio discurso, es decir **la *intellectio*** o intelección, primer elemento del discurso y consistente en el examen que lleva a cabo el argumentador de "la causa y el conjunto del hecho retórico en el que está situado para, a partir del conocimiento de éstos, organizar su actividad retórica en la etapa de la *inventio*, la *dispositio* y la *elocutio*"³¹⁶. Con la *intellectio*, se buscará, respecto a la causa en torno a la cual gira la retórica, "cuál es su status, cuál es su grado de defendibilidad y a qué género corresponde"³¹⁷.

Concluida la fase evaluativa de la *intellectio*, entra **la *inventio***, parte medular de la argumentación, pues conforma el contenido argumentativo por ser "la búsqueda de los argumentos adecuados para hacer plausible una tesis"³¹⁸. En la *inventio* se hace una selección de los argumentos a utilizar con base en el panorama brindado por la *intellectio*. Así como estos dos elementos, cabe destacar que todos los demás están igualmente concatenados.

³¹⁴ Monasterio, Diego, op. cit., p. 24

³¹⁵ Ibidem, p. 11

³¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 113

³¹⁷ Ibidem, p. 114

³¹⁸ Ibidem, p. 116

La dispositio se refiere a la manera en que se van a distribuir u organizar los argumentos, por ello "corresponde al desarrollo de la estructura sintagmática del discurso. El orden elegido debe resultar favorable para los fines de este"³¹⁹.

Una vez cubiertos los anteriores elementos, se procede a **la elocutio**, referente al modo más eficiente de expresar o comunicar la argumentación o discurso dado. Es "la expresión oral del discurso"³²⁰, que habrá de guiarse bajo los principios de "la corrección, la claridad y la elegancia"³²¹.

Finalmente, se da **la actio**, que, como su nombre lo señala, implica llevar la retórica a la acción a través de "la ejecución o puesta en escena del orador al recitar su discurso"³²² y con ella cobrará importancia "el manejo de la expresión corporal, los ademanes y la modulación de la voz"³²³.

Otra destacable aportación del estagirita son sus tres grandes géneros retóricos, atendiendo al papel, ya sea de árbitro o espectador, que ocupe el oyente: deliberativo o político, judicial o forense y demostrativo o epidíctico. Para distinguir estos géneros debe tomarse en cuenta que si el oyente juzga "cosas pasadas, entonces ese es un caso de retórica judicial o forense, pero si aquello sobre lo que tiene que juzgar se refiere a cosas futuras, entonces se habla de retórica deliberativa. En cambio, cuando el papel del oyente es el de simple espectador, el género del discurso es el demostrativo"³²⁴.

De estos géneros retóricos, el deliberativo se destaca por ser el antecedente aristotélico de la argumentación legislativa, además de ser el más valioso para Aristóteles, dado que trata "asuntos cuya solución afecta a todos,

³¹⁹ Ibidem, p. 117

³²⁰ Ibidem, p. 118

³²¹ Idem

³²² Idem

³²³ Idem

³²⁴ Fernández Ruiz, Graciela, op. cit., p. 84

incluyendo a los que deciden, por eso mismo, tratan de decidir lo mejor"³²⁵. Así, en términos legislativos actuales, el oyente que desempeñe el papel de árbitro para juzgar cosas futuras, será el pleno, que se verá afectado por la votación resultante para decidir algún asunto parlamentario.

El género judicial o forense podrá verificarse en ejemplos como un litigio penal, donde se juzgará "la bondad o maldad de dicha acción, o si tal persona cometió o no cometió el crimen, etcétera. El auditorio u oyente prototípico en este género de retórica sería el juez o los jueces de un tribunal, y la tarea del orador, por su parte, consistirá en defender o acusar (según sea el caso)"³²⁶.

En el género epidíctico, el oyente es un mero espectador. La finalidad de este género es "la alabanza y el vituperio, por tanto, en ella el orador habrá de tener presentes las cualidades por las que se ensalza y se reprocha, que pueden ser, por ejemplo, la virtud y el vicio, lo noble y lo bajo"³²⁷.

Con base en estos contenidos, dependiendo el género retórico, Aristóteles apoyará el uso de ciertos tópicos aplicables no solamente a cada género, sino a cada postura que se adopte en cada género. También ofrecerá una división del discurso en torno al cual cada género retórico habrá de organizarse:

En primer lugar, **el exordium**, entendido como la parte introductoria del discurso, cuya finalidad es "volver al auditorio atento, benévolo y dócil"³²⁸.

Le sigue **la narratio**, que constituye el conjunto de antecedentes y hechos de los cuales se deriva la necesidad de una argumentación, debiendo ser "inteligible y lúcida utilizando vocablos adecuados y expresivos tratando de evitar los rebuscados y los de uso extraordinario"³²⁹.

³²⁵ Ibidem, p. 86

³²⁶ Ibidem, p. 84

³²⁷ Ibidem, p. 85

³²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit., p. 118

³²⁹ Ibidem, p. 119

Luego, **la confirmatio**, que es la parte medular del discurso por ser su contenido argumentativo, cuyo objeto es el convencimiento a partir de razones y donde "el manejo de los conectores lógicos del lenguaje son el punto decisivo para plasmar una argumentación sólida y coherente"³³⁰.

Después va **el epilogus**, que enlista las ideas principales tratadas a lo largo del discurso hasta ese momento, reforzando así las posturas defendidas, por ello debe entenderse como "la recapitulación de los puntos esenciales del discurso"³³¹. En esta parte puede hacerse uso también de **la peroratio**, encargada de influenciar al público respecto a la postura defendida pero por conducto de las emociones, pues busca generar en el auditorio "alguna convicción apelando a las pasiones y afectos"³³².

A esto le sigue **la refutatio**, que implica las discrepancias ante el contenido de la *confirmatio*, realizando una "contra argumentación mediante la cual se trata de destruir los argumentos aducidos por la contraparte"³³³.

Por último está **la conclusio**, que conforma las resoluciones a las que se llega después de todo el desarrollo argumentativo³³⁴.

II.1.3.- Antecedentes romanos de la argumentación

El pragmatismo es la base de la retórica en Roma, por ende, la retórica se tendrá como instrumento para labores prácticas como la ley, la política y la oratoria. Así, el orador más destacable de este contexto es Cicerón, quien ha tenido tal relevancia histórica que la autora Graciela Fernández Ruiz considera

³³⁰ Idem

³³¹ Ibidem, p. 120

³³² Idem

³³³ Idem

³³⁴ Para profundizar en el tema de la sistematización argumentativa de Aristóteles se recomienda consultar La retórica, Tópicos, Refutaciones sofísticas, Interpretación y Categorías, donde podrán verificarse las relaciones entre la retórica y la lógica.

dividir la historia retórica romana en un período preciceroniano y otro descrito propiamente por Cicerón y Quintiliano.

En el período preciceroniano, se tiene a Catón como el primer autor romano en escribir sobre la retórica. También está el orador Tiberio Sempronio Graco y sus hijos Tiberio y Cayo Graco, creadores y fomentadores de la "Ley agraria, contra el latifundismo y a favor de los desposeídos"³³⁵. Por último, resalta, de esta época, el político Lucio Licinio Craso, quien "llegó a ser la cabeza del partido de la aristocracia moderada, gracias a su enorme elocuencia. Fue uno de los mejores oradores de su tiempo"³³⁶.

Por su parte, Marco Tulio Cicerón fue influenciado en buena medida por la retórica aristotélica. Destaca su trabajo recopilatorio³³⁷ de la teoría retórica que estaba siendo utilizada en su tiempo. Uno de sus grandes méritos fue llevar la teoría retórica de sus compendios a la práctica, hazaña que ha sido registrada a lo largo de diferentes discursos históricos emitidos por el propio Cicerón.

Entre los ejemplos más relevantes de sus discursos están sus Catilinarias, en que vierte su denuncia contra su adversario político Catilina por conspirar contra la República, de modo que "una vez muerto Catilina, y ejecutados en prisión sus cómplices, los romanos nombraron a Cicerón 'Padre de la Patria'"³³⁸.

Otros ejemplos son sus discursos dirigidos al César: "Por el retorno de Marcelo, En defensa de Q. Ligario y En defensa del rey Deyótaro. En todos ellos consiguió de César lo que le pedía, a pesar de que Marcelo y Ligario eran

³³⁵ Ibidem, p. 90

³³⁶ Ibidem, p. 91

³³⁷ Puede verse en sus principales obras: La invención retórica, Las particiones oratorias, Tópicos y Sobre el orador.

³³⁸ Ibidem, p. 92

conocidos enemigos de César y Deyótaro estaba acusado de haber atentado contra su vida"³³⁹.

Por su parte Marco Fabio Quintiliano, destaca por sistematizar y sintetizar la enseñanza retórica, pues "a la enseñanza pública de la retórica dedicó veinte años de su vida, al cabo de los cuales decidió retirarse y comenzó a escribir su obra más importante, las Instituciones Oratorias, en la que se recoge la experiencia acumulada en todos esos años de magisterio"³⁴⁰. Además, cuestiona y critica definir a la retórica como un arte de persuasión y propone entenderla más bien como un "arte de bien decir"³⁴¹.

Quintiliano, destaca en su obra, como lo hicieron Platón y Aristóteles, la importancia de mantener la virtud unida a la retórica. Describe al orador perfecto como "el varón virtuoso, experto en el decir; aquel que a la grandeza de sus palabras une la grandeza de su espíritu"³⁴². Para ello, el orador, desde su infancia, debía ser instruido, en diversos conocimientos y guiado por la virtud.

Con el fin de la República Romana y el inicio del Imperio inicia la decadencia de la retórica, terminando los litigios paulatinamente y reduciéndose su aplicación al ámbito académico, por ende, "en estas circunstancias, el arte de la argumentación fue debilitándose poco a poco, pues, como cabría imaginar, los ejercicios declamatorios de las escuelas distaban mucho de los casos reales"³⁴³.

II.2.- Origen y antecedentes de la argumentación legislativa

II.2.1.- Origen de la argumentación legislativa y su antecedente romano

Los cuerpos colegiados conformados en la antigüedad constituyen el antecedente más lejano del parlamento, donde una incipiente argumentación

³³⁹ Idem

³⁴⁰ Ibidem, p. 94

³⁴¹ Ibidem, p. 95

³⁴² Idem

³⁴³ Ibidem, p. 96

deliberativa cobraba relevancia entre los grupos debido a que los seleccionados para participar en los cuerpos colegiados tenían que llegar a una decisión o aconsejar a quien la iba a tomar.

Lograr lo anterior precisaba un orden, tanto de lo que se iba a decir como de la manera en que cada participante sería escuchado. De ello surge una división en que "los integrantes del grupo hablan por turno, uno por uno, de tal modo que todos tienen la obligación de escuchar al que habla y todos tienen la oportunidad de hablar cuando les corresponda hacerlo"³⁴⁴.

Esta división es el más lejano antecedente de la argumentación legislativa, pues el requisito para que pueda desarrollarse es que el orador sea escuchado por una audiencia atenta y silenciosa.

Avanzando en la historia, otro importante antecedente es el senado romano, que, si bien surgió en la época de la Monarquía, cobró su mayor expresión durante la época de la República. En él, la argumentación acontecía al momento de realizarse una primera votación jerarquizada, dentro del siguiente orden: "en primer lugar el *princeps senatus*, el senador de más edad entre los que hubieran ocupado la censura, después los que hubieran sido cónsules, pretores o ediles, luego los tribunos y posteriormente los que hubieran sido cuestores. Al final votaban quienes no habían ejercido ninguna magistratura"³⁴⁵.

En este orden, no solo se emitía un primer voto dirigido en determinado sentido, también se daba un procedimiento argumentativo para sostener el sentido del voto. Así, "La votación era en realidad una argumentación en favor de la posición que el senador adoptaba, pues al votar exponía sus puntos de vista sobre el tema en debate y así, cada senador iba expresando su parecer"³⁴⁶.

³⁴⁴ Bátiz Vázquez, Bernardo, op. cit., p. 22

³⁴⁵ Ibidem, p. 24

³⁴⁶ Idem

Dado que ningún senador tenía un límite de tiempo para desarrollar la argumentación del sentido de su voto, la retórica podía extenderse incluso hasta una reunión siguiente, dándole tiempo al senador de lograr mayor convencimiento reflejado en el *senatus consultum*, es decir, la aprobación de las decisiones.

II.2.2.- Antecedentes medievales de la argumentación legislativa

En la Edad Media, la argumentación legislativa buscaba reflejar los intereses de los estamentos representados a través del voto y aconsejar al soberano. Surgía un incipiente control ante éste, posicionándose la institución parlamentaria como defensora de los intereses estamentales frente a la voluntad ilimitada del monarca.

Entre los ejemplos de este período, destacan las Asambleas Generales del Sacro Imperio Romano Germánico, en las que se discutían "las leyes llamadas capitula, que el mismo emperador había redactado por inspiración divina"³⁴⁷. A partir de estas primitivas iniciativas de ley, la asamblea deliberaba con la finalidad de emitir una serie de recomendaciones que el soberano podía atender o desechar, pues era él quien emitía la resolución definitiva.

Otro ejemplo son las Cortes de Aragón, que superaban al soberano en aspectos como dictar resoluciones para temas como impuestos. Además tenían la facultad para remover al rey si abusaba del poder y atentaba contra los derechos de los aragoneses.

Así, contrastan dos especies de argumentación legislativa durante la Edad Media. La primera es la argumentación de consejos, cuya función es la recomendación al soberano, buscando la máxima influencia en la resolución definitiva de este mediante su convencimiento, logrado por las razones de la asamblea legislativa.

La segunda es la argumentación legislativa independiente del parecer del monarca, cuya finalidad, en los asuntos en que deba emitir su resolución, era

³⁴⁷ Ibidem, p. 25

encauzar el voto de la totalidad de los miembros de la institución parlamentaria hacia determinado sentido, pues "el principio consagratorio hasta fines del siglo XVI era la unanimidad"³⁴⁸, buscándose el mayor beneficio del estamento que se estuviera representando y ejerciéndose una primitiva función de control ante el actuar monárquico.

II.2.3.- Antecedentes de la época moderna respecto a la argumentación legislativa

Las influencias que filósofos ilustrados como Locke, Montesquieu y Rousseau tuvieron en la conformación constitucional europea y de las trece colonias, repercutieron, asimismo, en la argumentación legislativa, pues constituciones como la francesa tomaban al poder legislativo "como representante popular por antonomasia, intérprete sin apelación de la voluntad soberana de los ciudadanos y único autorizado para legislar"³⁴⁹.

Así, argumentación legislativa adquiere un ideal distinto al de conducir las resoluciones monárquicas hacia el interés de cierto estamento o de convencer a toda una asamblea para que se resuelva en favor de éste. Se instaura una nueva soberanía, que será la de los ciudadanos, quienes se encargarán de expresar su voluntad mediante sus representantes. La argumentación legislativa se tornará convincente siempre que una postura cumpla con su nuevo ideal, es decir, el beneficio de los ciudadanos.

II.3.- Desarrollo histórico de las teorías de la argumentación jurídica

II.3.1.- Momentos históricos del desarrollo de las teorías de la argumentación

Durante el siglo XX, se retoman diferentes disciplinas de Grecia y Roma antiguas para conformar las teorías de la argumentación jurídica. Entre estas disciplinas destacan la dialéctica, la tópica y la retórica. Éstas conforman la base

³⁴⁸ Ibidem, p. 26

³⁴⁹ Ibidem, p. 28

de un fenómeno teórico jurídico del siglo pasado que brinda un nuevo enfoque al Derecho, es decir, la argumentación.

De acuerdo con lo establecido por el autor Manuel Atienza, "el origen de lo que hoy suele llamarse 'teoría de la argumentación jurídica' es el rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estrictamente lógico-formales"³⁵⁰. Por este motivo destacarán diversos teóricos del siglo XX, centrados en dicho rechazo y enfocados en la lógica material y la lógica pragmática.

Surgen, en este contexto, un conjunto de autores considerados los "precursores de la teoría de la argumentación jurídica"³⁵¹ y, décadas más tarde, los "autores de la llamada 'teoría estándar' de la argumentación jurídica"³⁵².

Entonces, hay dos momentos en que tiene lugar el desarrollo de las teorías de la argumentación, el primero de ellos se refiere al resurgimiento de la argumentación, no retomada desde la época clásica, desarrollado "en los años 50, principalmente por las obras de Ulrich Klug (Lógica jurídica), Theodor Viehweg (Tópica y jurisprudencia), Chaïn Perelman (Tratado de la argumentación. La nueva retórica) y Stephen Toulmin (*The uses of argument*), quienes impulsan la aplicación de la lógica al derecho"³⁵³. De esta correlación entre lógica y derecho enfatizada en este primer momento, se retoman las disciplinas argumentativas clásicas aplicadas a la teoría jurídica del siglo pasado, es decir la tónica, la dialéctica y la retórica.

El segundo momento "se vincula con el llamado aspecto 'material' de la argumentación jurídica, es decir, con el estudio de lo que hace que un

³⁵⁰ Atienza, Manuel, op. cit., p. 20

³⁵¹ Socorro, Juan Carlos y Cruceta, José Alberto, *Argumentación jurídica*, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2010, p. 33

³⁵² Idem

³⁵³ Santiago Campos, Gonzalo, *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*, México, Serie Roja, 2006, p. 33

razonamiento jurídico sea racional"³⁵⁴. Dicho momento, surgirá "a partir de la década de los 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)"³⁵⁵, quienes desarrollaron la teoría estándar de la argumentación jurídica.

En ambos momentos, cada autor retomará una o varias de las disciplinas argumentativas originadas en la antigüedad clásica, es decir, la dialéctica, la tópica y la retórica, y profundizarán en ellas con respecto a su aplicación en el derecho, llegando a idear, una nueva manera de concebirlo, esto es, el Derecho como argumentación. Ejemplo de ello son Viehweg, "que revitaliza la tópica, Toulmin con su lógica operativa o dialéctica. Chaïm Perelman, quien con Olbrechts-Tyteca rehabilita la retórica para el derecho. Neil Mac-Cormick y Robert Alexy que desarrollan la teoría procedimental de la racionalidad"³⁵⁶.

II.3.2.- Características de las teorías de la argumentación jurídica

Si bien el Derecho no debe pensarse solo como argumentación, "puede considerarse como un entramado muy complejo de decisiones –vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos– y de argumentos, esto es, de razones a favor o en contra de esas (o de otras) decisiones"³⁵⁷.

Así, la labor teórica de la argumentación, en buena medida, girará en torno a la justificación de decisiones jurídicas, cuyo resultado involucra la totalidad de una realidad social, pues no solo la refleja, también favorece lo que ésta estimará más valioso en un contexto dado. Por ello es comprensible que la teoría estándar de la argumentación jurídica conciba al derecho como "una realidad dinámica, que

³⁵⁴ Idem

³⁵⁵ Idem

³⁵⁶ Ibidem, p. 36

³⁵⁷ Atienza, Manuel, op. cit., p. 20

consiste no sólo en un conjunto de normas, pues es una práctica social compleja que incluye, además de éstas, valores, procedimientos, agentes, etc."³⁵⁸.

II.4.- La argumentación legislativa en el contexto histórico mexicano

II.4.1.- La Constitución de Cádiz y la argumentación legislativa

En el contexto histórico mexicano, la convocatoria para que se enviaran diputados de la Nueva España "a las Cortes, que se reunirían en Cádiz para discutir la Constitución que oficialmente se denominó Constitución Política de la Monarquía Española" ³⁵⁹ se tiene como un primer acercamiento al parlamentarismo, por parte de la Nueva España,

Diputados como José Miguel Ramos Arizpe y José Miguel Guridi y Alcocer, quienes asistieron a los debates de Cádiz, importaron las ideas de la Ilustración Europea a la Nueva España, fortaleciéndose el Poder Legislativo novohispano por ideas como "las formas políticas nuevas de división de poderes y participación de todos en la elección de, al menos, el Poder Legislativo"³⁶⁰.

Además de ello, en Cádiz se instaura la facultad de iniciativa para los diputados, pudiéndose proponer ésta de manera oral o escrita. El proyecto de ley debía "ir acompañado de las razones en que el diputado se fundaba para presentarlo; una vez presentado, era leído varias veces a las cortes y de aprobarse, previa discusión, era enviado al rey, que tenía la facultad de sancionar las leyes"³⁶¹. Esto conforma el antecedente del procedimiento legislativo mexicano actual mediante el cual se sustancia la argumentación legislativa, sobre todo en la necesidad de que el proyecto de ley del diputado se acompañara por sus razones, así como su discusión y aprobación, de las que deriva la facultad deliberativa.

³⁵⁸ Ibidem, p. 34

³⁵⁹ Ibidem, p. 29

³⁶⁰ Ibidem, p. 30

³⁶¹ Idem

La argumentación legislativa regulada en la Constitución de Cádiz adquiere su carácter procedimental centrándose en sostener razonadamente un proyecto de ley, de modo que la facultad deliberativa del órgano parlamentario sea encauzada hacia una posterior aprobación.

Asimismo, la constitución en análisis, enriquece la facultad argumentativa histórica del poder legislativo al enlistar entre sus funciones las de "proponer y decretar leyes, interpretarlas y derogarlas"³⁶², todo esto bajo las directrices de una justificación razonada que permitiera a cada legislador sostener el porqué de sus actos ante el resto del órgano parlamentario, al cual se debía convencer.

Las reglas constitucionales relativas a las Cortes de Cádiz que fundamentan la argumentación legislativa, derivaban del procedimiento regulado en el Capítulo VIII del Título III constitucional, titulado "De la formación de las leyes, y de la sanción Real".

II.4.2.- La argumentación legislativa del Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz

Paralelo a la constitución de Cádiz, está el antecedente histórico del Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz, cuyo Capítulo VIII, se refiere a las proposiciones y discusiones, donde se enfatiza, por el artículo LXXXVII, la necesidad de que el diputado emita sus proposiciones por escrito, además de exponer "a lo menos de palabra las razones en que la funda"³⁶³.

En todo este capítulo del reglamento, se establecen diversas reglas de comportamiento referentes al uso de la palabra, a la prohibición de hacer interrupciones o de dirigirse a persona determinada en vez de a todo el congreso, así como a las directrices que habrá de seguir el desarrollo de la argumentación. Por ejemplo, el artículo XC establece que "ninguno podrá hablar dos veces sobre

³⁶² Idem

³⁶³ Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz, 1813, Cádiz

un mismo asunto, sino para aclarar hechos, o deshacer equivocaciones; pero si variase la cuestión, pedirse nuevamente la palabra"³⁶⁴.

La Constitución de Cádiz y el Reglamento Interior para sus Cortes, reflejan la experiencia parlamentaria europea y esbozan los principios legislativos bajo los cuales se habrá de conducir la argumentación legislativa en lo sucesivo, por ello, estos ordenamientos influyeron en gran medida a posteriores reglamentos y constituciones.

II.4.3.- La Constitución de Apatzingán y la argumentación legislativa

El antecedente histórico de la Constitución de Apatzingán, encarna un intento de congreso constituyente obstaculizado por la guerra, lo cual hacía que el congreso no tuviera una sede fija y que contara con una limitada representatividad, pues a pesar de participar en ella diputados mexicanos, "fueron tan sólo ocho diputados los que integraron el Congreso para redactar la Constitución solicitada por Morelos y de estos ocho, seis fueron directamente nombrados por el propio caudillo"³⁶⁵.

El documento en referencia, inspirado por las ideas de la Ilustración, fortalecía ampliamente al poder legislativo, pues, en su artículo quinto, limitaba el ejercicio de la soberanía emanada del pueblo a la representación nacional, es decir al supremo congreso. De dicha representación nacional los votantes serían los ciudadanos que, de acuerdo con el artículo sexto de la constitución en referencia, no podrían distinguirse por clases ni países en cuanto a su voto.

En cuanto a la soberanía, el poder legislativo "se sitúa en una posición privilegiada y superior respecto de los otros dos poderes, el Ejecutivo y el Judicial, que no tienen esa atribución de soberanía"³⁶⁶. Por su parte, el artículo 59 otorga relevancia al poder legislativo declarando inviolables las opiniones de los diputados del supremo congreso.

³⁶⁴ Idem

³⁶⁵ Bátiz Vázquez, Bernardo, op. cit., p. 30

³⁶⁶ Ibidem, p. 31

Con estos nuevos principios, la deliberación se hará dentro de un supremo congreso en favor ahora del pueblo sin distinción de clases ni países, ejerciendo el congreso la soberanía y mediante una inviolabilidad de opinión perteneciente a cada diputado. La argumentación legislativa adquiere un nuevo ideal, esto es, el beneficio del pueblo, sin distinciones, así como, mayor amplitud y libertad en su planteamiento dada la inviolabilidad de opinión.

II.4.4.- La argumentación legislativa en la Independencia de México

El "Reglamento Expedido por José María Morelos para la Instalación, Funcionamiento y Atribuciones del Congreso", en 1813, es un ordenamiento que "dada la turbulenta época en que se redactó este reglamento, es mucho más reducido que el de Cádiz, no contiene capítulos y consta únicamente de 59 artículos"³⁶⁷. Con relación a la argumentación legislativa mexicana, destacan los artículos 18-20, que establecían la manera en que debían desarrollarse las discusiones y debates del congreso.

Al final de la guerra de independencia, surge el Plan de Iguala, expedido por Iturbide y enviado a todos los bandos de la guerra. En dicho plan quedaba fortalecido el poder ejecutivo con la figura de un emperador y el poder legislativo reducido a sus funciones constituyentes mediante la figura de las cortes. Juan O'Donojú firma el Tratado de Córdoba, reconociendo, en nombre de España, la independencia de México. Se crea así la Junta Provisional encargada de designar a la Regencia, cuya función sería convocar a las Cortes Constituyentes para elaborar la Constitución del Estado.

Según el punto 14 del Tratado de Córdoba, "el poder ejecutivo reside en la Regencia y el legislativo en las Cortes, pero mientras éstas se reúnen, es la Junta Provisional la que tendrá el cargo de legislar y moderar al poder ejecutivo"³⁶⁸.

³⁶⁷ Santiago Campos, Gonzalo y Ramírez Marín, Juan, *Reglamentos del Congreso Mexicano*, México, Cámara de Diputados LX Legislatura, 2010, p. 51

³⁶⁸ Bátiz Vázquez, Bernardo, op. cit., p. 32

Volvió a regir una argumentación legislativa encauzada por principios que habían sido ya superados en la Constitución de Apatzingán, por ejemplo, el de la representación por oficios o clases, que "estorbó la cualidad esencial de los cuerpos deliberantes: 'la discusión y el debate'"³⁶⁹.

Asimismo, se impuso la decisión de volver al congreso unicameral y los participantes de las Cortes Constituyentes utilizaron su argumentación legislativa para dedicarse a "hacer política, a luchar entre sí y a tratar de obtener ventajas para los diversos partidos políticos en que se habían dividido"³⁷⁰. Si bien no se cumplió lo establecido en el Tratado de Córdoba, se adquirió experiencia parlamentaria, poniéndose en práctica el reglamento de debates de las Cortes de Cádiz. De ello se enriqueció a su vez la argumentación legislativa, que ahora se desarrollaría conforme a cada asunto dada la división por comisiones.

Con el culmen de la guerra de independencia en México en 1821, surge el Imperio de Agustín de Iturbide, se redacta el Acta de Independencia, para la cual se erige una Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano. Con ello, entra en vigor el Reglamento para el Gobierno Interior de la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano. La Soberana Junta Provisional, constituirá el poder legislativo y sus funcionarios, los vocales, harán la labor argumentativa, debiendo realizar proposiciones y discusiones, reguladas por el capítulo quinto del reglamento en alusión, pues se establece que las proposiciones deberán ser por escrito y deberán exponer las razones en que se funden.

Con el tiempo, la idea del federalismo erradicó el imperio de Iturbide y se dio paso a las diputaciones provinciales, antecedente histórico de los congresos locales, lo cual permitió adquirir mayor experiencia parlamentaria. Esto fomentó el riesgo de fragmentarse el nuevo país independiente en distintas naciones, dado que cada diputación provincial declaraba una constitución de sus estados.

³⁶⁹ Idem

³⁷⁰ Ibidem, p. 33

Para evitar dicha fragmentación, se convocó un nuevo congreso constituyente que adoptó el "sistema federal en el Acta Constitutiva de la Nación Mexicana, que precedió a la Constitución de 1824"³⁷¹. Con dicha constitución, se restaura el bicameralismo, inicialmente propuesto en el Tratado de Córdoba, orientándose la argumentación legislativa y la organización del poder legislativo según la constitución estadounidense.

II.4.5.- La argumentación legislativa en el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de 1824

El Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General derivado del artículo 34 de la Constitución de 1824, se convirtió en "el fundamento de la legislación parlamentaria mexicana; las experiencias anteriores, la urgencia que había obligado a aplicar el reglamento de las Cortes de Cádiz, hicieron ver a los Constituyentes la necesidad de un reglamento propio"³⁷².

En lo referente a la argumentación legislativa, el mencionado reglamento, con su capítulo V titulado De la Iniciativa de las Leyes, establece figuras como las proposiciones y los proyectos de ley o decreto de los legisladores. No solo regula el modo en que se desarrollarán durante las sesiones, también establece una sesión para que el legislador fundamente sus argumentos y otra para que dos miembros de la cámara expongan sus argumentos respecto de la proposición, uno a favor y otro en contra. Esto constituye un importante antecedente legislativo de las actuales reglas para emitir las proposiciones con punto de acuerdo.

El capítulo V del reglamento en análisis, también expresa las reglas para que se desarrolle una adecuada argumentación legislativa en torno a las proposiciones y proyectos de ley o decreto, con temas como la urgencia u obvia resolución de una proposición, o bien la admisión a discusión o desechamiento por parte de la cámara.

³⁷¹ Idem

³⁷² Ibidem, p. 34

En el capítulo VI, referente a las comisiones, destaca el artículo 65 como antecedente histórico de la argumentación legislativa mexicana, pues establece que: "las comisiones fundarán por escrito su dictamen y concluirán reduciéndolo a proposiciones claras y sencillas que puedan sujetarse a votación"³⁷³. La claridad y la sencillez serán ejes de la argumentación legislativa, la votación será su fin y la fundamentación de los argumentos del dictamen será indispensable.

El capítulo VII regulará todo lo relacionado con las discusiones, parte medular de la argumentación legislativa, en que el objeto de la oratoria, tras hacer el análisis de algún proyecto de ley o decreto en su totalidad y luego en cada uno de sus artículos en lo particular, será generar un convencimiento que dirija la votación a un determinado sentido.

II.4.6.- La argumentación legislativa en el centralismo

La posterioridad de los anteriores ordenamientos describió una pugna entre dos bandos políticos, uno liberal, que apoyaba al sistema federalista y otro conservador, que apoyaba al sistema centralista. El centralismo triunfó en 1835, cuando se desconoce el sistema federal y se promulga una constitución centralista cuya vigencia inició en 1836, dada la mayoría conservadora en el poder legislativo.

El congreso constituido se volvió constituyente y elaboró la nueva constitución de manera unicameral, denominada Constitución de las Siete Leyes. Con ello, el poder legislativo, regulado en la Tercera Ley, volvió a constituirse con un funcionamiento bicameral, sin embargo, estaría limitado, al igual que los demás poderes, por el Supremo Poder Conservador. Éste podía declarar la nulidad de cualquier acto que realizara cada poder, por ejemplo, de actos parlamentarios tan importantes como leyes o decretos.

El Supremo Poder Conservador podía suspender las sesiones del congreso por tres meses, por ello "con todas estas facultades, este poder conservador asumía, en teoría, una preponderancia total sobre los poderes tradicionales y se

³⁷³ Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General, 1824, México

convirtió en el árbitro absoluto del gobierno"³⁷⁴. Todo este poder estaba legitimado por la Constitución de las Siete Leyes, cuyo artículo 16 de su Tercera ley, instauro un nuevo reglamento del congreso.

La argumentación legislativa, ante este contexto, estaba descrita por la subordinación al Supremo Poder Conservador, pues ahora sería éste al que había que generar un convencimiento para que no declarara la nulidad de las leyes y decretos expedidos. Existirá un debate constante entre partidarios del federalismo y partidarios del centralismo, es decir, liberales y conservadores.

II.4.7.- El triunfo del federalismo

Dada la insostenible situación del Supremo Poder Conservador, cuya limitación a los tres poderes terminaba por generar una gran oposición tendente a restringir tan amplias facultades, destacó la Junta Nacional Legislativa instaurada por el presidente Nicolás Bravo. Dicha institución dio como resultado una nueva constitución centralista conocida como Bases Orgánicas y denominada Bases de Organización Política de la República Mexicana, "que fue sancionada solemnemente por el para entonces otra vez presidente, general Antonio López de Santa Anna, en junio de 1843"³⁷⁵.

En tal contexto, las Bases Orgánicas, si bien mantuvieron el centralismo, suprimieron el Supremo Poder Conservador, establecieron el bicameralismo y volvieron a dar vigencia al reglamento del congreso que regía en 1824, en tanto el congreso elaboraba uno nuevo, según el artículo 72 de las Bases Orgánicas. Sin embargo, "la vigencia de esta Constitución centralista terminó cuando ya en guerra con Estados Unidos de América, se restableció el federalismo y se puso nuevamente en vigor la Constitución de 1824"³⁷⁶.

³⁷⁴ Bátiz Vázquez, Bernardo, op. cit., p. 35

³⁷⁵ Ibidem, p. 36

³⁷⁶ Idem

II.4.8.- La Constitución de 1857 y el fortalecimiento del poder legislativo

Fue hasta la presidencia de Juan Álvarez que se expresaría el triunfo del federalismo y, con él, del bando liberal, vuelto ahora mayoría y dividido en moderado y radical. En este contexto, se fraguó el Plan de Ayutla para que un nuevo congreso constituyente sesionara el 17 de febrero de 1856. El resultado de esto fue la Constitución de 1857, innovadora en contener un título amplio y entero relativo al tema de los derechos del hombre.

La Constitución de Apatzingán se había anticipado a esto último, pues aquella estableció la sección de los "Principios o Elementos Constitucionales", cuyo capítulo V menciona los derechos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos, entendiendo su íntegra conservación como objeto y fin de las instituciones gubernamentales.

Sin embargo, la Constitución de 1857 va más allá al profundizar en cada uno de estos derechos y agregar otros, además de entender los derechos del hombre como objeto y base de las instituciones sociales. Asimismo, estableció que "todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución"³⁷⁷.

La Constitución de 1857 fortaleció al poder legislativo instaurando el unicameralismo, lo cual encauzó a la argumentación legislativa hacia una función de control tan estricta al poder ejecutivo que el ministro de Benito Juárez, Sebastián Lerdo de Tejada, emitió una circular el 14 de agosto de 1867 proponiendo "una reforma para reimplantar el sistema bicameral que se había abandonado hacía tan poco tiempo"³⁷⁸. Esta propuesta se apoyaba en el argumento de necesitar una representación popular así como federativa, en las figuras de diputados y senadores, respectivamente.

Todo esto se aprobó el 13 de noviembre de 1874, entrando en vigor la circular original ahora como reforma constitucional durante la presidencia de

³⁷⁷ Constitución Política de la República Mexicana, 1857, México.

³⁷⁸ Bátiz Vázquez, Bernardo, op. cit., p. 38

Sebastián Lerdo de Tejada. Con ello, se restauró la fuerza del ejecutivo y se elevó a su máxima expresión con el Porfiriato, quedando el congreso reducido a un vida "más bien formal y protocolaria, pues ante la fuerza y el predominio del Presidente, diputados y senadores se limitaban a refrendar las decisiones ya tomadas por el Ejecutivo; las reglas parlamentarias, durante este período, si bien estuvieron vigentes, no tuvieron en la práctica más uso que el de dar marco al cumplimiento de las solemnidades y las fórmulas"³⁷⁹.

II.4.9.- La Constitución de 1917 y los reglamentos legislativos del siglo XX

Entrando ahora en los antecedentes que orillaron a la creación de la Constitución de 1917, surgieron una serie de planes cuyo fin era el desconocimiento de los poderes de la época, la prohibición de reelección para el presidente y, con ello, nuevas elecciones.

Entre dichos planes destacan el Plan de San Luis, de Madero y su séquito, que desconocía la última reelección de Díaz, el Plan de Ayala de Zapata, que desconocía a Madero como presidente, y el Plan de Guadalupe de Carranza, contra la presidencia de Huerta. El resultado de este último plan fue un congreso constituyente, "electo entre los revolucionarios triunfadores y sus partidarios y se reunió en Querétaro a finales de 1916"³⁸⁰.

Se decidió que prevaleciera la constitución de 1857, con las reformas que ésta había tenido hasta el momento, salvo por otras reformas importantes que se le harían, sobre todo, en cuanto a "prohibir la reelección del presidente, los gobernadores y los presidentes municipales"³⁸¹.

El congreso se mantiene bicameral, desde la última reforma, y aumenta su control respecto al poder ejecutivo, pues la participación del presidente en las iniciativas "es restringida y secundaria, ya que la última palabra en la materia, desde el punto de vista de la constitución vigente, la tiene el legislativo, que puede

³⁷⁹ Idem

³⁸⁰ Ibidem, p. 39

³⁸¹ Idem

rechazar las propuestas del ejecutivo y rectificar sus propias determinaciones en el caso de que el presidente haya hecho uso del derecho de veto"³⁸².

Asimismo, destaca la facultad del congreso para elaborar su propio reglamento interior. El Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso de la Unión de 1857 rigió hasta 1897, cuando se emite el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, que estuvo vigente hasta el año 1934. En dicho año surge un reglamento de igual nombre (hasta hoy vigente) con las reformas que con los años lo han ido modificando.

Después, en 1977, "la euforia por emitir leyes orgánicas durante la década de los años setentas, para organizar la estructura y funciones de las diversas dependencias que integran la Administración Pública Federal, alcanzó finalmente al Poder Legislativo"³⁸³. Esto implicó la creación de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, cuya finalidad fue regular la organización interna del congreso y cuya elaboración, estuvo también a cargo del propio congreso, facultado constitucionalmente para ello.

³⁸² Idem

³⁸³ Santiago Campos, Gonzalo y Ramírez Marín, Juan, op. cit., p. 248

Capítulo III: La argumentación legislativa en las fuentes jurídicas mexicanas

III.1.- Facultad argumentativa de los órganos parlamentarios

III.1.1.- Facultades constitucionales

El contexto constitucional actual enmarca las bases bajo las cuales los legisladores ejercerán su facultad argumentativa. Esta facultad emana del artículo constitucional 61, que establece las opiniones manifestadas por los diputados y senadores, en el desempeño de su cargo, como inviolables.

Con esta base, se desarrollan las distintas facultades del poder legislativo, relacionadas con la argumentación. Una de ellas se encuentra en el artículo 70 de la norma en estudio. Ésta se refiere al caso en que el congreso expide la ley que lo regulará estructural y operativamente sin necesidad de ser vetada y promulgada por el ejecutivo federal para tener vigencia.

Esto manifiesta la facultad argumentativa por antonomasia del órgano parlamentario mexicano, pues el acto dialéctico irá encaminado hacia una postura en que todo legislador se verá directamente afectado en el uso de sus atribuciones, siendo su cargo y sus funciones reguladas por lo que el congreso en conjunto decida. Por ello, resulta esencial armonizar la mayoría de las diversas opiniones legislativas hacia la postura defendida.

En lo referente al contenido de la argumentación legislativa, los temas que se tratarán, se restringen a los contenidos en los artículos constitucionales 73-77, que señalan asuntos exclusivos de cada cámara legislativa así como del Congreso General. El artículo 77 establece la independencia de cada cámara, en especial para "dictar resoluciones económicas relativas a su régimen interior"³⁸⁴. Este es otro ejemplo relativo al uso que el poder legislativo hace de la facultad

³⁸⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2023, México

argumentativa para autorregularse, en este caso, ejercido por cada cámara sin la intervención de la otra.

El artículo 78, es también restrictivo respecto al contenido de la argumentación legislativa, con relación a la comisión permanente. Un caso particular del ejercicio de la facultad argumentativa en el poder legislativo lo constituyen las legislaturas locales, dentro de las cuales el artículo 122 regula el caso de la Ciudad de México, remitiendo el contenido argumentativo de sus facultades a su propia constitución local, además de facultar a esta legislatura local para reformar y adicionar su propia constitución.

III.1.2.- Facultades reglamentarias

El Reglamento del Congreso de la Ciudad de México tiene como objeto "regular la organización, funcionamiento, atribuciones y competencias y normar la actividad parlamentaria en el Congreso de la Ciudad de México, así como establecer los procedimientos de deliberación y resolución internos"³⁸⁵.

Este objeto tendrá gran importancia en lo concerniente a la facultad argumentativa de este congreso local, pues regula tanto su forma, por tratar los procedimientos para desarrollar su función deliberativa; así como el contenido argumentativo por cuanto refiere a sus atribuciones.

El mismo caso se dará para las entidades federativas restantes, emanando la facultad argumentativa de sus legislaturas locales de los artículos constitucionales 115 y 116, así como de sus respectivas constituciones y reglamentos legislativos locales.

El Reglamento del Congreso General, por su parte, legitima la facultad argumentativa de los legisladores, estableciendo las reglas y el orden que habrá de seguirse durante las sesiones. Este reglamento establece, en su sección titulada De la iniciativa de las leyes, el paso inmediato de las iniciativas a comisión para ser discutidas, e instaura las proposiciones legislativas. Respecto a éstas

³⁸⁵ Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, 2023, México

últimas, el artículo 58 del reglamento en estudio indica la facultad argumentativa del autor de la proposición por su derecho de exponer sus fundamentos y razones.

En las siguientes fracciones de este último artículo, resalta la argumentación como acto dialéctico, pues se regula el debate que girará en torno a la proposición mediante una postura a favor y otra en contra, así como la posibilidad de la cámara de admitir la propuesta, en cuyo caso, pasa a ser discutida en comisiones para aprobarse o desecharse. Esto implica una labor de convencimiento y persuasión por parte de los legisladores a favor y en contra.

Otro caso en que se regula la facultad argumentativa es el artículo 64 del reglamento en alusión, pues expresa los actos legislativos de los cuales versará la argumentación legislativa. Éstos son las iniciativas, las propuestas, las interpretaciones, las reformas y las derogaciones de leyes.

Asimismo, puede verificarse la facultad argumentativa en el artículo 87, con relación a los dictámenes de las comisiones, que estarán constituidos por una parte expositiva de razones, lo cual señala la parte justificativa de la argumentación, así como conclusiones, expresadas como proposiciones claras y sencillas para ser votadas.

Así, la estructura ideal del dictamen condensa, en su parte expositiva, desde un punto de vista formal, las premisas de las que derivan conclusiones necesarias. Desde un punto de vista material, el contenido de la parte expositiva podrá estudiarse como la persuasión que llevó al legislador a manifestar las proposiciones del dictamen.

La facultad argumentativa se enriquece también con la figura de los votos particulares, dándose relevancia a las posturas diferentes a las de la mayoría, lo cual puede verificarse en el artículo 88.

Ahora bien, en la sección titulada De las discusiones dentro del reglamento en análisis, está la parte jurídica medular de la argumentación legislativa. Dicha sección, expresa la argumentación legislativa como un acto dialéctico, es decir,

con oradores tanto a favor como en contra del dictamen, y establece una argumentación de tipo discursivo, descrita por la oratoria ininterrumpida, salvo por los casos enlistados en el artículo 109 o mociones como la de orden fundada en el artículo 104, que prohíbe las discusiones en forma de diálogo.

Además, la comisión dictaminadora habrá de explicar los fundamentos de su dictamen si se lo pide algún participante de la discusión, siempre que sea al inicio de ésta, según el artículo 108.

Por último, al declararse un proyecto como suficientemente discutido en lo general, de acuerdo con el artículo 117, se procede a votación, donde se mostrarán los resultados que marcarán la finalidad de la argumentación legislativa, esto es, encauzar la votación hacia una determinada postura. De no haber sido favorable la votación, puede hablarse de una argumentación legislativa ineficiente, si bien factores de otra índole pueden concurrir a tal resultado.

III.2.- Principios generales de la argumentación legislativa

III.2.1.- Concepto y características de los principios generales del derecho

Ante la existencia de casos no previstos en las norma jurídica, está la posibilidad de retornar a los principios generales del derecho, que son los valores esenciales e inmutables en torno a los cuales han girado los sistemas normativos constantemente cambiantes. Dicha fuente jurídica alimenta a todo conjunto ordenado de reglas de modo que éstas pueden entenderse como implicaciones lógicas de estos valores fundamentales.

Por ello, los principios generales del derecho se han descrito como "presupuestos de la ley, como expresión de la justicia y de la naturaleza humana, que considerando un legislador racional debió tomarlos en cuenta"³⁸⁶. Como la palabra supuesto lo indica, se trata de una fuente jurídica anterior al supuesto expresado en la ley.

³⁸⁶ Muñoz Rocha, Carlos I., *Teoría del derecho*, México, Oxford, 2016, p. 226

Los principios generales del derecho se han definido como "aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria"³⁸⁷. Los principios generales dirigen el trabajo legislativo, pues son fundamento y presupuesto legal y se constituyen como un juicio razonado. El trabajo legislativo se dedica a "transformar en preceptos formalmente válidos los principios generales del derecho o, como sería preferible decir, las exigencias de la justicia"³⁸⁸.

Robert Alexy, en su teoría de la argumentación, describe a las reglas como mandatos definitivos, cuyo objeto son exigencias categóricas formalmente válidas con la estructura de un consecuente jurídico dada cierta hipótesis. Asimismo, describe a los principios como mandatos de optimización, es decir, el ideal ante el cual se armonizan las reglas para que aquél se cumpla en el mayor grado posible.

Aunada a la anterior distinción entre reglas y principios, así como las condiciones, tanto de idealidad como de presupuesto, que caracterizan a los principios generales, destaca también la característica de inmutabilidad. Al conjugar dichas condiciones, el autor Hegel expresa que la ley debe ser "por una parte, una totalidad cerrada; por otra, es la necesidad permanente de nuevas determinaciones legales. Empero, porque esa antinomia vuelve a entrar en la especialización de los principios generales, los cuales permanecen invariables, queda en consecuencia, intacto el derecho a tener un código completo"³⁸⁹.

³⁸⁷ Díaz Couselo, José María, *Los principios generales del derecho*, Argentina, Plus Ultra, 1971, p. 79

³⁸⁸ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2002 (obra original publicada en 1940), p. 372

³⁸⁹ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del derecho*, quinta edición, trad. de Angélica Mendoza de Montero Buenos Aires, Claridad, 1968 (obra original publicada en 1820), vol. 5, p. 191

De acuerdo con el autor Josep Aguiló, los principios generales del derecho pueden categorizarse como una fuente jurídica justificativa, pues los principios establecen "un 'deber ser' (una solución normativa, es decir, obligan o prohíben algo) pero no definen caso genérico (no dicen cuándo son aplicables esas soluciones normativas, ese 'deber ser'). Por ello, su aplicación nunca es sólo una cuestión de conocimiento, exige siempre una cierta deliberación práctica"³⁹⁰. Así, con la función deliberativa de los principios generales, la existencia y la aplicación de una regla adquieren sentido.

III.2.2.- Los principios sustantivos del derecho parlamentario y la argumentación legislativa

Los principios sustantivos señalan los lineamientos bajo los cuales se fundamentará no sólo la existencia de la argumentación legislativa, sino la del propio derecho parlamentario. Éstos son principios que regulan la materia y esencia del derecho parlamentario, por ello el autor Bernardo Bátiz los clasifica como principios sustantivos.

En virtud de que "cada rama del derecho, y por tanto el derecho parlamentario, debe tener sus principios peculiares y propios, pero éstos están iluminados por los grandes principios o fines... que deben dar línea, dirección, sentido a todo el tema jurídico"³⁹¹, en el derecho parlamentario, existen los principios legislativos, con base en los cuales, el legislador encauza su labor en el congreso. Varios de dichos principios se extrapolan a la argumentación legislativa; ya que, ésta no podría desarrollarse sin ellos.

No obstante, de este conjunto de principios, están los que aplican directamente a la función argumentativa, así como, los que la regulan de manera secundaria. En este punto, la palabra "secundaria" no se refiere a una menor jerarquía, todo lo contrario, deben existir para que pueda haber una

³⁹⁰ Aguiló Regla, Josep, "Fuentes del derecho", *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, p. 1059

³⁹¹ Bátiz Vázquez, Bernardo, op. cit., p. 47

argumentación legislativa, sin embargo, se refiere a que no inciden tanto en la función argumentativa del legislador como otros principios.

Así, los principios que podrían considerarse secundarios son los que fundamentan al propio derecho parlamentario: el principio de representatividad, referente a que toda labor legislativa debe hacerse por y para los representados, es decir el pueblo, nunca para intereses particulares o partidarios; el principio de igualdad, alusivo al voto de cada uno de los legisladores, es decir, con el mismo valor; y el principio de libertad, derivado del de representatividad, pues en su libertad, el legislador ha de beneficiar al pueblo que representa y debe hacerlo mediante decisiones autónomas, como cuerpo colegiado frente al poder ejecutivo, así como en lo individual, al emitir sus opiniones y votar, debe hacerlo por su propia voluntad sin que algún vicio la obstaculice. También está el principio de información, asociado a toda decisión que tomen los legisladores, pues deben partir de un conocimiento amplio sobre el asunto a legislar para que el voto definitivo surja de un panorama integrado por todos los datos necesarios.

III.2.3.- Los principios adjetivos del derecho parlamentario y la argumentación legislativa

Los principios adjetivos, por su parte, se dan en cuestiones procesales dentro del congreso, y por ello se relacionan más con la argumentación legislativa, sin embargo, no deben considerarse aún como principios que se relacionen directamente a la argumentación legislativa. Además, los principios adjetivos no deben contradecir a los sustantivos, sino sólo señalar los valores procesales a través de los cuales podrán cumplirse los sustantivos, "los principios procesales son, por tanto, instrumentales respecto de los sustantivos, deben estar al servicio de éstos, facilitarlos y darles cauce"³⁹².

La función esencial de los principios adjetivos es mantener el cauce de los principios sustantivos a pesar de que las discusiones dadas al interior del congreso lleguen a tornarse apasionadas. Corresponde a este tipo de principios,

³⁹² Ibidem, p. 59

por ejemplo, el de orden, cuya incidencia puede hallarse en aspectos como las condiciones del espacio de trabajo legislativo, la distribución de los órganos internos o de los propios legisladores dentro del congreso; la prohibición de interrumpir a un legislador mientras habla, salvo por casos específicos; así como, el propio proceso legislativo. También está el principio adjetivo de la resolución mayoritaria, referente a la forma en que todo producto parlamentario debe crearse, es decir, con base en un quórum, donde los resultados de la votación demuestren el triunfo de la mayoría tras el ejercicio de la facultad deliberativa dentro de los debates llevados en comisión y en pleno.

III.2.4.- Principios directamente relacionados con la argumentación legislativa

Por último, están los principios directamente relacionados con la argumentación legislativa. Aunque hay principios que aplican específicamente a este campo, se habrán de considerar asimismo, siempre que el legislador ejerza su facultad argumentativa, los principios de la materia que se esté regulando.

Así, entre los principios que conforman a la argumentación legislativa está el principio de inviolabilidad de opinión, ampliamente relacionado con el principio sustantivo de libertad del derecho parlamentario, así como, de esta misma rama, el principio adjetivo del orden. La inviolabilidad de opinión legislativa consiste en que cada legislador puede expresar la postura ante la cual se adscriba, así como las razones que le llevaron a tomarla, con orden, sin interrupción y sin que haya coacción alguna por ello.

Al ser éste un principio de gran importancia, se consagra constitucionalmente en el artículo 61 y da origen a disposiciones reglamentarias como el artículo 104 del Reglamento del Congreso, que prohíbe las discusiones en forma de diálogo así como la interrupción del legislador que tenga la palabra, salvo por casos específicamente señalados.

También está el principio de racionalidad, de suma importancia para ejercer la facultad argumentativa, pues, con éste, se establece la necesidad de que todo

acto legislativo emanado de cada órgano parlamentario sea justificado mediante razones. De ello resaltan ejemplos reglamentarios, como las reglas que regulan la proposición con punto de acuerdo en el Reglamento de la Cámara de Diputados. Aquella debe ser presentada mediante escrito fundado y con su resolutivo. Para las iniciativas existe la regla de incorporar en su estructura los argumentos que la sustenten, que en el mismo reglamento está en la fracción IV del artículo 78.

Por su parte, el principio de unidad del sistema jurídico se refiere a la coherencia y consistencia del sistema, en términos del autor Neil MacCormick. Al respecto, la autora Carla Huerta Ochoa, explica la coherencia como "la razonabilidad del sistema jurídico como un todo"³⁹³. Ese "todo" alude a la armonía con los valores que el sistema jurídico protege y fomenta. La consistencia, en cambio, se relaciona con la armonía entre las propias normas jurídicas, por ello se refiere a "la ausencia de contradicciones"³⁹⁴.

El principio de unidad establece la importancia de que el legislador, al momento de emplear su facultad argumentativa, evite la antinomia y la contradicción con los valores fundamentales bajo los cuales se sostiene el sistema jurídico mexicano, por ejemplo, evitando argumentar en contra de los derechos humanos, la democracia o la división de poderes.

Por último, está el principio de economía legislativa, cuya idea principal es tener a la norma jurídica como última opción para solucionar un hecho legible. Dicho lineamiento esencial, permite reducir la probabilidad de que surjan antinomias y se deteriore el principio de unidad, así como disminuir la inseguridad jurídica que supone un sistema de exacerbada complejidad.

El cauce que muestra este último principio es el del equilibrio, pues una regulación demasiado cuantiosa propicia la dificultad en el cumplimiento para los destinatarios de la ley. Al respecto, la autora Cecilia Mora-Donatto opina que:

³⁹³ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, Segunda edición, México, UNAM, 2017, p. 123

³⁹⁴ Ibidem, p. 124

"no todos los problemas que se presentan en las sociedades modernas requieren de una intervención estatal y mucho menos que dicha intervención deba suponer una regulación jurídica del problema. Cada vez son más evidentes los efectos perniciosos de una excesiva reglamentación. Por tales razones, todo planteamiento sobre posibles alternativas o instrumentos de actuación debe empezar por considerar una posible renuncia a toda intervención estatal; si esta no es posible debe aconsejarse una tímida intervención y preferir los mecanismos sociales de autorregulación"³⁹⁵.

Existen también principios de otras ramas del derecho, así como de ramas con mayor amplitud, cuya incidencia en la materia en estudio es tan directa que aplican como si fueran principios propios de la argumentación legislativa. El legislador habrá de tomarlos muy en cuenta y encauzar con ellos, su facultad argumentativa.

Un ejemplo destacable de esto es el principio de legalidad, con el cual toda argumentación que lleve a cabo el legislador habrá de basarse en el marco legal y constitucional vigente. Otro ejemplo, relacionado con la rama de los derechos humanos, es el principio de progresividad, que "se refiere a que en todas las cuestiones relativas a los derechos humanos, tales como su reconocimiento y protección, debe buscarse un constante avance o mejoramiento; y, en contrasentido, apunta a la no regresividad, esto es, a que una vez que se ha alcanzado un determinado estándar no se admitan medidas en retroceso"³⁹⁶. De ahí que el legislador no pueda legislar en contra de los derechos humanos ni suprimirlos y solo pueda legislar en favor de su protección, fomento y ampliación.

³⁹⁵ Mora-Donatto, Cecilia y Sánchez, Elia, op. cit., p. 20

³⁹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos parte general*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 44

III.3.- Regulación de la técnica legislativa en la ley

La técnica legislativa es la optimización de los procedimientos conforme a los cuales se llega a una eficiente producción normativa, según el autor Manuel Atienza. La relación de ésta con la argumentación legislativa es amplia, sobre todo estructuralmente hablando; ya que, sin la técnica legislativa, la argumentación legislativa se desarrollaría en un cauce poco definido. Por ello, resulta conveniente desglosar lo que la ley establece respecto a la técnica legislativa, para lo cual se partirá analizando la norma superior y general, es decir, la constitucional, hasta la más específica y jerárquicamente inferior, es decir, los reglamentos.

III.3.1.- La técnica legislativa en la Constitución Federal

Se tiene en primer lugar el artículo constitucional 70, cuyo primer párrafo dispone estructurar toda resolución legislativa de la manera siguiente: "El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta", para luego colocar la resolución, consistente en el texto de una ley o decreto.

En los párrafos siguientes del artículo en referencia, se tiene el fundamento mediante el cual el poder legislativo puede llevar a cabo su función de autorregulación, legislando por y para sí mismo tanto el Congreso General su ley orgánica y su reglamento general, como el de cada cámara, e igualmente los congresos locales sus respectivos reglamentos.

III.3.2.- La técnica legislativa en la Ley Orgánica del Congreso General

La Ley Orgánica del Congreso General, además de instaurar los diferentes órganos legislativos internos y sus respectivas atribuciones, regula los procedimientos y la técnica legislativa, que deben cumplir dichos órganos.

La distribución orgánica del Congreso General así como las atribuciones de sus principales órganos internos, proporcionan los requisitos preliminares para que exista una adecuada técnica legislativa. Esto puede verse reflejado en la agenda legislativa que cada grupo parlamentario habrá de presentar en la primera sesión del período ordinario, donde se verán los temas que cada uno abordará durante dicho transcurso. Dependiendo de las relaciones que haya entre la agenda de uno

y de otro grupo parlamentario, podrán formularse acuerdos, lo cual será impulsado por la Junta de Coordinación Política, con el fin de agilizar el trabajo legislativo. El fundamento de lo anterior está en los artículos 26 y 34 de la ley en estudio. Por su parte, el artículo 28 se refiere a la asesoría e información que los grupos parlamentarios han de brindar a sus miembros.

Todo ello incide en la técnica legislativa, pues a partir de un conocimiento generalizado y armonización de los puntos comunes de los grupos parlamentarios respecto a sus agendas, así como la reunión de los recursos informativos necesarios para cada uno de sus miembros, se conforma el punto de partida para la técnica legislativa.

La Conferencia para la Dirección y Programación de los Trabajos Legislativos, por su parte, planea el orden que habrá de seguirse durante las sesiones, señala los temas a tratar y da forma a las discusiones, según el artículo 38, de modo que esta atribución dará cauce a la técnica legislativa. La Mesa Directiva se encargará de llevar a cabo esta planificación, conduciendo las sesiones, según el artículo 20.

Respecto a las Comisiones, la manera en que contribuyen más directamente a la técnica legislativa se da, de entre sus atribuciones enlistadas en el artículo 39, por la conformación de sus dictámenes. Asimismo lo hacen, según el artículo 45, en lo referente a su tarea de dictaminar, atender o resolver las iniciativas, proyectos y proposiciones que les sean turnados.

III.3.3.- La técnica legislativa en el Reglamento del Congreso General

Los reglamentos constituyen la parte medular de la técnica legislativa, pues instauran diversos instrumentos a través de los cuales se da la optimización en la producción normativa, instaurándolos en algunos artículos y regulando su forma y contenido en otros. Estos últimos son de mayor importancia para elaborar los documentos parlamentarios.

El Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, regula la conformación tanto de iniciativas como de

proposiciones, así como la interpretación, reforma o derogación de leyes. Asimismo regula la producción optimizada de normas jurídicas, desde el punto de vista del trámite y forma, en su sección titulada De la iniciativa de las leyes

También destacan las reglas constitutivas referentes a la estructura de los dictámenes que habrán de efectuar las comisiones y los votos particulares que surjan de ello. El artículo 87 describe los elementos esenciales del contenido de un dictamen: una parte expositiva, donde se distribuirán las razones en que se funda y una parte resolutive sujeta a votación con las conclusiones derivadas de la parte expositiva, a manera de proposiciones claras y sencillas.

El artículo 88 instituye el voto particular, que se usa cuando algún legislador disienta de la mayoría y que debe ser por escrito. Este artículo salvaguarda la opinión minoritaria controvertida y conforma decisiones legislativas más informadas, por contener éstas una mayor versatilidad de puntos de vista, al llegar a etapas de discusión en el pleno u observaciones de la cámara revisora.

Los artículos 89 y 90 establecen la posibilidad del legislador para allegarse de información requerida de cualquier archivo u oficina gubernamental, así como la posibilidad de tener conferencias de funcionarios. Lo anterior, con el fin de agilizar y optimizar el trabajo legislativo.

El artículo 82 establece la abstención del voto y firma de dictamen para los legisladores con interés personal en algún asunto. Con ello, se optimiza la producción normativa al asegurarse la imparcialidad en las decisiones legislativas.

Ahora bien, con relación al modo en que habrán de desarrollarse las discusiones, se puede observar la técnica legislativa en su orden, es decir, primero se discute el proyecto de ley en lo general y después cada uno de sus artículos en lo particular, según el artículo 97.

Respecto a las revisiones de las iniciativas, sus modificaciones y observaciones deben atender a la discusión y votación de solo los artículos observados, modificados o adicionados, para después pasar los artículos por el

mismo trámite que todo proyecto de ley otra vez, salvo en los casos graves y urgentes, según el artículo 137.

Por su parte, las disposiciones que instituyen a la Comisión de Corrección de Estilo, encargada de formular la minuta de lo aprobado tras las revisiones y de realizar correcciones únicamente de lenguaje y claridad, en los artículos 139 y 140, contribuyen directamente a la técnica legislativa, por cuanto a optimizarse, con ello, el proyecto de ley, gradualmente perfeccionado conforme a los filtros de revisión y aprobación que va pasando.

Por último, destaca la sección reglamentaria que conforma el núcleo de la técnica legislativa en el marco jurídico, es decir, la sección titulada "De la fórmula para la expedición de las leyes", pues a lo largo de sus artículos, se indica el modo en que habrán de ser redactadas las leyes y las fórmulas que habrán de seguir, así como, los tipos de resoluciones que podrá establecer el Congreso General.

La redacción de las leyes, según el artículo 165, ha de ser precisa, clara y en la forma en que se aprobaron las leyes. Las fórmulas habrán de aludir al órgano que expida las resoluciones legislativas, así como la propia resolución y el fundamento bajo el cual ejerce su facultad resolutoria. Finalmente, los tipos de resoluciones que el congreso emite son el decreto, cuando expide una ley, y la declaración, cuando se refiere a una elección presidencial.

III.3.4.- La técnica legislativa en el Reglamento de la Cámara de Senadores

El artículo 31 del Reglamento de la Cámara de Senadores, muestra una relación estrecha con la técnica legislativa, dado que especifica los elementos mínimos y esenciales que los estatutos de los grupos parlamentarios deben contener. También puede observarse dicha relación con el artículo 35 referente a la Mesa Directiva del Senado, que contribuye a la optimización normativa por el hecho de ser aquella el órgano que prepara e integra el Orden del Día.

Así, las sesiones podrán llevarse con eficiencia y, atendiendo al orden que habrá de seguirse, según decida y diseñe la Mesa Directiva del Senado, se tendrán condiciones más o menos óptimas en la producción normativa. Para esto,

la sección del reglamento encargada de regular el Orden del Día, establece en su artículo 70 lo que se debe tratar en las sesiones, es decir, informes, asuntos, solicitudes y comunicaciones de los distintos órganos, funcionarios y particulares.

El artículo 71 señala cuáles asuntos deberán tener prioridad en la conformación del Orden del Día, siguiendo el criterio del mayor interés público, así como el calendario, las cargas de trabajo y los apartados considerados prioritarios para el desahogo del trabajo legislativo. El artículo 72 es más específico en la integración del Orden del Día, enumerando, en orden de prioridad, los apartados que habrán de constituirlo.

Los anteriores artículos tienen gran relevancia en cuanto a la técnica legislativa, ya que precisan métodos y fórmulas a seguir para la integración del instrumento parlamentario en referencia, lo cual se traduce en optimizar la producción de leyes.

Según el artículo 133, las comisiones deberán presentar un informe anual de actividades, cuyo contenido indique el registro de todo cuanto se planeó y logró por la comisión a lo largo del año. Dicho inventario optimiza la técnica legislativa, pues retroalimenta la eficiencia de cada comisión y brinda el perfeccionamiento constante de la Cámara de Senadores.

Por su parte, las reuniones de las comisiones, se llevan a cabo mediante convocatorias, cuyo contenido se establece en el artículo 140. En las convocatorias destaca el proyecto de Orden del Día, como su parte medular. Asimismo se expide un acta de estas reuniones, que debe contener elementos esenciales enumerados en el artículo 145, nuevamente otra disposición donde la técnica legislativa señala el mismo contenido que tal documento parlamentario habrá de atender. Además, el artículo 148, señala un orden específico de temas que deberá seguirse en las reuniones de las comisiones.

Otro ejemplo de técnica legislativa es el artículo 169, indicativo de lo que toda iniciativa debe contener. Este artículo destaca por enlistar los elementos esenciales del instrumento parlamentario de mayor relación a la producción

normativa, es decir la iniciativa. Asimismo, destaca por entrañar el fundamento de la argumentación legislativa, sobre todo en su fracción tercera, al establecer el contenido de la exposición de motivos como las razones que sustentan el proyecto así como su descripción, y su fracción segunda referente a la necesaria fundamentación legal.

En lo relacionado con la técnica legislativa, para efectos de integrar el dictamen de la comisión, está el artículo 190, que enlista los elementos esenciales necesarios para su conformación, de manera precisa y abundante.

Para el caso de los votos particulares, con relación a la técnica legislativa, su contenido mínimo se encuentra establecido en el artículo 208, y destaca, en lo referente a su composición, la fracción IV, que señala, como contenido, las consideraciones que expliquen el disenso del dictamen de la mayoría.

Por último, destaca, para efectos de la técnica legislativa, tener en cuenta la fórmula con la cual expide sus resoluciones la Cámara de Senadores, establecida en el artículo 233 del reglamento en estudio.

III.3.5.- La técnica legislativa en el Reglamento del Congreso de la Ciudad de México

Con respecto a los reglamentos locales, se ejemplificará con el Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, en que se regula, mediante artículos constitutivos, la técnica legislativa que habrá de utilizarse para integrar distintos documentos parlamentarios. Hay varias coincidencias con lo mencionado a este respecto en el Reglamento de la Cámara de Senadores. Por tal motivo y para evitar redundancias, se darán algunos ejemplos muy puntuales de cómo se puede hallar el marco jurídico local de la técnica legislativa.

Destaca, para ello, el artículo 96, referente a la integración de las iniciativas de ley, de gran relevancia también para la argumentación legislativa, dada su insistencia en desarrollar, dentro del contenido de la exposición de motivos, la fundamentación y motivación de toda propuesta legislativa.

Además de ello, a diferencia del reglamento anteriormente estudiado, agrega elementos a la iniciativa, como el planteamiento del problema que la iniciativa pretende resolver o la problemática desde la perspectiva de género. De esta manera, se tendrá una técnica legislativa mayormente esbozada en el reglamento local.

Otro ejemplo del ordenamiento en análisis son las proposiciones con punto de acuerdo, que con base en el artículo 100, se integrarán de antecedentes, problemática planteada, consideraciones y resolutive, así como la firma de los diputados que la proponen.

En lo referente al dictamen, destaca el artículo 106, con la lista de aspectos mínimos para su integración. Se trata, asimismo, de una disposición constitutiva más abundante y específica en sus elementos esenciales, que el Reglamento de la Cámara de Senadores

Por último, está el ejemplo del artículo 113, referente a los votos particulares, cuyos elementos constitutivos resumen en tres fracciones lo que el artículo 208 del Reglamento del Senado de la República contiene en sus ocho fracciones respecto a aquél, esto es, la parte expositiva con el fundamento jurídico, sus antecedentes, sus consideraciones, sus resolutive y, finalmente, las firmas de los proponentes.

III.4.- La argumentación legislativa en la doctrina

III.4.1.- Doctrina indirecta de la argumentación legislativa

Dentro de la doctrina, se ha estudiado ampliamente la ciencia de la legislación, así como algunas de sus ramas, entre las que destacan principalmente la teoría y técnica legislativas. De ello, autores ilustrados como los que se mencionaron a lo largo del primer capítulo del presente trabajo, es decir, Montesquieu, Bentham, Martínez Marina y Filangieri, se muestran como pioneros e íconos de la ciencia de la legislación, pues forjaron las bases doctrinales sobre las cuales reposa.

Sin embargo, a pesar de que dichos filósofos llegan a tocar en mayor o menor medida el fenómeno argumentativo de la legislación, no se aborda esta rama de manera directa. Esto implica que la argumentación legislativa como rama independiente de la ciencia de la legislación, es una concepción contemporánea.

Si se hace un estudio de los teóricos de la argumentación jurídica del siglo pasado, se podrá llegar a una conclusión similar, esto es, si bien se llegan a tocar aspectos de gran relevancia para la argumentación legislativa, no hay un estudio o teoría de la argumentación que esté enfocada directamente en el ámbito legislativo, salvo por el autor Manuel Atienza, a finales del siglo pasado, aunque su obra se centra en la elaboración de una teoría de la legislación.

Atienza, con su propuesta de niveles de racionalidad legislativa, instaaura las bases indispensables mediante las que se habrá de conducir la argumentación legislativa. Es de tal relevancia la aportación de este autor para la rama en estudio, que ha sido ampliamente retomada y comentada, como el caso más actual del jurista Miguel Ángel Suárez Romero, quien para el siglo actual trata el tema de la argumentación jurídica del legislador en su obra Crisis de la ley y estado constitucional, de manera directa y, como ya se dijo, retomando los niveles de racionalidad legislativa que propone Atienza.

La doctrina jurídica ha nutrido también indirectamente a la argumentación legislativa desde los postulados de la filosofía y la teoría del derecho. De tales ramas jurídicas, con base en el entendimiento que cada teoría y filosofía aporta para comprender la esencia, así como las causas de las normas jurídicas, se ha nutrido toda la ciencia de la legislación, pues estas rama constituyen la materia prima con que trabajará el legislador, es decir, su concepción íntegra respecto a lo que pretende crear, es decir, una norma jurídica.

Con base en lo anterior, destacan autores como Hart, con su concepción referente a las reglas primarias, secundarias y de reconocimiento; Dworkin, con su concepción de los derechos como principios con determinado peso y su idea del derecho como un sistema íntegro de valores a los que se habrá de adscribir toda

norma jurídica; McCormick, con su insistencia en la necesidad de una coherencia y consistencia entre normas jurídicas y valores; Kelsen con su concepción normativista, elevando a la legislación como una de las fuentes de mayor trascendencia para el derecho; Carl Schmitt, con su pensamiento crítico respecto al parlamentarismo, señalando la publicidad y discusión como pilares del mismo y la manera en que lo afectan "comisiones cada vez más cerradas, que enajenan por último los fines del pleno del parlamento, es decir, la publicidad del mismo, y convirtiéndolo necesariamente en una mera fachada"³⁹⁷; por último, autores que se han ocupado de clasificar y categorizar las normas para su mayor entendimiento, como lo son Alf Ross, John Searle o Georg Henrik von Wright.

III.4.2.- Doctrina especializada en argumentación legislativa

De toda la doctrina anteriormente mencionada, de la cual se nutre la ciencia de la legislación, cabe señalar que hay doctrina más estrechamente relacionada con la rama de la argumentación legislativa. De ello, destacan aspectos parlamentarios como la deliberación, la dialéctica, el convencimiento, la persuasión, la oratoria, la producción normativa, su técnica y elaboración, la racionalidad legislativa, la interpretación del legislador así como, las distintas fases que conforman todo el proceso legislativo.

De los anteriores aspectos temáticos propios de la argumentación legislativa, que conforman su objeto de estudio, así como de sus temas comunes con sus ramas vecinas, como la teoría de la legislación y la técnica legislativa, debe señalarse la doctrina especializada a continuación.

III.4.3.- La lógica parlamentaria de William Gerard Hamilton

Como primer ejemplo, destaca la obra del legislador inglés William Gerard Hamilton, intitulada *Lógica parlamentaria*. En esta colección de consejos para el

³⁹⁷ Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, trad. de Thies Nelsson y Rosa Grueso, Madrid, Tecnos, 1990 (obra original publicada en 1923), *Clásicos del Pensamiento*, p. 64

debate legislativo, se encierran aspectos que escapan de la lógica formal para dar paso a todo lo que materialmente la conforma.

Esta obra esboza todos los elementos de la argumentación legislativa, desde la racionalidad, involucrada en el fenómeno dialéctico del debate, hasta el eficiente manejo emocional del auditorio para conformar retóricamente una persuasión que mueva la voluntad del público a determinada postura o fin. Todo ello sin descuidar la lógica formal aplicada al ámbito legislativo.

De todo ello resaltan ejemplos cuando la argumentación legislativa gira en torno a posturas antagonistas, situación en que Hamilton sugiere: "si la causa lo permite, en vez de negar en absoluto la tesis de tu adversario, puedes admitirla hasta cierto punto; proponiéndote así demostrar que el principio sólo es verdadero dentro de ciertos límites o que se le quiere hacer probar demasiado, así quitas al argumento toda su fuerza sin ofender a tu adversario"³⁹⁸.

Aforismos como el anterior, hacen de esta obra no solo un conjunto de sugerencias para argumentar en sede parlamentaria, sino también una serie de reglas que el legislador habrá de tomar en cuenta a la hora de ejercer su labor, así como errores a evitar, por ejemplo: "cuando una ley es defectuosa, sólo puede provenir de una de estas tres causas: falta de poder, falta de saber, falta de conocimiento del asunto en el legislador"³⁹⁹.

III.4.4.- La nomografía de Jeremy Bentham

Jeremy Bentham aporta de manera directa a la conformación de la argumentación legislativa en su obra *Nomografía o el arte de redactar leyes*, retomando la finalidad utilitarista, que fundamenta y conduce toda labor legislativa y moralidad, esto es, la felicidad o el placer de la mayoría.

³⁹⁸ Hamilton, William Gerard, *Lógica parlamentaria*, México, Senado de la República, Mesa Directiva. LX Legislatura, 2007 (obra original publicada en 1808), p. 95

³⁹⁹ Ibidem, p. 34

Bentham desglosa las implicaciones efectuadas por la forma de legislar (nomografía), cuyo efecto son distintas imperfecciones a las que propone remedios. Así, realiza un estudio minucioso de los vicios a los que todo legislador en sus labores habrá de enfrentarse. Entre ellos destaca como el defecto cardinal la incognoscibilidad, entendida como la imposibilidad de notoriedad por parte del destinatario de la norma a raíz de la manera en que fue elaborada o bien por una ineficiente promulgación.

En el primer caso, de mayor interés para la ciencia de la legislación, se van descubriendo más imperfecciones que llevan a este obstáculo principal, pues "cualesquiera sean los buenos efectos que pudieran haberse esperado de la norma de conducta, aquellos dependen y son proporcionales a su notoriedad, y por ello a su cognoscibilidad"⁴⁰⁰.

De este último vicio, se derivan otros como la ambigüedad, cuando hay dos posibles significados para una expresión y no se sabe cuál aplicar; la oscuridad, cuando la expresión tiene un sólo significado pero aún así se tiene la duda de si su significado es ese y, por tanto, caben un número indeterminado de posibilidades; la voluminosidad de la masa normativa; la incertidumbre en expresión, que surge cuando se utilizan distintas palabras para expresar una misma idea, o en significado, cuando se usan las mismas palabras para expresar distintas ideas; la redundancia; la prolijidad, cuando el uso de palabras para regular una materia es excesivo o demasiado prolongado; el embrollo, que "es el resultado natural de incluir y expresar juntas en la misma frase gramatical diversas proposiciones lógicas"⁴⁰¹; la carencia de ayudas a la intelección, cuando se omite seccionar un texto largo en sus temas o ideas principales; y la ordenación inadecuada y colocación desordenada.

⁴⁰⁰ Bentham, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, México, Senado de la República, Mesa Directiva. LX Legislatura, 2009 (obra original publicada en 1843) p. 55

⁴⁰¹ Ibidem, p. 72

La consideración de todas las anteriores imperfecciones, así como los diversos remedios que Bentham propone, construyen los lineamientos esenciales en torno a los cuales girará la argumentación legislativa, pues al argumentar respecto a la conformación de un proyecto de dictamen, así como en relación con la adherencia o rechazo que se busque por parte del pleno a éste, una parte esencial de la argumentación deberá versar sobre la nomografía, esto es, la forma en la que se está legislando.

Entre los diversos remedios que Bentham desarrolla están todos los recursos tendentes a la cognoscibilidad de la ley, por ello aconseja, dependiendo el caso, limitar los términos, fijar su alcance, seccionar los textos de excesiva prolongación, atender el orden para beneficio de la mayor comprensión de los destinatarios de la norma, extenderse o acotarse siempre en favor de la claridad.

III.4.5.- Carl Schmitt y el parlamentarismo

Schmitt destaca una concepción importante de la argumentación legislativa: el fundamento y resultado de las decisiones tomadas por la representación popular, pues a ellas se llega "por vía de parlamentar, valorando argumentos y contraargumentos, por lo que, en consecuencia, posee un carácter distinto que una orden basada únicamente en la autoridad"⁴⁰².

Con ello, Schmitt no solo indica la esencia y trascendencia de la facultad deliberativa llevada a cabo en cualquier asamblea parlamentaria, es decir, la valoración del fenómeno dialéctico argumentativo, sino también contrapone dicha facultad a lo que sería un imperativo dictatorial o monárquico, en cuyo caso no habría necesidad de razonamiento alguno ni una dialéctica descrita por la persuasión y el convencimiento.

Así, puede inferirse la importancia que reviste el poder legislativo para la toma de decisiones políticas, debiendo resultar éstas del tamiz argumentativo. La oposición aludida, es resumida por Schmitt al distinguir entre la función principal del poder ejecutivo y el legislativo, pues el primero se enfoca en accionar lo ya

⁴⁰² Schmitt, Carl, op. cit., p. 56

valorado en el parlamento, si bien puede ejercer su derecho de veto en el proceso legislativo, mientras que el segundo se enfoca en la deliberación, por ello "la legislación es deliberare, el poder ejecutivo, agere"⁴⁰³. La deliberación, para poder realizarse, requiere de un cuerpo colegiado que posea un pluralidad de posturas.

Schmitt también resalta la importancia de los votos particulares, de gran trascendencia para la argumentación legislativa, pues "las argumentaciones de la minoría obstaculizan los excesos de la mayoría"⁴⁰⁴. La argumentación legislativa ha sido tomada incluso como un pilar fundamental del parlamentarismo, dado que sin ella el parlamentarismo no cumpliría sus principios, pues "el punto de vista del proceso dinámico dialéctico de la discusión puede ser transferido al poder legislativo, pero no al ejecutivo, y sólo la ley general –pero no la orden concreta– puede representar la verdad y la justicia que ha sido lograda a través de la mediación equilibradora y la discusión pública"⁴⁰⁵.

Por último, cabe notar que Schmitt critica al parlamentarismo, pues argumenta que "las grandes decisiones políticas y económicas, de las cuales depende el destino de las personas, ya no son (si es que alguna vez lo han sido) el resultado del equilibrio entre las distintas opiniones en un discurso público, ni el resultado de los debates parlamentarios"⁴⁰⁶. De esta conclusión, se puede inferir que cada vez que el propio congreso vulnere sus principios esenciales de la publicidad y la discusión, se corrompe el equilibrio de poderes. La discusión como principio del parlamentarismo es desarrollada y estudiada por la argumentación legislativa, y por ello en la doctrina en análisis hay una estrecha relación con esta rama, pues de todo ello puede concluirse que al optimizar este principio esencial de la discusión mediante una argumentación legislativa que conduzca a la eficiente función deliberativa del congreso, habrá una irremediable optimización del poder legislativo en general.

⁴⁰³ Ibidem, p. 58

⁴⁰⁴ Idem

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 62

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 64

III.4.6.- Doctrina contemporánea relacionada a la argumentación legislativa

Si bien hay autores contemporáneos que tratan directamente los temas de la argumentación legislativa, dedicando obras que abordan el tema en su totalidad o en su mayoría, o bien, desde las ramas afines dentro de la ciencia de la legislación, como Manuel Atienza, Miguel Ángel Suárez Romero, Cecilia Mora-Donatto o Uriel Pina Reyna, están, asimismo, los tratadistas, cuyos manuales de derecho parlamentario, incorporan directamente el tema de la argumentación legislativa, al abordar, por ejemplo, el estudio sobre la racionalidad de la legislación, aunque abordan el tema como rama de la propia técnica legislativa.

Ejemplo de ello es el autor Marco Antonio Villota Cerna con su obra "La ley y la técnica legislativa en América Latina", cuya hipótesis se centra en que la "crisis de la ley se expresa no solamente en una mayor legislación y en una denominada degradación de ella con cambios o modificaciones incesantes, sino también en los defectos en su construcción y en su elaboración"⁴⁰⁷.

Al estilo de Bentham, esta última obra enuncia primero los vicios que han de ser combatidos por el legislador a la hora de cumplir con su labor. Dichos vicios son reducidos a tres tipos de leyes: las intrusas, "que no guardan homogeneidad en su contenido porque regulan diferentes temáticas"⁴⁰⁸; las vacías, que pueden entenderse como aquellas cuyo contenido se queda en la teoría porque no se pueden materializar o hacer efectivas, pues "presuponen la existencia de una ley, institución o financiación que no se dan"⁴⁰⁹; y, finalmente, las simbólicas o leyes espectáculo, "que no tienen ningún efecto práctico, pues son meramente declarativas o tratan de satisfacer simbólicamente una expectativa ciudadana"⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Villota Cerna, Marco Antonio, et al., *La ley y la técnica legislativa en América Latina*, Lima, Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios, 2015, p. 18

⁴⁰⁸ Idem

⁴⁰⁹ Idem

⁴¹⁰ Idem

Una vez enunciados los defectos legislativos, la obra en estudio procede a manifestar los remedios en favor de preservar la seguridad jurídica mediante la técnica legislativa y la argumentación legislativa. Por ello se citan dentro de esta obra, las máximas para legislar propuestas por el autor Martín Kriele, quien a través de siete reglas condensa las directrices por las cuales todo legislador habrá de orientar su labor, desde evaluar la conveniencia, perjuicio y consecuencias de incorporar una nueva ley al sistema jurídico, hasta instrucciones tan concretas como legislar de manera limitativa con relación a la libertad solo cuando sea muy necesario y solo para favorecer la coexistencia social armónica o la protección de otros derechos fundamentales.

En lo que respecta al autor Diego Monasterio, se habla en su obra de argumentación legislativa directamente, pues se especifican sus ámbitos denominados retórica parlamentaria y oratoria deliberativa, que pueden ser entendidos como ramas o especies del género de la argumentación legislativa.

Este autor entiende por retórica parlamentaria a "la sistematización de la metodología técnica y de los recursos artísticos, cuya finalidad se funda en argumentar, explicitar, defender o refutar los pro y los contra de los motivos que llevan a una decisión antes de adoptarla, en el contexto de un recinto parlamentario"⁴¹¹. Se trata de una rama argumentativa encargada de la deliberación personal que cada legislador habrá de manifestar al congreso respecto a "la razón o sin razón de los votos"⁴¹², buscando el convencimiento de la mayoría requerida, según dicte la ley, para votar en un sentido u otro.

Por otro lado, la oratoria deliberativa, retomada de la teoría aristotélica, "se funda en la interpretación del pasado, el análisis del presente, para la proyección de los tiempos venideros"⁴¹³. Esta rama nutre de hechos a la argumentación legislativa, que podrán sostener la actual postura a defender y señalar un

⁴¹¹ Monsterio, Diego, op. cit., p. 34

⁴¹² Idem

⁴¹³ Idem

pronóstico racionalmente fundamentado, en aras de la conveniencia o perjuicio de tomar una decisión política a través del voto legislativo.

Por su parte, la aportación del autor Enrique Armando Salazar Abaroa, retomando las ideas del autor Miguel Ángel Camposeco Cadena, con respecto al ámbito de la lógica parlamentaria, es directo, dado que indica tanto el contenido como el tipo de argumentación legislativa que habrá de utilizarse en una etapa u otra.

Con relación al contenido de toda argumentación legislativa, este último autor indica que es "un procedimiento de fondo, que tiene que ver con el contenido mismo de la norma jurídica. El legislador, sea quien fuere, debe tener una apreciación propia de la realidad, la idea se convierte paulatinamente en un juicio que se manifiesta como una proposición"⁴¹⁴.

Así, el resultado del fenómeno argumentativo, será un contenido normativo relacionado con la visión que cada legislador aporte, tras una reflexión individual lograda utilizando "el raciocinio lógico para analizar los diversos elementos, de carácter social, político, económico, que concurren en el problema y su solución. Con los resultados de esta operación del intelecto, procede a formular la argumentación y el fundamento necesarios que sustenten y justifiquen el texto de la iniciativa de la ley que corresponda"⁴¹⁵.

Sin un panorama nutrido por el conocimiento social, político, económico, cultural y jurídico que el hecho legible llegue a entrañar, el contenido de la argumentación legislativa será incompleto.

Ahora bien, como implicación de lo anterior y con relación al tipo de argumentación que habrá de ser utilizada en cada fase legislativa, se distingue la

⁴¹⁴ Camposeco Cadena, Miguel Ángel, "Lógica parlamentaria. Propuesta para una teoría", en Salazar Abaroa, Enrique Armando, *Derecho político parlamentario. Principios, valores y fines*, México, Porrúa, 2005, pp. 109-110

⁴¹⁵ Idem

acontecida en la etapa prelegislativa, cuyas "argumentaciones pudieran tener un carácter más moral y político que jurídico"⁴¹⁶, de la acontecida en la etapa legislativa, donde "las argumentaciones técnico-jurídicas son las de mayor importancia"⁴¹⁷.

El autor Gonzalo Santiago Campos comparte este último punto de vista y enuncia cómo se construye cada etapa del esquema legislativo. En la etapa prelegislativa, el legislador habrá de cumplir funciones de investigación, diagnóstico y proyecto, para lo cual se allegará de todo recurso informativo relacionado a la realidad social, política, económica, cultural o jurídica de un hecho legible. En cuanto al diagnóstico, el legislador, teniendo muy claro el hecho legible, pasará a valorar sus posibles soluciones y tenderá a un fin o racionalidad teleológica, según la terminología de Atienza. Finalmente, se elaboran distintos proyectos que muestren una postura o perspectiva de solución para luego elegirse cuál se convertirá en iniciativa de ley, dada "una vez que se ha decidido cual de los proyectos presentados resuelven mejor el problema (social, económico, político, ecológico, jurídico, etc.)"⁴¹⁸.

Entonces, la materia sobre la cuál versará la argumentación de una fase prelegislativa, se conformará por aspectos distintos aunque concurrentes al jurídico, respecto a un hecho legible. La fase legislativa, de acuerdo con los autores Susana Pedroza de la Llave y Jesús Javier Cruz Velázquez, compone la materia argumentativa de dos ámbitos: el primero referente a "las posiciones ideológicas de los partidos políticos y grupos de interés"⁴¹⁹, es decir, el ámbito político. El segundo, el ámbito técnico, "se refiere a las características formales

⁴¹⁶ Ibidem, p. 118

⁴¹⁷ Idem

⁴¹⁸ Santiago Campos, Gonzalo, op. cit., p. 38

⁴¹⁹ Pedroza de la Llave, Susana Thalía y Cruz Velázquez, Jesús Javier, "Introducción a la técnica legislativa en México", en Pedroza de la Llave, Susana Thalía y Carbonell, Miguel (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 40

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)"⁴²⁰.

III.5.- Jurisprudencia referente a la argumentación legislativa

III.5.1.- Concepto y características de la jurisprudencia

El concepto y las características de la jurisprudencia, han sido desarrollados en varias fuentes jurídicas, como lo son la constitución, la ley, la doctrina y la propia jurisprudencia.

La Constitución Federal, señala ciertas características, por ejemplo, el párrafo undécimo de su artículo 94, connota el objeto de la jurisprudencia, esto es, la interpretación de la constitución y las normas generales.

Por su parte, la ley de amparo, profundiza en los tres tipos de jurisprudencia que existen conforme a la forma en que se establece, según su artículo 215, es decir, precedentes obligatorios, reiteración y contradicción de criterios.

Ahora bien, en el caso de la doctrina, es posible vislumbrar conceptos coincidentes en el sentido de aludir a la labor interpretativa del poder judicial, lo cual puede verse en autores como Burgoa, en su obra *El juicio de amparo*, así como, en las obras introductorias al estudio del derecho de Villoro Toranzo, García Máynez y Rojina Villegas. Así, la interpretación se requiere por parte del juzgador al haber una laguna jurídica, es decir, "cuando el texto legal es oscuro, dudoso u omiso, el juzgador deberá precisar el sentido y alcance de la ley, o bien, establecer la norma para resolver conforme a derecho"⁴²¹.

⁴²⁰ Idem

⁴²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, segunda edición, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 162

Con relación al concepto y características que el propio poder judicial aporta mediante distintas tesis respecto a la jurisprudencia, destaca la tesis 145/2000:

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta 'conformación o integración judicial' no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho...tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción"⁴²².

Resulta acertado, asimismo, precisar los tipos de jurisprudencia que existen, según sus efectos, por ello debe señalarse que "puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador"⁴²³.

⁴²² JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. Tesis P./J. 145/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 16

⁴²³ JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES. Tesis IX.1o.71 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1039

La tesis en referencia, además, explica la función de la jurisprudencia de la manera siguiente: "la jurisprudencia tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación"⁴²⁴.

Así, la interpretación de la ley que llevan a cabo los órganos judiciales competentes, se refiere a brindar significado a algún precepto, conforme a la intención legislativa. La jurisprudencia puede reafirmar o complementar alguna disposición jurídica, si existe en ella una laguna imprevista por el poder legislativo.

La fuente jurídica en análisis presupone, por ende, la existencia de los vicios legislativos, implicándose la necesidad de una explicación cuyo resultado sea la unificación de criterios para considerar el sentido normativo a aplicar, así como la integración de los alcances normativos para cada disposición jurídica, pues: "la Suprema Corte y los tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudia aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación"⁴²⁵.

III.5.2.- Jurisprudencia sobre la argumentación legislativa

La jurisprudencia precisa la existencia de una ley para interpretarla, complementarla o reafirmarla y está constreñida a otras fuentes jurídicas como los principios generales del derecho y la constitución. Por ello, no puede violar la división de poderes ni el principio libertad de los legisladores. La violación de este último principio se expresaría en una invasión de competencias de parte del poder judicial al poder legislativo, por lo que una jurisprudencia referente a un tema estrictamente legislativo, sería a primera vista poco viable.

No obstante lo anterior, existe jurisprudencia referente al tema de la motivación legislativa, que se citará a continuación dada su gran relevancia:

⁴²⁴ Idem

⁴²⁵ JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE. Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII, enero de 1991, p. 296

MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Los tribunales constitucionales están llamados a revisar la motivación de ciertos actos y normas provenientes de los Poderes Legislativos. Dicha motivación puede ser de dos tipos: reforzada y ordinaria. La reforzada es una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda en juego, es indispensable que el ente que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso. Tratándose de las reformas legislativas, esta exigencia es desplegada cuando se detecta alguna "categoría sospechosa", es decir, algún acto legislativo en el que se ven involucrados determinados valores constitucionales que eventualmente pueden ponerse en peligro con la implementación de la reforma o adición de que se trate. En estos supuestos se estima que el legislador debió haber llevado un balance cuidadoso entre los elementos que considera como requisitos necesarios para la emisión de una determinada norma o la realización de un acto, y los fines que pretende alcanzar. Además, este tipo de motivación implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La existencia de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía crear y aplicar las normas correspondientes y, consecuentemente, que está justificado que la autoridad haya actuado en el sentido en el que lo hizo; y, b) La justificación sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate. Por otra parte, la motivación ordinaria tiene lugar cuando no se presenta alguna "categoría sospechosa", esto es, cuando el acto o la norma de que se trate no tiene que pasar por una ponderación específica de las circunstancias concretas del caso porque no subyace algún tipo de riesgo de merma de algún derecho fundamental o bien constitucionalmente

análogo. Este tipo de actos, por regla general, ameritan un análisis poco estricto por parte de la Suprema Corte, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador. En efecto, en determinados campos -como el económico, el de la organización administrativa del Estado y, en general, en donde no existe la posibilidad de disminuir o excluir algún derecho fundamental- un control muy estricto llevaría al juzgador constitucional a sustituir la función de los legisladores a quienes corresponde analizar si ese tipo de políticas son las mejores o resultan necesarias. La fuerza normativa de los principios democrático y de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan los Congresos Locales, en el marco de sus atribuciones. Así, si dichas autoridades tienen mayor discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que en esos temas las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. Por el contrario, en los asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Poder Legislativo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto el orden constitucional así lo exige. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.

Controversia constitucional 32/2007. Poder Judicial del Estado de Baja California. 20 de enero de 2009. Once votos en relación con los puntos resolutive de la sentencia respectiva y mayoría de nueve votos en favor del criterio contenido en esta tesis. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos y José Fernando Franco González Salas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Roberto Lara Chagoyán, Israel Flores Rodríguez y Óscar Palomo Carrasco.

El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número 120/2009, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.⁴²⁶

Lo primero a destacar de esta jurisprudencia, es su estrecha relación con la argumentación legislativa, siendo la justificación de los actos legislativos un ámbito sine qua non de la misma, como ya se ha explicado en capítulos anteriores; más aún, tratándose de una motivación legislativa reforzada, es decir, el acto legislativo que pueda tener como consecuencia una posible afectación a los derechos fundamentales o a bienes constitucionalmente tutelados.

Ante ello, la injerencia judicial está limitada a la revisión de las motivaciones legislativas y, como dice la tesis, sin que su análisis sea muy estricto, refiriéndose a evitar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación exceda el poder que le corresponde y cumpla labores propias del proceso legislativo.

La tesis en estudio es clara al establecer las directrices argumentativas que todo legislador habrá de seguir al emitir sus actos legislativos, manteniendo un balance entre los requisitos de emisión de cada acto y los fines que persigue, además de estimar que cada legislador deberá desarrollar cabalmente sus motivaciones, es decir, los antecedentes fácticos del acto, así como la justificación de sus motivos, debiendo ésta ser expresa, objetiva y razonable.

Finalmente, se destaca la conclusión de una clara aunque tenue función de control por parte del poder judicial a la facultad argumentativa del poder legislativo, viéndose la Suprema Corte de Justicia restringida a una revisión poco estricta, cuidando que no se vulneren los principios constitucionales del derecho parlamentario y quedando la mayor incidencia del control, que puede ejercer el poder judicial al legislativo, constreñida al derecho procesal constitucional.

⁴²⁶ MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. Tesis P./J. 120/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1255

III.6.- Argumentación legislativa y la costumbre

III.6.1.- Concepto de costumbre y sus características

La costumbre es una parte integrante del derecho vigente, pues, como explica el autor Eduardo García Máynez, se le llama "orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado, la autoridad política declara obligatorias. El derecho vigente está integrado tanto por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como por los preceptos que formula"⁴²⁷.

La costumbre, enmarcada en un orden jurídico vigente, refleja un contexto particular donde se despliega la fórmula consuetudinaria de la teoría romano-canónica, cuyos elementos son la *inveterata consuetudo* y la *opinio iuris*. El primer elemento está descrito por la repetición constante de un comportamiento. Éste se lleva a cabo por los individuos de una sociedad en un momento histórico determinado. El segundo es un elemento psicológico descrito por una convicción de obligatoriedad con relación a la conducta reiterada.

Esta fórmula implica que para surgir la costumbre, "es indispensable que a una práctica social más o menos constante, se halle unida la convicción de que dicha práctica es obligatoria (*inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis*)"⁴²⁸. De esta fórmula se pueden extraer dos elementos que García Máynez denomina objetivo, es decir "la práctica suficientemente prolongada, de un determinado proceder"⁴²⁹, esto es, los usos (la *inveterata consuetudo*), y el subjetivo, es decir, "la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio"⁴³⁰, o sea, la *opinio iuris*.

⁴²⁷ García Máynez, Eduardo, op. cit., p. 37

⁴²⁸ Ibidem, p. 38

⁴²⁹ Ibidem p. 62

⁴³⁰ Idem

III.6.2.- Niveles de análisis de la costumbre en la argumentación legislativa

La costumbre tiene tres niveles de análisis en lo respectivo a la argumentación legislativa, el primero se refiere al sustento que esta fuente jurídica brinda a los argumentos del legislador para llevar a cabo su función legislativa. El autor César Camacho considera este primer nivel como el paso de las conductas que la sociedad estima obligatorias, sin una norma jurídica que las legitime, a una o varias normas jurídicas.

Al segundo nivel de análisis le concierne las conductas reiteradas consideradas obligatorias dentro del trabajo legislativo, es decir, lo que el autor Eliseo Muro Ruiz denomina costumbre camaral o costumbre parlamentaria.

El tercer nivel de análisis tiene su enfoque en la manera en que un acto legislativo afecta a la costumbre de la sociedad, es decir, la forma en que la emisión de una ley o una reforma cambia tanto las conductas sociales reiteradas, como la noción social de obligatoriedad.

De estos tres niveles, se abordó el primero en el primer capítulo del presente trabajo, al estudiarse las fases legislativas y su contenido argumentativo, con especial énfasis en la etapa prelegislativa. El tercer nivel de análisis será materia del capítulo cuarto, pues hace referencia al estudio de la eficacia, que, por el momento, puede decirse que se relaciona con las repercusiones que los actos legislativos tienen respecto de la sociedad en el cumplimiento o incumplimiento de la norma jurídica por parte de sus destinatarios, desde su inicio de vigencia.

En este subcapítulo se abordará el segundo nivel de análisis, esto es, el conjunto de conductas reiteradas consideradas obligatorias por parte de los legisladores en lo respectivo a su facultad argumentativa, es decir, la relación entre la argumentación legislativa y la costumbre parlamentaria.

III.6.3.- La costumbre camaral y la argumentación legislativa

Para desarrollar este tema cabe destacar un primer ejemplo en que se legitima el camino procedimental que habrá de tomar la argumentación para desarrollarse en sesiones ordenadas que respeten los principios legislativos.

Esto lo constituyen los acuerdos parlamentarios, cuyo fundamento constitucional está en la fracción primera del artículo 77, que las define como resoluciones económicas relativas al régimen interior de cada una de las cámaras. Los acuerdos parlamentarios también se fundamentan en el artículo tercero de la Ley Orgánica del Congreso General, que establece la materia sobre la cual versarán estos acuerdos.

Ahondando en el tema, se dice que "los acuerdos parlamentarios son considerados como normas creadas para regular algún procedimiento, en particular, al interior de cada una de las cámaras. Por medio de dichos acuerdos se permite la colaboración y la convivencia pacífica en el desarrollo de las sesiones"⁴³¹. Si bien los acuerdos pueden tomarse como la legalización de la costumbre procedimental llevada a cabo durante las sesiones del congreso, también debe observarse que representan una expresión de la costumbre, pues "se considera que no existe una regulación precisa de los mismos"⁴³².

Esto parecería contradictorio al estar regulados solo aspectos puntuales de los acuerdos como su objeto y su naturaleza jurídica. Sin embargo, dicha regulación no agota el uso y los límites de los acuerdo y, en consecuencia, "su uso es indiscriminado y no se entiende para qué son en específico y se emplean para cualquier circunstancia y sin tener un objetivo claro y preciso"⁴³³.

Esto implica una práctica reiterada de los acuerdos con noción de obligatoriedad para los trabajos parlamentarios durante las sesiones, sin que puedan contravenir normas de mayor jerarquía. Así, la argumentación legislativa incide en el acuerdo parlamentario, siendo éste el mejor ejemplo de conversión de

⁴³¹ Pedroza De La Llave, Susana Thalía, "Las fuentes formales del derecho parlamentario y su normatividad constitucional en México", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, 2012, número 26, enero-junio de 2012, p. 202

⁴³² Idem

⁴³³ Idem

costumbre interna del congreso en general y de las cámaras en particular, al marco jurídico vigente.

Los acuerdos parlamentarios justifican la existencia de una costumbre durante las sesiones, y requieren de un convencimiento para su aprobación. En primer lugar, identifican la conducta considerada costumbre y argumentan la asociación del hábito parlamentario con los elementos de la costumbre. En segundo lugar, argumentan el beneficio de prohibir o prescribir como obligatoria la conducta, para un orden procedimental más óptimo en las sesiones del congreso.

Otro ejemplo de la relación entre la costumbre parlamentaria y la argumentación legislativa es la facultad deliberativa del poder legislativo, es decir, la discusión. Si bien el desarrollo de ésta y su marco procedimental están regulados en aspectos como su duración, su dinámica, su publicidad, su estructura, sus posibles mociones y su orden, la costumbre parlamentaria se encarga de regular su estilo, su retórica y su contenido.

Así, habrán oratorias cuyo fin sea "persuadir a los congresistas del parlamento sobre la adopción o no de una línea de acción"⁴³⁴, así como aquellas que tengan como fin "legitimar ante la opinión pública aquellas decisiones que fueron acordadas previamente en otras instancias"⁴³⁵. Para uno u otro fin, la argumentación legislativa dirige la manera en que el contenido, estilo y retórica del debate debe sustanciarse para la consecución de tales fines.

La ausencia de regulación vigente para estos temas pretende respetar el principio de libertad de opinión legislativa. La costumbre argumentativa que rige al debate, da como resultado la reiteración de argumentos legislativos considerados en cierta época y lugar oportunos y prudentes, o bien obligatorios. En el caso contrario, se da la reiteración de argumentos considerados imprudentes e

⁴³⁴ Garita Alonso, Arturo, et al., *El debate parlamentario en la cámara de senadores*, México, Senado de la República, 2017, p. 14

⁴³⁵ Idem

inoportunos en una época y lugar que se vuelven oportunos y prudentes por motivo de una crisis social, jurídica, cultural, política o económica.

En este último caso, se expresará la relación entre la costumbre parlamentaria y la argumentación legislativa, al observarse una oratoria cuyo resultado sea el cambio de percepción social, por lo menos al interior del congreso. Así, se da un cambio de ideas vertidas discursivamente, dirigiéndose la noción de obligatoriedad de los legisladores con el desarrollo argumentativo a lo largo del tiempo, lo cual puede comprobarse en el estudio comparativo de los debates legislativos históricos.

III.7.- Argumentación legislativa en los tratados internacionales

III.7.1.- Marco jurídico de los tratados internacionales en México

Según el artículo segundo de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, debe entenderse por tratado al "convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos"⁴³⁶.

Por su parte, el artículo constitucional 133 considera los tratados acordes a la Constitución Federal, como Ley Suprema de toda la Unión en conjunto con la propia constitución y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella.

Además destaca el segundo párrafo de la primer fracción del artículo 76 constitucional, que señala, como facultades exclusivas del senado, la aprobación, terminación, denuncia, suspensión, modificación, enmienda, retiro de reservas y declaraciones interpretativas, de los tratados internacionales.

⁴³⁶ Ley Sobre la Celebración de Tratados, 2023, México

III.7.2.- El control difuso de convencionalidad y la argumentación legislativa

El legislador, en su labor de creación normativa, debe contemplar el control difuso de convencionalidad fundamentado en el artículo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que México forma parte. Dicho convenio entiende el control difuso de convencionalidad como el deber de los estados parte de adoptar las disposiciones de derecho interno a los derechos consagrados en el tratado. Por ello:

"El artículo 2 de la CADH, no solo atiende a la adaptación de la norma, de manera *ad causam*, sino también legislativa, y deja, de forma abierta 'cualquier otro que fueren necesarias', todas con el fin de proteger los derechos. La apertura a un distinto mecanismo o herramienta a utilizar para fortalecer la adecuación de las normas internas a las normas internacionales (aunque ambas forman parte de un 'constitucionalismo internacional de los derechos humanos') permite a los Estados, crear e implementar, a su modo, historia, cosmovisión y cultura aquellos mecanismos que le permitan adaptarse a los criterios, ampliaciones, maximizaciones o potenciaciones de los derechos, con miras antropocéntricas"⁴³⁷ .

Así, la argumentación legislativa tiene como fuente y fundamento directo la referencia convencional citada en lo que respecta a la armonización del derecho interno con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, respetándose el modo en que el Estado asume la protección de los derechos fundamentales que se comprometió internacionalmente a proteger.

III.7.3.- El bloque de convencionalidad y la argumentación legislativa

El poder legislativo debe dirigir su argumentación a través de un bloque de convencionalidad, entendido como el cumplimiento de no solo los tratados de

⁴³⁷ Bustillo Marín, Roselia, *El control de convencionalidad en derecho electoral. Los principios rectores para su efectiva aplicación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, p. 14

derechos humanos de los que México sea parte, sino también de las resoluciones de los organismos internacionales, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Respecto a este bloque de convencionalidad, el autor Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que:

"si bien la doctrina de la Corte Interamericana limita el ámbito de control a la CADH, lo cierto es que atendiendo al corpus iuris interamericano, debe extenderse a sus protocolos adicionales (y en ciertos casos a otros instrumentos internacionales), de conformidad al reconocimiento de cada Estado y de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana; asimismo, debe también extenderse a la jurisprudencia de dicho tribunal regional (que en estricto rigor no sólo se configura con los casos contenciosos, sino también con las opiniones consultivas y con criterios derivados de las medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento de las sentencias, donde se interprete la normatividad convencional)"⁴³⁸.

Esto implica que la argumentación legislativa habrá de encaminarse no solo a la práctica del control difuso legislativo de convencionalidad, es decir, la armonización del derecho interno con respecto a los tratados internacionales, sino también considerar el control concentrado de convencionalidad, que "obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana"⁴³⁹.

Estos parámetros de convencionalidad que el poder legislativo ha de ajustar a su argumentación están fundamentados en el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece el cumplimiento de la misma por

⁴³⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Valadez, Diego y Fix-Zamudio, Héctor (coords.), *Formación y perspectivas del estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 186-187

⁴³⁹ Ibidem, p. 173

parte del gobierno nacional en las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, así como el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Tratados, que obliga al Estado Mexicano al cumplimiento de sus tratados.

Para aclarar los ámbitos del Estado que quedan regulados por este bloque de convencionalidad, Ferrer Mac-Gregor afirma que el "derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido"⁴⁴⁰.

III.7.4.- El control concentrado de convencionalidad y la argumentación legislativa en un caso práctico

Un ejemplo destacable de control concentrado de convencionalidad con relación al poder legislativo mexicano es el caso de Rosendo Radilla Pacheco. Ante este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece, como una de las reparaciones que el Estado Mexicano debe hacer, la de "adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas"⁴⁴¹.

También, con relación a una labor legislativa, se establece la obligación del Estado Mexicano de "compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre

⁴⁴⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 9, no. 2, 2011, pp. 531-622, p. 590

⁴⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ficha Técnica: Radilla Pacheco Vs. México*, México, https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=360 (Consultado en julio de 2023)

Derechos Humanos"⁴⁴². Con este ejemplo y con el marco jurídico convencional anteriormente desarrollado, queda demostrado que la argumentación legislativa debe contemplar no solo el bloque de constitucionalidad respecto a la labor legislativa, sino también un bloque de convencionalidad en que los legisladores armonicen sus argumentos en todo producto parlamentario hacia la conformidad los tratados internacionales y sus protocolos, así como de las resoluciones e interpretaciones emitidas por la jurisdicción de los organismos internacionales.

⁴⁴² Idem

Capítulo IV: Aplicación de la argumentación legislativa en el Congreso de la Unión para dar eficacia a las leyes

IV.1.- Relación de la eficacia jurídica y la eficiente argumentación legislativa

IV.1.1.- Concepto y características de la eficacia jurídica

El autor Miguel Ángel Suárez Romero menciona que la eficacia es el "efectivo cumplimiento de la norma por parte de sus destinatarios, de tal manera que es una cuestión de hecho más que de Derecho"⁴⁴³. Conforme a esta definición, la eficacia es el trasfondo de realidad del que está dotada la norma jurídica, pues cada precepto del ordenamiento legal se creó para llevarse a cabo. Por ende, la eficacia jurídica debe entenderse como el culmen de la exposición de motivos desarrollada por el legislador.

No obstante, puede surgir la confusión cuando una norma dotada de formalidad jurídica, no tenga dicho trasfondo de realidad o viceversa. Al respecto, Suárez Romero comenta que "puede darse el caso de que una norma plenamente válida –y a la vez vigente– sea ineficaz por ser incumplida; o bien, aquel otro en el que una norma que ha sido derogada por otra, sin embargo, sigue siendo eficaz porque sus destinatarios continúan comportándose en el sentido prescrito por la ley anterior"⁴⁴⁴. Por ello es tan importante asociar a la legislación el concepto de eficacia, pues una mejora en la argumentación legislativa tenderá a aumentar la eficacia de la ley.

Conseguir la eficacia jurídica implica comprender a fondo la realidad social, política y jurídica del contexto que se esté legislando, por ello Suárez Romero destaca que para que se de la eficacia en el sistema jurídico, "es necesario que en los procesos legislativos se correlacionen tres sistemas sociales que son el Derecho, la política y el sistema social, para que cada uno de ellos se autorregule

⁴⁴³ Suárez Romero, Miguel Ángel, op. cit., p. 171.

⁴⁴⁴ Idem

con la fusión de elementos de su propio sistema y de los otros dos, produciendo el equilibrio deseado"⁴⁴⁵. Así, se destaca la importancia de que el legislador, a través de su labor de producción normativa, se allegue de las condiciones sociales y políticas presentes en su territorio. Aquéllas constituyen el trasfondo de realidad a legislar y por ello forman la esencia de la norma, lo cual da pie a la eficacia jurídica, sin perder armonía con el resto del ordenamiento.

La eficacia jurídica es tan importante que ha sido considerada como uno de los presupuestos para conformar la base de una teoría jurídica. Al respecto, el autor Norberto Bobbio, en su obra *Teoría general del derecho*, entiende a la eficacia como un criterio para evaluar la norma, comentando que "si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y si éstas son independientes entre sí... Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica"⁴⁴⁶.

IV.1.2.- Justicia

El autor Norberto Bobbio, parte analizando, en su teoría, el deber ser, es decir, la justicia, y explica que "el problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real... Plantear el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema deontológico del derecho"⁴⁴⁷.

Podría decirse entonces que el concepto de la justicia se adscribe a una postura iusnaturalista, dada su pertenencia al mundo de lo ideal, así como a lo axiológico. No obstante, Bobbio desacredita esto argumentando que:

⁴⁴⁵ Ibidem, p.177

⁴⁴⁶ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, segunda edición, trad. de Jorge Guerrero R., Bogotá, Temis, 2002 (obra original publicada en 1958), p. 20

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 21

Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia o injusticia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta o no para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado.⁴⁴⁸

Por ende, la justicia es un criterio que puede aceptarse y emplearse tanto en el *iusnaturalismo* y como en el *iuspositivismo*. Con relación a la postura del realismo, se tendrá a la eficacia como criterio dominante, sin negar la existencia de la justicia y la vigencia.

IV.1.3.- Validez

La validez busca comprobar la pertenencia de una regla al sistema jurídico, por cumplir aquélla con los requisitos para adquirir la categoría de norma jurídica. Para ello, deberá precisarse la legitimidad del precepto, así como su compatibilidad con relación al sistema del que se presume parte integrante, es decir, que haya sido producto del proceso legislativo establecido en la constitución y que dicho proceso se haya realizado por la autoridad competente.

Además, la entrada en vigor de la regla no debe incurrir en discordias respecto a los ordenamientos vigentes, salvo que la disposición en análisis implique fines justamente derogatorios hacia ordenamientos de menor jerarquía, pues para el caso mexicano, atendiendo a los principios generales de jerarquía normativa derivados del artículo 133 de la Constitución Mexicana, lo contrario sería inviable. Así, la validez "es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no"⁴⁴⁹. Por ende, la validez entraña un movimiento desde lo deontológico, descrito por el problema

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 20

⁴⁴⁹ Idem

de justicia en el derecho, es decir, el deber ser, hasta el universo del ser, constituyendo el "problema ontológico del derecho"⁴⁵⁰.

Se debe asociar, asimismo, al concepto de validez, el conjunto de acontecimientos que motivaron la incorporación de la norma al sistema jurídico, pues la validez está conformada no solo por la formalidad de la norma jurídica en cuanto a su pertenencia al resto del ordenamiento, sino por todo el proceso que implicó dicha integración, es decir, desde la etapa prelegislativa en que se buscaba descartar la creación de una ley para solucionar un hecho legible, hasta la etapa legislativa con la aprobación entrada en vigor de la norma jurídica.

En relación con el alcance de la validez, Hans Kelsen menciona que "la existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas"⁴⁵¹.

IV.1.4.- Eficacia

La eficacia es un criterio cuya referencia inmediata se encuentra en la realidad social, pues con él puede evaluarse el desenvolvimiento de la norma en la sociedad, atendiendo, en primer lugar, a la posibilidad de su cumplimiento; en segundo lugar, a los porcentajes y constancia de cumplimiento e incumplimiento dados por la interacción de la norma jurídica con sus destinatarios; y, en tercer lugar, al efectivo ejercicio de los medios coactivos legitimados por la norma ante el caso de su desobediencia. Por ello, se menciona que "el problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a

⁴⁵⁰ Idem

⁴⁵¹ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve y Napoleón Cabrera, México, Durad, 1963 (obra original publicada en 1934) p. 25.

quienes se dirige y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto"⁴⁵².

El último paso en el movimiento epistemológico que se ha desentrañado desde la justicia y la validez, es decir, lo deontológico y lo ontológico, sería "el problema fenomenológico del derecho"⁴⁵³, dentro del cual se llegaría a la faceta estrictamente empírica de la norma jurídica. Las situaciones que la norma suscita en la realidad nutren a todo el sistema jurídico, extendiéndose el análisis legislativo a diferentes supuestos.

Para el caso de existir eficacia jurídica pero no validez normativa, el autor Suárez Romero señala dos hipótesis: "puede darse el caso de que una norma plenamente válida –y a la vez vigente– sea ineficaz por ser incumplida; o bien, aquel otro en el que una norma que ha sido derogada por otra, sin embargo, sigue siendo eficaz porque sus destinatarios continúan comportándose en el sentido prescrito por la ley anterior"⁴⁵⁴.

La primera hipótesis puede resumirse en lo que se conoce como letra muerta, pues se trata de una norma jurídica válida que no se lleva a cabo por los destinatarios de ésta y cuyos mecanismos de coerción no se ejercen por la autoridad como consecuencia de su incumplimiento; o bien, se incumple aunque la autoridad ejerza los medios coactivos legitimados por la norma jurídica.

La segunda hipótesis del autor Suárez Romero, se refiere a que una norma jurídica que solía ser cumplida ha perdido su validez para llegar a ser considerada parte del ordenamiento jurídico y el proceso legislativo dio entrada en vigor a una nueva regla para llevar a cabo el asunto que regulaba la norma ahora derogada.

Por lo tanto, ante las hipótesis de la eficacia frente a la invalidez y de la ineficacia frente a la validez, Bobbio concluye que sus criterios valorativos son

⁴⁵² Ibidem, p. 22

⁴⁵³ Idem

⁴⁵⁴ Suárez Romero, Miguel Ángel, op. cit., p. 171

independientes entre sí: "la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez"⁴⁵⁵.

IV.1.5.- Relación entre la justicia, la validez y la eficacia

A pesar de la independencia entre los criterios valorativos de Bobbio, existe una relación entre ellos. Cada criterio corresponde al objeto de estudio de una rama jurídica distinta pero el movimiento epistemológico de los tres (de lo deontológico a lo ontológico y de éste a lo fenomenológico), deriva de una disciplina común, que es la filosofía.

Si se relacionan la filosofía y el derecho surge la filosofía del derecho, rama equivalente al criterio de la justicia y a la función epistemológica de la deontología. La justicia suele adscribirse al iusnaturalismo por su concepción jurídica ideal. La teoría general del derecho se relaciona con el criterio de la validez, al cual se suele adscribir el iuspositivismo por su concepción jurídica formal. Además, este criterio es equivalente a la función epistemológica de la ontología. La sociología jurídica se relaciona con el criterio de la eficacia, al cual se suele adscribir el iusrealismo, dada su concepción jurídica real y es equivalente a la función epistemológica de la fenomenología.

Estas relaciones conforman perspectivas para vislumbrar con mayor integridad la realidad jurídica. Por lo tanto, cada una desentraña una dimensión de la jurídico de manera aislada pero en su conjunto constituyen la realidad jurídica.

IV.1.6.- El realismo jurídico

La postura del realismo jurídico, asociada a la eficacia, replantea la definición del derecho, pues no lo observa desde el deber ser, sino "como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un conjunto de normas efectivamente aplicadas en determinada

⁴⁵⁵ Bobbio, Norberto, op. cit., p. 22

sociedad".⁴⁵⁶ Por ello, la eficacia tenderá a valorar el derecho como el sistema que está rigiendo el mundo real, es decir, el derecho efectivamente aplicado.

El realismo jurídico tiene su enfoque en el "conflicto entre el derecho impuesto y el efectivamente aplicado, considerando sólo este último como el derecho concreto"⁴⁵⁷. Esta corriente se desarrolló mediante distintas generaciones, como la escuela histórica, el movimiento del derecho libre y la escuela realista.

El realismo jurídico dio la mayor relevancia a fuentes jurídicas consideradas primordiales como la costumbre y la jurisprudencia, por encima de la ley, llegando a postular, dentro de consideraciones radicales como las de la escuela realista, la inexistencia de un derecho objetivo, "es decir, objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales"⁴⁵⁸.

IV.1.7.- Eficacia sin validez y validez sin eficacia

La costumbre debe ser reconocida por la autoridad para formar parte del orden jurídico vigente. Si no cuenta con dicho reconocimiento, podrá ser muy clara su eficacia pero no su validez, en cuyo caso la sociedad estaría realizando un hábito no prescrito en el sistema jurídico. Este tipo de conductas no contravienen ningún precepto del sistema normativo, pues si así fuera se hablaría de un comportamiento ya previsto por la norma jurídica.

También está la hipótesis de que la conducta reiterada sí implique una contradicción a la ley, es decir, una desobediencia directa a ésta y cuya respectiva coercitividad, actualizada por su desobediencia, no esté siendo ejercida por la autoridad. La cuestión de la validez, por consiguiente, giraría en torno a encontrar si efectivamente se está dando el reconocimiento de la autoridad.

⁴⁵⁶ Ibidem, pp. 33-34

⁴⁵⁷ Idem

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 36

Una posible solución a este problema conceptual propone asociar la costumbre con el concepto de "fuente de conocimiento del derecho"⁴⁵⁹ empleado en la terminología de Bobbio, quien distingue dichas fuentes de las "fuentes de calificación del derecho"⁴⁶⁰. Las primeras se refieren a un sistema normativo eficaz o aplicado en la realidad social, las segundas, a un sistema normativo válido o reconocido como legal por la autoridad legitimada para ello.

Como ejemplo, está la otra faceta del realismo, es decir la mayor relevancia otorgada a la fuente jurisprudencial, cuya labor jurisdiccional bebe del concepto de "derecho viviente o en formación"⁴⁶¹, entendido como "una serie de hechos de los cuales el juez saca el conocimiento de las aspiraciones jurídicas que se van formando en la sociedad"⁴⁶². Este derecho en formación refleja los valores e ideales de la sociedad, que han de ser estudiados y analizados para luego ser aceptados y reconocidos por autoridades como el legislador o el juez

El trabajo legislativo y jurisdiccional constituye la fuente de calificación del derecho en un proceso para adherir al ordenamiento jurídico el valor social, perseguido y defendido. Así, la costumbre, posicionada como fuente de conocimiento del derecho, estaría, con el tiempo, siendo estudiada por las autoridades competentes, fuentes de calificación del derecho, para agregarse, después, al sistema jurídico mediante los procedimientos constitucionales.

Por su parte, García Máynez resuelve el problema en referencia, centrándose en cómo se da la aceptación de la norma por parte de la autoridad, es decir, distinguiendo entre aceptación "expresa o tácita; la primera aparece en los textos legales, como ocurre con algunos preceptos de nuestro derecho;

⁴⁵⁹ Bobbio, Norberto, op. cit., p. 38

⁴⁶⁰ Idem

⁴⁶¹ Idem

⁴⁶² Idem

prodúcese la segunda cuando los tribunales aplican la regla consuetudinaria a la solución de las controversias de que conocen"⁴⁶³.

Con relación al fenómeno de la disparidad entre la validez y la eficacia, la terminología del autor García Máynez, propone distinguir entre lo que se debe entender como vigente y lo que se debe entender como positivo. Al respecto, dicho jurista, comenta que "la vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él"⁴⁶⁴.

La vigencia puede entenderse como la consumación del procedimiento legislativo. Se deberá señalar la entrada en vigor de la norma jurídica para que inicie su aplicación formal. Esta indicación, por parte de la autoridad, lleva implícito el reconocimiento formal del Estado, es decir, la validez de la norma jurídica.

La positividad, puede entenderse como "un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente" ⁴⁶⁵ . Desde la interpretación del presente trabajo, en virtud de asociarse a la positividad conceptos como el de observancia y hecho, y excluirse la necesidad de una vigencia, se equipara positividad a eficacia. Al ser una cuestión más de hecho que de derecho, se hace referencia al efectivo cumplimiento de la norma en la realidad, sea o no reconocida por el estado como elemento de su sistema jurídico.

El ideal que se busca, desde que una norma jurídica es concebida, es la armonía entre la validez y la eficacia, la vigencia y la positividad, aunados al criterio de justicia. Por ello no deben entenderse como conceptos enemistados ni contradictorios entre sí, sino solo como independientes por la posibilidad de existir cada uno por separado, en determinado régimen jurídico, sin que para ello requieran la existencia de los demás. Esto, con la salvedad de la hipótesis referente a la totalidad del sistema jurídico, donde "un ordenamiento que en

⁴⁶³ García Máynez, Eduardo, op. cit., p. 38

⁴⁶⁴ Idem

⁴⁶⁵ Idem

ningún caso fuese obedecido ni aplicado no estaría en realidad dotado de vigencia. Pues ésta supone, por definición, la existencia del poder político"⁴⁶⁶.

García Máynez concluye que "la costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho positivo, pero carece de validez formal. Y a la inversa: las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, mas no siempre son acatadas. La circunstancia de que una ley no sea obedecida, no quita a ésta su vigencia. Desde el punto de vista formal, el precepto que no se cumple sigue en vigor mientras otra ley no lo derogue"⁴⁶⁷.

La justicia, la validez y la eficacia son criterios independientes mas no contradictorios, ni tampoco excluyentes. La norma jurídica aislada, cuyo contenido no sea acatado en ningún caso ya sea por la autoridad, por sus destinatarios o por ambos, no pierde su validez, ya que, con base en los principios enunciados en los artículos noveno y décimo del Código Civil Federal mexicano, "la legislación mexicana rechaza, pues, de modo expreso, la llamada costumbre derogatoria"⁴⁶⁸. En términos fenomenológicos, pasa lo mismo al hablar de eficacia, pues la entrada en vigor de una norma no necesariamente anula un hábito social arraigado.

IV.1.8.- La eficacia y la validez según Robert Alexy

Robert Alexy, en su obra *El concepto y la validez del derecho*, considera a la eficacia como un caso específico de validez pues precisa que la validez no se constriñe solo a lo jurídico, sino que abarca dimensiones como la social, la ética y la estrictamente jurídica. El concepto social de validez gira en torno a los criterios de "la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia"⁴⁶⁹, así como "el ejercicio de la coacción física, es decir, de la coacción estatalmente

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 39

⁴⁶⁷ Idem

⁴⁶⁸ Idem

⁴⁶⁹ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Segunda edición, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004 (obra original publicada en 1992), p. 88

organizada en los sistemas jurídicos desarrollados"⁴⁷⁰, cuya existencia se marida con la sanción por incumplimiento de una norma. Lo que ha sido entendido como eficacia hasta ahora, Alexy lo empleará como un caso particular de validez, es decir, la validez en su concepción social.

Respecto al concepto ético de validez, se podrá asociar el criterio de la justicia aludido por Bobbio, así como el término de Derecho intrínsecamente valioso⁴⁷¹ utilizado por el autor García Máñez, quien lo entiende como el conjunto de "normas o principios jurídicos ideales"⁴⁷², así como los "criterios axiológicos para el enjuiciamiento de la ley o la costumbre"⁴⁷³. Esta terminología se asocia con la concepción ética de validez de Alexy, pues se trata de un concepto basado "exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral"⁴⁷⁴.

Alexy deja para el último la concepción estrictamente jurídica de validez, pues se deben entender la validez ética y la social, para comprender la validez jurídica. Dado que la validez jurídica puede entenderse como la armonía entre una norma y la totalidad del ordenamiento jurídico al cual pretende pertenecer, "vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior"⁴⁷⁵.

Alexy ahondará planteando un problema interno, resultante "del hecho de que la definición de la validez jurídica presupone ya la validez jurídica y, en este sentido, parece ser circular"⁴⁷⁶. El ordenamiento jurídico deberá ser validado en su totalidad conforme a una norma fundamental cuyo contenido sea el parámetro

⁴⁷⁰ Idem

⁴⁷¹ García Máñez, Eduardo, op. cit., p. 44

⁴⁷² Ibidem, p. 46

⁴⁷³ Idem

⁴⁷⁴ Alexy, Robert, op. cit., p. 88

⁴⁷⁵ Ibidem, p. 89

⁴⁷⁶ Idem

para invalidar o legitimar una regla, pues si algo no debe ultrajarse bajo ninguna circunstancia, por considerarse la norma de mayor jerarquía en todo el sistema jurídico, es la constitución. El problema de la circularidad, en este caso, se observa al concluirse que el ordenamiento jurídico se valida a sí mismo. Esto plantea la incógnita sobre qué validará a la norma fundamental.

Ante ello, Alexy plantea tres tareas que la norma fundamental deberá resolver: en primer lugar, una "transformación de categorías"⁴⁷⁷, es decir, que la constitución funja como el instrumento cuya labor sea "posibilitar el paso de un ser al un deber ser"⁴⁷⁸, de modo que "al interpretar a determinados hechos como hechos creadores de derecho, se realiza el paso al reino del derecho"⁴⁷⁹. En segundo lugar, y para que se de esta interpretación de hechos, deberá darse la "determinación de criterios"⁴⁸⁰, es decir, la interpretación de "cuáles hechos deben ser considerados como creadores de derecho. Al hacerlo, establece los criterios de lo que es derecho"⁴⁸¹. Y en tercer lugar, la tarea de brindar unidad a todo el sistema jurídico, pues según Kelsen, "el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma "⁴⁸².

IV.1.9.- Posturas referentes a la circularidad de la validez jurídica

Así, la constitución representa la norma bajo la cual se unifica todo ordenamiento jurídico de un sistema y sobre la cual no podría haber otra que le brindara validez, pues de lo contrario se volvería un proceso de validación infinito. Por ello, Kelsen denomina a la norma fundamental en su terminología como la norma fundante básica, argumentando que es: la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 106

⁴⁷⁸ Idem

⁴⁷⁹ Idem

⁴⁸⁰ Idem

⁴⁸¹ Idem

⁴⁸² Kelsen, Hans, op. cit., p. 201

fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden".⁴⁸³ Esto se ejemplifica en el artículo constitucional 133 para el caso mexicano, que considera la constitución Ley Suprema de toda la Unión, de la cual emanan las leyes del Congreso de la Unión y ante la cual deben armonizarse los tratados.

No obstante esta respuesta, aún se podría seguir cuestionando respecto al origen del contenido constitucional, desde un punto de vista naturalista, para lo cual destaca la postura kantiana, cuya óptica comprende a la norma fundamental como una ley natural previa a una organización legislativa establecida por un poder constituyente, y a la cual puede llegarse mediante la razón: "Se trata pues de una fundamentación iusracional o iusnatural de la validez del derecho positivo. Una fundamentación de este tipo conduce justamente a lo opuesto del carácter moralmente indiferente que tiene el derecho en Kelsen. Conduce al deber moral de la obediencia del derecho"⁴⁸⁴.

Los anteriores puntos de vista antagónicos, es decir, un positivismo kelseniano frente a un naturalismo kantiano, fungen como soluciones posibles al problema interno de la validez estrictamente jurídica aludido por Alexy.

IV.1.10.- Las colisiones entre las concepciones de validez

El problema externo de la concepción jurídica de validez "consiste en la determinación de la relación del concepto jurídico de validez con los otros dos conceptos de validez"⁴⁸⁵. Dicho problema, plantea la situación de colisión entre una concepción de validez y otra.

Por ejemplo, en el caso de las concepciones social y jurídica de validez, Alexy plantea el caso de la ineficacia de una norma aislada que es formalmente válida. Dicho autor ahonda en el porqué de la inviabilidad de todo un sistema normativo ineficaz pero formalmente válido, explicando que en dado caso entrarían "en competencia dos sistemas de normas recíprocamente incompatibles.

⁴⁸³ Ibidem, p. 202

⁴⁸⁴ Alexy, Robert, op. cit., p. 116

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 89

Esta situación puede presentarse, por ejemplo, en caso de una revolución, de una guerra civil o de una cesesión"⁴⁸⁶.

En cualquiera de estas hipótesis podrían surgir tres posibilidades derivadas de la colisión entre sistemas opuestos, "la primera es que no valga como sistema de normas ninguno de los dos sistemas de normas porque ninguno de ellos es, en general, socialmente eficaz"⁴⁸⁷. En este supuesto, la sociedad no se regía por su ordenamiento legal original pero tampoco aceptará regirse por el recientemente impuesto, a raíz, por ejemplo, de una conquista bélica.

"La segunda posibilidad consiste en que ya vale el sistema de normas que al final triunfa aunque todavía nadie sepa cuál de los dos será"⁴⁸⁸. Aquí se refleja el caso en que la sociedad se rige, eficazmente, por un derecho ajeno al de su sistema pero que coincide con otro con el que existe un actual enfrentamiento.

"La tercera posibilidad es que el viejo sistema de normas, a pesar de que ya no es en general eficaz, vale hasta que se haya impuesto el nuevo sistema de normas, es decir, que en general es eficaz"⁴⁸⁹. En este caso, la validez se encuentra apuntando a una realidad social distinta y, por ello, requiere una formalidad para cambiar su dirección errónea a la realidad social actual, o bien, un acontecimiento que anule el antiguo sistema, por ejemplo una revolución.

Alexy adscribe el estudio de estas posibilidades a una disciplina denominada la "teoría del cambio del sistema jurídico"⁴⁹⁰. Fuera de este campo de estudio, Alexy considera que ante las normas aisladas ineficaces pero

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 90

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 91

⁴⁸⁸ Idem

⁴⁸⁹ Idem

⁴⁹⁰ Idem

jurídicamente válidas la solución se da con la propia derogación que define como "la pérdida de la validez jurídica de una norma debido a la caída de su eficacia"⁴⁹¹.

Todo ordenamiento debe tener "un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia"⁴⁹². Para lograr este mínimo se requiere el criterio del legislador, cuya labor prelegislativa consistirá, entre sus más importantes tareas, en el estudio de esta probabilidad de eficacia, y, en fases poslegislativas, en la verificación continua del cumplimiento de este mínimo de eficacia.

Respecto a la colisión entre las concepciones jurídica y ética de validez, Alexy establece que la validez social tiene mayor importancia para que se conserve la validez jurídica, que la ética, pues "un sistema jurídico que, en general, no es socialmente eficaz se derrumba como sistema jurídico. En cambio, un sistema jurídico puede conservar su existencia como tal a pesar de que, en general, no sea justificable moralmente. Sólo se derrumba, si a causa de su extrema injusticia, hay que negarle el carácter jurídico"⁴⁹³.

Esto plantea la necesidad de apelar a lo considerado moralmente aceptado por una sociedad de un tiempo y lugar determinados, concepto que Alexy denomina "corrección material"⁴⁹⁴ y que explica la necesidad de que una norma aislada contenga en su esencia un "mínimo de justificabilidad moral"⁴⁹⁵ para no considerarse como candidata a derogación por el propio sistema.

Además, la inmoralidad reflejada en la totalidad de un sistema jurídico no plantearía su inmediata pérdida de validez jurídica por la inviabilidad que sí presupone el caso de hallarse socialmente ineficaz, no obstante sería la motivación principal de una sociedad para llevar a cabo una revuelta o hasta una revolución. En este supuesto, donde el sistema es jurídicamente válido,

⁴⁹¹ Ibidem, p. 92

⁴⁹² Idem

⁴⁹³ Ibidem, p. 93

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 94

⁴⁹⁵ Idem

socialmente eficaz pero moralmente incorrecto, la autoridad estaría haciendo efectiva la coerción que el régimen normativo implique tras su incumplimiento, pues el actuar de la autoridad, ya sea moral o inmoral, se legitimaría por la ley.

Aquí, la percepción social del sistema movería a la sociedad a una fase inicial de transición, dividiéndola en bandos ideológicos, es decir, los que defiendan el sistema actual y los que busquen su destitución. Este último, plantearía el posible derrocamiento de la autoridad que hace valer la coerción legitimada y, en algunos casos, el del bando ideológico adversario. Sin embargo, hasta que no llegue el triunfo real del bando a favor de la destitución del sistema, no se verá reflejada la pérdida de validez jurídica en el sistema.

IV.1.11.- La validez jurídica según Herbert Lionel Adolphus Hart

Según Hart, para que exista la validez, deben de cumplirse una serie de requerimientos relacionados a los destinatarios de la norma jurídica, así como a los propios operadores jurisdiccionales, quienes, en conjunto fungen como perpetradores del sistema jurídico.

Los operadores jurisdiccionales representan la fuente de calificación del derecho, siendo uno de los enlaces más importantes entre el ordenamiento jurídico y la realidad social. Son la autoridad cuyo criterio decisivo se encaminará con base en lo jurídicamente vigente o formalmente válido, para su posterior aplicación en la realidad, y con ello su eficacia.

Para entender este fenómeno, Hart propone el concepto de reglas de reconocimiento, con el cual se estudia la psique jurisdiccional con relación a la toma de decisiones judiciales, pues al llevar a cabo esta operación, "el juez presupone, pero no expresa, la eficacia general del sistema"⁴⁹⁶. Así, el juez manifiesta implícitamente su aceptación y su identificación con el sistema jurídico bajo el cual realizará su labor. Esto dará validez a todo el sistema, ya que el enunciado del juez respecto a "que una regla es válida es un enunciado interno

⁴⁹⁶ Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 131

que reconoce que la regla satisface los requisitos para identificar lo que será considerado como derecho en su tribunal" ⁴⁹⁷ . Sin este reconocimiento o consideración *a priori*, por parte del operador jurisdiccional, de que el sistema bajo el cual sustenta sus decisiones ya fue validado y cuenta con eficacia, no podría llevar a cabo sus labores, pues para decidir requiere un orden normativo que sustente sus razonamientos y con ello sus resoluciones.

Hart asocia el concepto de regla de reconocimiento con la identificación de una disposición jurídica como derecho, pues se trata de una norma "efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema. Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general"⁴⁹⁸.

Entonces, la regla de reconocimiento de Hart, sería criterio último para determinar la concepción estrictamente jurídica de validez planteada por Alexy, pues se manifiesta como un fundamento universal en que "para que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta" ⁴⁹⁹ , hecho que aplicado a la totalidad del sistema jurídico, tendería a darle su coherencia y uniformidad.

Para Hart, las reglas de reconocimiento se posicionan como "la aceptación de criterios de validez jurídica comunes"⁵⁰⁰, los cuales proporcionan el fundamento de todo el sistema jurídico y brindan la primera de dos condiciones de existencia del sistema jurídico: la necesidad de que los particulares acepten "estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta"⁵⁰¹ de modo que prevalezca una

⁴⁹⁷ Idem

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 135

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 144

⁵⁰⁰ Idem

⁵⁰¹ Ibidem, p. 145

obediencia general por los destinatarios de la norma. Como segunda condición de existencia de un sistema jurídico, está la efectiva aceptación por parte de los funcionarios del sistema con respecto a las reglas de reconocimiento. Así, Hart extrapola sus reglas de reconocimiento no solo a los criterios para decidir de los operadores jurisdiccionales, sino a la raíz de obediencia general verificada en la sociedad, maridando los conceptos de validez y eficacia.

IV.1.12.- La relación entre la eficiente argumentación legislativa y la eficacia jurídica

Se propone definir la eficiencia argumentativa como el uso óptimo de medios tanto racionales como retóricos para el convencimiento y la persuasión de las diversas posturas legislativas hacia una en común, cuya prioridad sea el bienestar social general y con ello, la legitimidad de la opinión pública.

Dicho convencimiento habrá de trascender la sesión legislativa y llegar, mediante el principio parlamentario de la publicidad, a la conciencia colectiva, entendida, desde la terminología de Émile Durkheim, como "el conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad... es independiente de las condiciones particulares en que los individuos se encuentran colocados; ellos pasan y ella permanece... no cambia con cada generación sino que, por el contrario, liga unas con otras las generaciones sucesivas"⁵⁰².

La eficiente argumentación legislativa es el puente que une el trabajo parlamentario de creación normativa con la conciencia colectiva, toda vez que los argumentos del legislador tengan como fin trascender hacia las creencias y sentimientos de los miembros de la sociedad, donde ha de acontecer el verdadero convencimiento para lograr la realización normativa a la realidad de sus destinatarios, es decir, su eficacia.

⁵⁰² Durkheim, Émile, *La división del trabajo social*, sexta edición, trad. de Carlos G. Posada, México, Colofón, 2007 (obra original publicada en 1893), p. 89

La relación que entraña la eficiente argumentación legislativa con la eficacia de las leyes, describe tres movimientos: el primero se refiere al uso óptimo de medios retóricos y racionales para causar convencimiento y legitimidad pública ante una postura en el recinto parlamentario; el segundo sucede al manifestarse la trascendencia de la eficiencia argumentativa en la conciencia colectiva, lográndose la persuasión y el convencimiento de ésta en lo que al bienestar social se refiere; y, el tercero se verifica en la realidad social de la norma (eficacia). Entonces, la relación entre una eficiente argumentación legislativa y la eficacia jurídica está descrita por la trascendencia argumentativa a la conciencia colectiva.

Estos movimientos acontecen en distintos órdenes, pues la eficacia, verificada en la costumbre pero aún no formalizada legislativamente, puede ser el detonante de una eficiente argumentación encaminada a la validez jurídica o prohibición de dicha costumbre y, con tal prohibición, el establecimiento de medios coactivos tendentes a evitar su continuidad. Asimismo, puede darse el caso de que algún aspecto de la conciencia colectiva sea materia de análisis prelegislativo, que termine por expresar una eficiente argumentación legislativa para llevar tal creencia o sentimiento social a la realidad jurídica.

Esto se observa en el modo en que las reformas o creaciones normativas del Congreso General impactan en la conciencia colectiva por los cambios acontecidos en el comportamiento posterior de los miembros de una sociedad, así como en los acontecimientos sociales que son de tal trascendencia que resultan en un cambio de paradigma expresado en una reforma constitucional.

Un ejemplo del primer caso se da en las reformas llevadas a cabo en la Ley General de Salud y la Ley Federal del Trabajo, y con ello la Declaratoria de Emergencia Sanitaria, para efectos de legislar medidas de prevención y organización laboral ante los posibles contagios que trajo la pandemia por el virus SARS-CoV-2. En este ejemplo, la argumentación legislativa tiene una trascendencia directa ante la conciencia colectiva por tratar la posibilidad de enfrentar los posibles contagios mediante la introducción de medidas sanitarias específicas. La creencia social de esta posibilidad trae como resultado la

implementación de nuevos comportamientos reiterados considerados obligatorios para el bienestar general, que en este caso fue el de reducir las probabilidades de contagios masivos, cumpliéndose así la eficacia de tales reformas.

En el segundo caso, reluce el ejemplo del expediente varios 912/2010, relativo a la detención y desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, como uno de los antecedentes para la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos. El Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, fue la asociación civil que denunció al Estado Mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésta última identificó violaciones a diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este hecho fue de tal trascendencia que los derechos humanos y su protección dentro de los tratados internacionales quedaron profundamente arraigados a la conciencia colectiva, lo cual trajo como consecuencia una reforma constitucional que eleva la dignidad humana como la máxima promoción, respeto, protección y garantía que debe llevar a cabo la autoridad mexicana; así como, el contenido de los derechos humanos presentes en los tratados internacionales como ley suprema en conjunto con la Constitución Política.

IV.2.- Saneamiento de carencias argumentativas en los productos parlamentarios

IV.2.1.- Los productos parlamentarios, sus vicios de forma y sus remedios

El concepto de producto parlamentario se entenderá en este trabajo en un sentido amplio para lo referente a todo resultado de la labor legislativa del congreso en el ejercicio de sus funciones. Puede ser desde un acto legislativo como un decreto por el que se expida una ley, hasta un informe no vinculante expedido por determinada comisión. En virtud de que la función más relevante de un congreso es la creación normativa, se procede a analizar los productos parlamentarios que tienen mayor relación con ello.

Ahora bien, como el término saneamiento denota una reparación o un mejoramiento, se referencian áreas en determinados productos parlamentarios que pueden optimizarse con la aplicación de una eficiente argumentación legislativa. Para llegar a esto, primero se retomarán los vicios ante los que pueden estar expuestos los productos parlamentarios. Luego, se explicará la manera en que la argumentación legislativa permite superar dichos vicios.

Los vicios a los que principalmente hace referencia Bentham ya explicados en el capítulo III, son los clasificados como imperfecciones de primer orden o primarias, es decir, la incognoscibilidad, la ambigüedad, la oscuridad y la voluminosidad; y las imperfecciones de segundo orden o secundarias, es decir, la incertidumbre en la expresión, la incertidumbre de significado, la redundancia, la prolijidad, el embrollo, la carencia de ayudas a la intelección y el desorden.

Resulta relevante retomar los vicios formales enunciados por Bentham, ya que conforman la carencia argumentativa de los productos parlamentarios. La argumentación jurídica en general, expresa como ideal un equilibrio entre la forma y el contenido, manifestando la necesidad de corrección en el primero, y la razonabilidad en el segundo.

Si bien estos vicios formales tienen su foco de análisis en la elaboración de la ley por parte del legislador, son imperfecciones que deben evitarse en cualquier producto parlamentario, pues deben tener como ejes rectores la claridad; la precisión en cuanto a los límites de los términos utilizados, así como de su sentido y alcance; la distribución equilibrada del contenido legislativo, sin omitir lo esencial para el interés de los destinatarios de la norma, es decir, el modo en que ésta los afecta; la corrección en cuanto al modo de establecer obligaciones a los ciudadanos; el uso de la redundancia únicamente para lograr mayor seguridad y certeza jurídicas, favoreciendo la concisión y estabilidad del sistema jurídico; orden gramatical y lingüístico; entre otros.

Dichos remedios han de aplicarse no solo en la creación de una ley sino en la totalidad del sistema jurídico. Esta lista de remedios propugna un saneamiento

formal al producto parlamentario por excelencia, la norma jurídica, constituyendo una serie de máximas que formarán el esqueleto de la argumentación legislativa. A este conjunto de máximas argumentativas y legislativas se le agrega una referente a todo el sistema jurídico. Se trata de un remedio contra la prolijidad de los ordenamientos jurídicos en su conjunto: evitar la inflación normativa

Éste último debe atenderse desde una fase prelegislativa, donde se busca agotar todas las opciones para resolver el hecho legible antes de concluir que la norma sería la única o mejor solución. La prolijidad del sistema jurídico lleva a un exceso de normas vigentes, lo cual implica el menoscabo progresivo de la seguridad jurídica y de la eficacia de la norma, a medida que este exceso se incrementa. Asimismo, la generalidad de la norma se afecta por la ineficiencia argumentativa para reducir las hipótesis jurídicas tan específicas a una hipótesis más global que las incluya, sin que pase el equilibrio de una textura abierta controlada, con que tampoco se dañe la claridad y precisión de la norma.

Por ello, para conservar este equilibrio, la textura abierta se vuelve necesaria en la elaboración normativa, siendo remediada por el poder judicial, a la hora de interpretar mediante la jurisprudencia. Aunque se puede caer en la inflación normativa desde una fase prelegislativa hasta la entrada en vigor de una norma, existe un remedio con que puede sanearse este vicio legislativo, hallado en una fase poslegislativa, cuando el legislador hace la evaluación general del comportamiento de una norma vigente durante el tiempo en la sociedad y en consecuencia propone la derogación, la abrogación o la reforma de una ley. Así, la inflación normativa es una de las premisas básicas para armar la argumentación legislativa de una propuesta para derogar, abrogar o reformar una ley vigente.

Además, de la prolijidad se deriva el posible deterioro a la seguridad jurídica por haber una excesiva regulación y, por ende, una mayor posibilidad de dificultar la cognoscibilidad y cumplimiento de la ley por parte de los destinatarios.

IV.2.2.- Los productos parlamentarios, sus vicios de contenido y sus remedios

El eje fundamental de la argumentación legislativa en el contenido de los productos parlamentarios se conforma por los intereses de los representados expresados en el mayor beneficio de la comunidad. Esto alude a Bentham quien explica que "la composición de una asamblea legislativa será tanto mejor cuantos más puntos de contacto tenga ella con la nación; es decir, cuanto más parecido sea su interés al de la comunidad"⁵⁰³.

Así, el primer vicio que puede observarse al trabajar en el contenido de los productos parlamentarios es el alejamiento de los intereses de los gobernados, lo cual puede generarse por la preferencia de intereses partidistas o individuales de cada legislador. Ante tal imperfección, la argumentación legislativa introduce el remedio de tomar al interés general de la sociedad como su gran sustento, pues de él habrán de irradiar los razonamientos y persuasiones que apoyen determinada postura. Esto deberá reflejarse en los considerandos o exposiciones de motivos que sostengan el producto parlamentario de que se trate, pues dichas secciones conforman su contenido argumentativo.

Asimismo, existe la antinomia, otro vicio de contenido argumentativo cuya permanencia tiende a dañar los principios de coherencia y consistencia del sistema jurídico y sus normas. Para sanearlo argumentativamente, debe aducirse el respeto a la jerarquía jurídica establecida en la constitución, de modo que el producto parlamentario no contradiga los ordenamientos superiores.

En caso de existir la necesidad de contravenir una norma vigente de igual o menor jerarquía que el producto parlamentario en creación, se deben aducir claramente los razonamientos de la derogación en el contenido argumentativo, demostrando plena consciencia de aquello que deja de tener vigencia en beneficio mayor de la sociedad, así como del nuevo contenido jurídico.

⁵⁰³ Bentham, Jeremy, *Tácticas parlamentarias*, México, Senado de la República, Mesa Directiva LX Legislatura, 2006, p. 88

En virtud de que el trabajo legislativo es una labor fundamentalmente previsor, aunque no perfecta, se propugna agregar al contenido argumentativo de los productos parlamentarios el estudio de la viabilidad de los procesos constitucionales que pudieran surgir en su contra.

Entre estos últimos está el caso en que se puedan identificar los aspectos excedentes de la competencia legislativa, con relación a otros poderes, para evaluar la posibilidad de una controversia constitucional. En otro caso si una norma general contraviene en algún aspecto a la constitución, debe señalarse la viabilidad de una acción de inconstitucionalidad. Otra situación a analizar son los posibles juicios de amparo que puedan derivarse. Por último, con relación a las normas generales, debe analizarse la posibilidad de las declaratorias generales de inconstitucionalidad derivadas de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por un amparo indirecto en revisión. La prevención de todas estas posibilidades procesales surgidas por la emisión de un determinado producto parlamentario, son en sí mismas un remedio argumentativo eficaz; ya que, dicha prevención dirige al legislador hacia un trabajo armónico al sistema jurídico.

En la norma jurídica, el vicio que siempre estará presente, dada la propia y necesaria generalidad de la norma, es la textura abierta, de la cual surge la interpretación hecha por el poder judicial. A pesar de no haber un remedio razonable ante la versatilidad lingüística a la cual toda norma se enfrenta, se puede trabajar para reducir la posibilidad interpretativa de manera equilibrada, dando especificaciones sobre la aplicación normativa y ahondando en la intención legislativa para el uso de cada término, siempre que no se caiga en vicios formales como la prolijidad o la redundancia.

Dicha directriz implica una argumentación clara en cuanto a la intención del producto parlamentario, pues los motivos e intenciones de su existencia son la base del contenido argumentativo y en ellos se encuentra la esencia de la interpretación jurídica. Además, los límites argumentativos que todo contenido normativo habrá de contemplar deben ser los derechos fundamentales, pues son infranqueables para los legisladores.

Por último, se debe observar el saneamiento argumentativo que produce dirigir los trabajos legislativos y sus productos parlamentarios a través de los niveles de racionalidad legislativa del autor Manuel Atienza, señalándose posibles carencias argumentativas tendentes a la irracionalidad de cada nivel de racionalidad en las imperfecciones semánticas y sintácticas; las lagunas, redundancias y contradicciones jurídicas, así como la falta de sistematización; la ineficacia jurídica; la producción de efectos no deseados o no previstos por la emisión del producto parlamentario, dados sus fines ambiguos o poco factibles; y la falta de protección a los valores éticos que sostienen al sistema jurídico.

Los vicios legislativos tanto formales como de contenido, muestran lo que el legislador debe procurar evitar a la hora de llevar a cabo sus funciones y señalan el camino hacia las virtudes legislativas: la precisión semántica y sintáctica; la congruencia jurídica y sistemática de los productos parlamentarios; el establecimiento claro, ordenado, idóneo y oportuno de sus posibilidades y medios para lograr su obediencia y cumplimiento; la plena conciencia e intención de sus efectos mediante fines razonables, justos, claros, objetivos y posibles; y su consonancia con los valores éticos que sostienen todo el sistema jurídico.

Todo lo anterior, indica los obstáculos ante los que toda argumentación legislativa se enfrenta, así como los remedios que ésta debe introducir con elocuencia. Procurar estas virtudes legislativas y argumentativas, y eliminar sus respectivos vicios, dará como resultado el convencimiento y la persuasión tanto de los legisladores por un trabajo parlamentario impecable, como de la conciencia colectiva y la opinión pública.

IV.3.- Correspondencia del acto legislativo con la realidad mexicana

IV.3.1.- La ineficacia jurídica

Lo que el presente subcapítulo estudia es la trascendencia de los actos legislativos con respecto al congreso y a la realidad social del contexto mexicano. Esto involucra evaluar aspectos como la viabilidad del acto legislativo, su

afectación, tanto en el recinto parlamentario como en la sociedad, así como su permanencia dada la condición constantemente cambiante de la sociedad, su economía, su política y su cultura.

Lo económico, lo social, lo político y lo cultural, son aspectos dinámicos y no estáticos, pues a medida que van surgiendo nuevas circunstancias, todos estos aspectos se van adaptando a la realidad. Lo mismo acontece con el Derecho, cuyos distintos objetos pueden ir variando de momento a momento. Así, el sistema de normas va encaminado a la permanencia de valores jurídicamente tutelados, ante el surgimiento de nuevas situaciones.

Sin embargo, existen también contenidos normativos tan fundamentales que persisten a lo largo del tiempo sin importar las circunstancias, pues protegen los cimientos sobre los cuales se ha construido toda la nación mexicana, como lo son la división de poderes, la democracia y los derechos fundamentales. La existencia de actos legislativos encaminados a la protección de dichas bases axiológicas sobre las cuales se fundamenta el Estado Mexicano, permiten la propia existencia de la nación tal cual se conoce y se respalda por el orden constitucionalmente establecido. Por ende, los actos legislativos, contrarios a lo anterior, son difícilmente sostenibles desde un punto de vista argumentativo. Así, el acto legislativo que vaya en contra de dichos cimientos tenderá a la ineficacia.

De acuerdo con Kelsen, quien describe a las normas eficaces como "fácticamente acatadas y aplicadas"⁵⁰⁴, la ineficacia se da por virtud de una inaplicabilidad reiterada a la que denomina desuetudo o desuso, y la entiende como "una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de derecho, entonces también el derecho escrito puede ser derogado por un derecho consuetudinario"⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Kelsen, Hans, op. cit., p. 224

⁵⁰⁵ Idem

La ineficacia de una norma general es un argumento esencial del legislador para eliminar su validez o para detener su vigencia. Ante ello, el Derecho se mantiene evolucionando constantemente a través de un proceso que describe la costumbre negativa, llamado sucesión de normas, en el cual "concurrer una norma y una práctica reiterada contraria a la misma"⁵⁰⁶.

Para saber en qué momento una norma deja de ser eficaz y una nueva adquiere eficacia, el autor Ricardo Guibourg comenta que "una norma cae en desuso en el mismo momento en que es aplicada por última vez, y que la norma consuetudinaria empieza a regir en el instante en que se dicta la última resolución que no la toma en cuenta"⁵⁰⁷.

Entonces, el análisis para determinar qué tan eficaz es cierto acto legislativo con relación a la realidad tiene dos niveles de estudio: el primero, referente a qué tan riguroso u ortodoxo es el poder legislativo con sus reglamentos, y el segundo, referente a qué tanto trasciende dicha rigurosidad o falta de ella a la eficacia de las leyes, en cuanto a sus destinatarios y autoridades.

Dentro del primer nivel de estudio señalado, un ejemplo destacable sería extrapolar de la doctrina civil el tema del abuso del derecho a un acto legislativo como lo es la moción. Para ello se destaca la clasificación de abuso de derechos que realiza el autor Louis Josserand, citado por Rafael Rojina Villegas, la cual consiste en actos ilegales, culpables y excesivos:

"los primeros son aquellos que se ejecutan violando la ley; los actos culpables se realizan dentro de los términos de la norma jurídica, pero contrariando su espíritu y finalidades; se incluyen aquí especialmente los actos abusivos. Por último, los actos excesivos también se realizan dentro de los límites objetivos de la ley, pero originan daños a tercero por virtud de

⁵⁰⁶ Calvo Soler, Raúl, "La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho", *Isonomía*, México, no. 27, octubre de 2007, pp. 171-191, p. 184

⁵⁰⁷ Guibourg, Ricardo, "Derecho, sistema y realidad", en Calvo Soler, Raúl, op. cit., p. 184

ciertos riesgos que sería injusto arrojar íntegramente sobre el perjudicado"⁵⁰⁸.

IV.3.2.- Actos legislativos ilegales, culpables y excesivos

Con base en los actos abusivos ubicados dentro de los actos culpables, surge la hipótesis del abuso de una moción de orden teniendo el permiso para ejercerla del presidente y del orador, además de una "explicación pertinente", como establece el artículo 104 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General. En este ejemplo, ha de notarse, como finalidad normativa, la tutela realizada a la inviolabilidad de opinión por parte de los legisladores.

Por su parte, la moción de orden es una de las facultades que permiten cumplir el principio legislativo igualmente denominado con relación al desarrollo de las sesiones. La moción de orden se vuelve abusiva cuando redundando en el menoscabo de la finalidad tutelar normativa, que es la ininterrupción de la palabra del legislador, salvo por limitadas excepciones, y con ello su inviolabilidad de opinión. En un uso abusivo de la moción de orden la excepción se convertiría en regla y viceversa, mediante un proceso de sucesión normativa. En consecuencia, la moción de orden constituiría un acto legislativo excesivo, cuando su ejercicio fuera constante y dañara los derechos legislativos tutelados por el reglamento.

En un caso contrario, surgirían actos legislativos ilegales, culpables y excesivos, como resultado del desuso total de la moción de orden, convirtiéndose tanto el artículo 104 como el 105 del reglamento del Congreso General en letra muerta, y dándose como consecuencias: el menoscabo a otros artículos, las injurias contra alguna persona, las digresiones constantes del orador respecto al asunto en discusión, la negligencia del Presidente en instar al ofensor a retirar sus injurias o calumnias, entre otras.

En cuanto a la trascendencia que este tipo de actos legislativos viciados causarían a los destinatarios y autoridades a los que las normas se dirigen, habría

⁵⁰⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Obligaciones*, Vigésima Primera edición, México, Porrúa, 1979, tomo III, pp. 329-330

que analizar la causa. Retomando el ejemplo del uso excesivo y abusivo de mociones de orden en la hipótesis de que tanto el presidente como el orador contribuyan en dichas prácticas, la causa subyacente podría ser la voluntad de imponer una línea de pensamiento o de una postura única que no respete la diversidad ni oposición necesarias en el debate, llegándose al peligro de un partido autoritario.

La consecuencia de este actuar haría a los funcionarios participantes, acreedores de sanciones administrativas, con base en lo establecido por la fracción III del artículo 109 constitucional. Además, si se llegara a un acto legislativo que redundara en el perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, según la fracción primera del artículo citado, la consecuencia sería el juicio político, regulado por el artículo 110 constitucional. Los mecanismos de control legislativo interno y los mecanismos de control por parte del poder judicial, en lo referente al derecho procesal constitucional, procuran el desarrollo lícito, justo, equilibrado y ordenado de los actos legislativos.

Con relación a la realidad social mexicana, el artículo 109 constitucional faculta al propio ciudadano para realizar la denuncia ante la Cámara de Diputados en caso de suceder actos legislativos constitutivos de las conductas anteriormente señaladas, siempre y cuando presente elementos de prueba.

A todo esto se agrega la consecuencia del descontento social con relación a un acto legislativo, por ejemplo, en la aprobación de un proyecto de dictamen contrario a los intereses sociales mayoritarios que argumente la "omisión justificada" de tratar un asunto en sesión pública o bien la emisión de un informe incompleto o engañoso por parte de una comisión de investigación. La consecuencia podría ser el uso del derecho de reunión consagrado en el artículo noveno constitucional para presentar una protesta.

Cada uno de estos actos legislativos viciados, tienen en común su deficiente justificación argumentativa, lo cual redundaría en la imposibilidad de convencimiento y persuasión por parte de los distintos auditorios del acto, es decir,

el propio congreso, la autoridad jurisdiccional, así como, la sociedad en general. La ausencia de un vínculo argumentativo descrito por el convencimiento y la persuasión a los públicos enunciados, vuelven deficiente el actuar legislativo y debilitan este poder al acrecentarse la desconfianza y la ineficacia de sus actos. Esto se traduce en el incumplimiento de los destinatarios de la norma jurídica y la omisión de la autoridad para ejercer los medios coercitivos correspondientes, al perder su reconocimiento jurídico.

Este procedimiento es tan gradual como la desuetudo anteriormente descrita y trae como consecuencia la sucesión normativa. Por ello, los actos legislativos sólidamente argumentados y carentes de vicios, lejos de tener una correspondencia desfavorable ante la realidad social y ante los propios poderes, consiguen una recepción estable y una permanencia larga, así como, una respuesta de eficacia. Asimismo, tienen mayor adaptabilidad y concordancia respecto a las condiciones sociales actuales.

IV.4.- Ineficacia legal en el Congreso mexicano actual

IV.4.1.- Escenarios posibles de ineficacia jurídica

Se pueden encontrar ejemplos de productos parlamentarios y actos legislativos específicos vigentes que carecen de eficacia, dada la argumentación legislativa defectuosa que los acompañó durante su proceso de creación.

Dicha ineficacia pudo ser resultado de un análisis incompleto o insuficiente de la etapa prelegislativa, al carecer la norma actual de capacidad para cumplirse y, así, resolver el hecho legible. Si tal iniciativa de ley fue aprobada a lo largo de las etapas legislativas a pesar de sus carencias argumentativas, lo cual resultaría en el menoscabo de la eficiencia parlamentaria del congreso, se daría la ineficacia como una de las consecuencias.

Otra posibilidad es que la norma jurídica haya sido impecablemente argumentada desde una fase prelegislativa hasta su inicio de vigencia, es decir, su origen y desarrollo cumplieron con una justificación sólida y su existencia es acompañada de razones y convicciones favorables pero los datos y hechos,

verificados en una etapa poslegislativa respecto a la norma jurídica, entre los cuales destaca la ineficacia, prueban la equivocación de la línea general de pensamiento expresada mediante el voto. En este último caso, dichos datos habrán de ser las premisas mayores en la argumentación y justificación de actos legislativos como la derogación. Ambos casos se analizarán a continuación, teniendo como principal enfoque la ineficacia de las normas jurídicas.

IV.4.2.- La ineficacia jurídica de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, desde una fase prelegislativa, se sostiene sobre una argumentación incompleta y defectuosa, pues en el propio título y objeto resulta la incongruencia respecto al artículo primero constitucional con relación a la igualdad de derechos humanos y las garantías para su protección de que toda persona gozará. Se trata de una ley que "protege exclusivamente a las mujeres dejando en desigualdad o desprotección, por llamarlo de alguna forma, a los hombres"⁵⁰⁹.

Además, considerando que el inicio de vigencia de la ley en análisis fue el primero de febrero de 2007, los datos que la CNDH establece mediante informes de alerta de violencia de género contra las mujeres, aludiendo a los datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema de Seguridad Pública, muestran que en períodos anuales de los años 2015-2021, los feminicidios fueron aumentando con base en estas cifras: "en 2015 se registraron 412; en 2016, 607; en 2017, 742; en 2018, 896; en 2019, 947; en 2020, 949 y en 2021, 969"⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Santos Hernández, J. Jesús Ricardo, "La legislación y el Derecho actualmente en México", *Congreso Virtual Interinstitucional. Los grandes problemas nacionales*, México, número 36, septiembre de 2008, p. 6

⁵¹⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe mensual de alerta de violencia de género contra las mujeres. Octubre de 2022*, México, https://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Publicaciones/INFORME_AVG_M_OCTUBRE_22.pdf (consultado en julio de 2023)

Por su parte, el comunicado de prensa número 27/23 del INEGI, con relación al año 2022, señala que "en el caso de los hombres, en el primer semestre de 2022, la tasa fue de 22 homicidios por cada 100 mil. Para las mujeres, la tasa fue de tres por cada 100 mil"⁵¹¹. Con base en estos datos se demuestra, en términos cuantitativos, que el hombre se mantiene con mayor vulnerabilidad con respecto a la mujer, con relación al delito de homicidio.

Otro dato destacable del INEGI es que "el principal medio usado para provocar homicidio, durante el primer semestre de 2022, fue la agresión con disparo de armas de fuego, con 68.1%, seguido de arma blanca con 9.7%; 7.0% se generó por ahorcamiento, estrangulamiento y sofocación. En los restantes se utilizaron otros medios"⁵¹². De estos últimos datos puede establecerse el hecho de que uno de los principales problemas sociales y con ello, hechos legislables, con relación a los homicidios tanto de hombres como de mujeres, es la portación ilegal de armas de fuego; así como, la ilegalidad en cuanto a su tráfico.

En lo referente al año 2023, en comparación al año 2022, el periódico El Economista, basado en datos de la Secretaría de Seguridad Pública Ciudadana, señala que "en el primer trimestre del presente año, la cifra de homicidio doloso y feminicidio aumentó 4% con respecto al año anterior"⁵¹³. Las cifras concretas que el medio periodístico muestra son 901 mujeres víctimas de homicidio doloso y feminicidio en el primer trimestre de 2023, en contraste con 866 del primer trimestre de 2022.

⁵¹¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Defunciones por homicidio de enero a junio de 2022*, México, <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/DH/DH-Ene-jun2022.pdf> (consultado en julio de 2023)

⁵¹² Idem

⁵¹³ Pérez, Maritza, *Homicidios dolosos de mujeres suben 8.7% en tres meses del 2023*, México, El Economista, <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Homicidios-dolosos-de-mujeres-suben-8.7-en-tres-meses-del-2023-20230508-0008.html> (consultado en julio de 2023)

Todos estos datos muestran la ineficacia de la ley en análisis, considerando que en su artículo 1 establece que el objeto de la ley es el trabajo gubernamental para "prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres"⁵¹⁴. Como muestran las cifras, dicho objeto no trasciende a la realidad social mexicana, dado su incumplimiento reiterado.

Esta conclusión, además de señalar una ley vigente ineficaz, señala un interesante elemento a incluir en la argumentación de etapas tanto prelegislativa como poslegislativa para llevar a cabo los actos parlamentarios conducentes, es decir, los altos porcentajes que la incidencia de los delitos en referencia se relacionan con armas de fuego. Es innegable que tal incidencia se acerca en mayor medida a la raíz del problema social en referencia, que la mayor protección jurídica a la mujer en comparación al hombre.

IV.4.3.- La ineficacia jurídica de la reforma electoral del 10 de febrero de 2014

La reforma político electoral del 2014 hecha a los artículos constitucionales 65 y 83, relativa a la fecha del inicio del encargo del presidente, a pesar de que fue validada por el congreso, destaca su carencia argumentativa desde una etapa prelegislativa y se está buscando resanar en una etapa poslegislativa.

Para efectos de la vigencia de esta reforma, se estableció el artículo transitorio décimo quinto, que señala, como entrada en vigor de dichas modificaciones, el primero de diciembre del 2018. Esta fecha se refiere al período presidencial comprendido entre el primero de diciembre de 2018 y el 30 de septiembre de 2024, estableciéndose una presidencia de cinco años y diez meses con relación al período citado.

Sin embargo, no se estableció un artículo transitorio para los legisladores que en este mismo intervalo de tiempo desempeñan su función, considerando que el agregado al artículo 65 de la reforma en referencia, establece que el primer

⁵¹⁴ Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 2023, México

período de sesiones ordinarias, al iniciar el presidente su encargo el primero de octubre, como señala el artículo 83 constitucional, será el día primero de agosto.

Para efectos del período en referencia, es decir, los años 2018-2024, la última legislatura resultaría incompleta, dado que habría de iniciarse la nueva el día primero de septiembre del 2024 pero con la presente reforma pasaría lo mismo que el presidente, es decir, se vería reducido el tiempo de su ejercicio, sólo que aquí por un mes. Además, al no haber artículo transitorio referente al ejercicio legislativo de este período, la consecuencia es que la LXV Legislatura que comprende los años 2021-2024, tenga una duración legítima de tres años y en consecuencia se respeten los períodos establecidos por el artículo constitucional 51 para los diputados en ejercicio de sus funciones, es decir tres años, así como el artículo 56 en lo referente a los senadores, esto es seis años.

En el peor de los casos, esto podría causar una crisis constitucional, pues el resultado podría ser la existencia de un doble congreso, compuesto del doble del número de legisladores que establece la constitución. En tal caso entrarían en funciones nuevos legisladores el primero de agosto y, a su vez, permanecerían los de la legislatura anterior hasta el día 31 de dicho mes, violándose la constitución, sin mencionar las repercusiones económicas, sociales y políticas de esto.

Otra posibilidad sería realizar otra reforma constitucional en materia electoral para el artículo transitorio aludido, en que se establezca la renovación y entrada en funciones de las cámaras legislativas el día primero de septiembre, que daría inicio a la siguiente legislatura. A la fecha de escrito el presente trabajo, se desarrolla esta posibilidad como iniciativa en el Congreso General, por parte del Partido del Trabajo con los senadores Geovanna del Carmen Bañuelos de la Torre, Cora Cecilia Pinedo Alonso, Martha Cecilia Márquez Alvarado y Joel Padilla Peña. No obstante, quedaría aún la incongruencia de iniciar una legislatura antes de la apertura del primer periodo de sesiones ordinarias que establece el artículo 65 constitucional vigente, cuyo acontecimiento habría de ser el primero de agosto.

Por último está la opción de hacer una reforma constitucional que deje sin efectos lo reformado en febrero del 2014 con relación a los artículos 83 y 65, no obstante, el sentido de la reforma de acortar los períodos de transición presidencial se perdería.

Con todo lo desarrollado respecto a este ejemplo, la ineficacia en el Congreso General mexicano, se expresa en el artículo 65, siendo inviable su cumplimiento dados los obstáculos y consecuencias reales que ocurrirían de aplicarse. Esto dejaría como ineficaces a preceptos constitucionales como las fracciones I y II del artículo 35, por el menoscabo a la figura del voto, cuya legitimidad se extiende a la duración legislativa establecida en los artículos 51 y 56, que, asimismo terminarían siendo ineficaces; así como, el numeral 5 del inciso b) del apartado B de la fracción V del artículo 41, por ser ineficaz la declaración de validez y las constancias en las elecciones de diputados y senadores por parte del Instituto Nacional Electoral. También podría verse amenazado el principio orgánico de la democracia expresado en el artículo 40. En consecuencia, sin una reforma que solucione el vacío constitucional en referencia, se ve impedida la propia Constitución Federal para renovar el poder legislativo.

IV.4.4.- Ineficacia en el marco jurídico de la cannabis para uso lúdico

Como último ejemplo para el presente subcapítulo, destaca la regulación relativa al tema de la cannabis, cuya argumentación legislativa, al verse constreñida por factores tanto jurídicos, como políticos, sociales, económicos y hasta culturales, ha resultado en una ineficacia tal que su desarrollo normativo se ha paralizado en todas las etapas del esquema legislativo.

La inclusión del consumo legal de esta droga al sistema jurídico fue originada a raíz del amparo directo en revisión 237/2014, así como cuatro subsecuentes entre los años 2017 y 2018. En cada uno de ellos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió a favor del autoconsumo de la cannabis para los quejosos, sin posibilidad de comercializarla.

Aunado a esto está el precedente vinculante originado en el amparo en revisión 355/2020, poniéndose en duda la constitucionalidad de los artículos 235 y 247 de la Ley General de Salud, normas generales prohibitivas para la posesión y consumo. El 28 de junio de 2021 se emite una declaratoria general de inconstitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación legalizando el uso recreativo de la marihuana.

Paralelo a lo anterior, el 8 de noviembre de 2018, se registró en la Gaceta del Senado de la República, una iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General para la Regulación y Control de Cannabis, presentada por los senadores Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Ricardo Monreal Ávila.

Sin embargo, el proyecto aludido implicaría la reforma tanto constitucional como legal de diversos ordenamientos que contravienen su incorporación al sistema jurídico mexicano, además del obstáculo que le representan los tratados internacionales prohibitivos de los que México forma parte, de modo que "se requiere reformar la Constitución Federal, la Ley General de Salud, el Código Penal Federal, el Código Nacional de Procedimientos Penales y otras leyes como la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, así como denunciar los tratados internacionales en materia de prohibición de drogas, en los que está incluida la marihuana"⁵¹⁵.

Ahora bien, pasando a los posibles efectos sociales y económicos que la aprobación de esta iniciativa enfrentaría, se tiene por un lado que la delincuencia organizada, "en su actividad delictiva del narcotráfico, compita en el mercado negro o ilegal de cannabis, mejorando el precio y calidad de cannabis"⁵¹⁶ y, por otro, que "el consumo de marihuana podrá hacerse en espacios públicos, lo que implica que habrá consumidores pasivos a quienes les afectará en su salud"⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Uribe Benítez, Óscar, "Regulación de cannabis", *Quórum Legislativo*, México, año 2019, número 128, diciembre de 2019, p. 100

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 102

⁵¹⁷ *Idem*

Por su parte, la aprobación de la iniciativa con proyecto de decreto aludida, extendería el derecho al libre desarrollo de la personalidad estableciéndose "los derechos correlativos al autoconsumo de marihuana (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar) por no causar con ello daño a otros y experimentar sensaciones como un plan de vida: fines lúdicos o recreativos"⁵¹⁸.

Todo esto plantea una ineficacia general respecto al tema en referencia, pues al no haber aún regulación explícita y no salir de una declaratoria general de inconstitucionalidad respecto a los artículos aludidos de la Ley General de Salud, el autoconsumo lúdico de la cannabis, al momento de escrito este trabajo, presenta la posibilidad de solicitar permisos a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios para ejercer el acto en referencia pero los obstáculos que otros ordenamientos de distintas jerarquías como los anteriores mencionados, impiden la legalidad de la autorización solicitada a dicha comisión, sin mencionar que el Congreso General se mantiene con otras prioridades.

Por todo ello, en el congreso mexicano actual han resultado ineficaces la presentación de la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General para la Regulación y Control de Cannabis, sin mencionar su dilatado retraso para ser discutida y aprobada; los proyectos de reforma para que quede armonizado al sistema jurídico vigente el proyecto de decreto en referencia; así como, las disposiciones jurídicas actuales prohibitivas del consumo lúdico de la cannabis, cuya ineficacia se expresa en el consumo ilegal de la droga, y la propia posibilidad de solicitar permisos para su consumo lúdico en la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

IV.5.- Incorporación de una argumentación legislativa sólida en las fuentes jurídicas mexicanas

A lo largo de todo el capítulo se ha expuesto y ejemplificado, la manera en que las carencias argumentativas de los diversos actos legislativos conllevan a una ineficacia de los productos parlamentarios, ya sean normas jurídicas,

⁵¹⁸ Ibidem, p. 104

iniciativas con proyecto de decreto o incluso reformas, por mencionar algunos ejemplos. Tal desafío legislativo fundamenta la propuesta que el presente trabajo ofrece y de la cual versará este último subcapítulo.

IV.5.1.- Razones para mejorar la argumentación legislativa actual

En virtud de que a la fecha de escrito este texto, el sitio electrónico de la cámara de diputados enlista un total de 314 leyes federales, se propone contribuir a una economía normativa sana que evite fomentar una inflación tanto interpretativa como normativa, es decir, el exceso y aumento constante de normas jurídicas vigentes, que requieran de cada vez más interpretaciones.

Por ello, resultaría incongruente plantear la posibilidad de un ordenamiento nuevo agregado al marco jurídico legislativo actual, en el cual se reglamente la unificación de parámetros argumentativos que todo legislador habrá de atender al cumplir sus labores, sin mencionar que la introducción de un nuevo reglamento como única proposición de este trabajo, soslayaría el fomento a un mayor desarrollo de la argumentación legislativa en las distintas fuentes del derecho.

En lo que respecta a la fuente jurídica de la ley, la razón por la cual el tercer capítulo dedicado a las fuentes jurídicas habla de la regulación de la técnica legislativa y no de la regulación de la argumentación legislativa, es que los artículos reglamentarios del congreso, enfocados a la técnica legislativa, son tan precisos que indican desde secciones *sine qua non* de actos como el dictamen, hasta incluso fórmulas para expedir resoluciones del congreso, mientras que los dedicados a la argumentación legislativa están constreñidos a escuetas descripciones sobre el contenido que habrán de presentar los elementos de cada producto parlamentario.

IV.5.2.- Factores de previsión legislativa en la ley

Retomando los ejemplos del capítulo tercero de este trabajo, está el artículo 87 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 257 del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, referentes al tema de la composición de los dictámenes legislativos.

En el primer ejemplo se habla de una parte expositiva de las razones que fundan el dictamen y la conclusión mediante proposiciones claras y sencillas que puedan sujetarse a votación, conformando así un parámetro argumentativo vago, pues no se clarifican los elementos que dichas razones han de abarcar, ni la manera en que se deben exponer. Los elementos que las razones del dictamen deben abarcar son los nexos causales entre los antecedentes del dictamen y sus proposiciones, además de cumplir una función legislativa preventiva de cabal relevancia respecto al proyecto parlamentario en discusión.

Así, se propone denominar a dichos elementos, factores de previsión legislativa, enlistados a continuación: las repercusiones de la iniciativa a la realidad mexicana en sus diversos aspectos (social, jurídico, político, económico, cultural); el respeto de la iniciativa a los principios legislativos de consistencia y coherencia con el sistema jurídico y, por tanto, su conformidad con las normas jurídicas de jerarquía superior; derivado de lo anterior, su adherencia a los bloques de constitucionalidad y convencionalidad; su fundamentación y motivación; su probabilidad de eficacia y, con ello, su probable o improbable permanencia en el derecho mexicano; su respeto a los derechos fundamentales; la probabilidad de procesos constitucionales en su contra; el nivel de claridad o ambigüedad de la iniciativa y, con ello, la previsión de sus posibles interpretaciones judiciales; la justificación de su necesidad y cualidad de única y mejor solución posible ante el hecho legible de que se trate; y la cantidad y cualidad de reformas que debieran realizarse para armonizar su incorporación al sistema jurídico, si es el caso, así como, su nivel de objetividad e imparcialidad. Por cuanto a la manera en que habrán de exponerse las razones, se precisa el límite de atender solo uno de los anteriores rubros por argumento, así como evitar la prolijidad argumentativa para cada uno de estos aspectos.

Ahora bien, se hace referencia a un conjunto de ámbitos que la argumentación legislativa debe atender en su contenido para el caso específico del dictamen, sin embargo, se trata solamente de un ejemplo ilustrativo, pues tales temas deben siempre ser profundamente analizados en cada etapa del esquema

legislativo, así como en cada producto parlamentario o acto legislativo, ya que la labor parlamentaria es fundamentalmente previsora.

El éxito de la concreción en la sociedad, del reconocimiento por parte de la autoridad y de la permanencia en el derecho y por tanto de la eficacia general de todo trabajo legislativo, se dará entonces por una adecuada justificación de todo producto parlamentario, íntegramente lograda, a medida que más se atiendan los factores de previsión legislativa.

En referencia al ejemplo del dictamen, es decir, el artículo 257 del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, se clarifica la composición del dictamen en mayor medida que en el reglamento del Congreso General, dividiéndose con mayor claridad cada rubro que el dictamen debe incluir, y aclarando más la presentación de la argumentación del dictamen, mediante considerandos que contengan una exposición clara, ordenada y concisa de argumentos por los que se apruebe, deseche o modifique la iniciativa.

No obstante, el Reglamento del Congreso de la Ciudad de México sigue sin agotar los factores de previsión legislativa sobre los que deben versar los considerandos. Así, puede observarse una gran mejora de redacción del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México con respecto a la del reglamento del Congreso General, que se explica al ver las fechas de última reforma de cada reglamento, siendo el 26 de enero de 2022 la del reglamento local y el 24 de diciembre de 2010 la del reglamento del Congreso General.

IV.5.3.- Argumentación legislativa de mayor solidez en las fuentes jurídicas

Respecto a las fuentes jurídicas distintas a la ley, se propone una mayor incorporación de la argumentación legislativa a la literatura concerniente al derecho parlamentario, si bien han habido innumerables obras históricas y actuales tratando ramas jurídicas como la ciencia de la legislación, la teoría de la legislación, la técnica legislativa y el propio derecho parlamentario desarrollado en diversos manuales; así como, teorías de la argumentación jurídica en general, enfocadas en su mayoría a la parte judicial del derecho.

Sin embargo, son contadas las obras que dedican su teoría de la argumentación al ámbito legislativo en vez de al ámbito jurídico en general o judicial en particular. Se ha hablado de una contribución a una teoría de la legislación, de una argumentación jurídica del legislador, de filosofía parlamentaria, de tácticas parlamentarias, de lógica parlamentaria, de retórica parlamentaria, de oratoria parlamentaria, de elocuencia parlamentaria, de redacción legislativa o, simplemente de elaboración de leyes. no obstante, la propuesta que este trabajo ofrece a la doctrina, es unificar todas las anteriores especies o ramas en un género que las abarque todas desde la óptica del fenómeno dialéctico y su desarrollo a lo largo de todas las etapas del esquema legislativo hacia el fin del convencimiento y la voluntad, pues como dice el autor Joaquín María López:

"empecemos por el verdadero principio, porque el orden es todo en las cosas, y tomemos al orador parlamentario en el momento solemne en que ocupa la tribuna. ¿Qué se propone? ¿Qué se debe proponer? Dos cosas: convencer y conmover. Lo primero va al entendimiento, lo segundo a la voluntad. La convicción está en el espíritu, en la cabeza que piensa y discurre, mas la conmoción es el impulso que se obra sobre el corazón, tocando maestramente sus resortes para que den un seguro resultado"⁵¹⁹.

En lo referente al resto de fuentes jurídicas, iniciando por los principios generales del derecho y la costumbre, la incorporación de una argumentación legislativa resulta innecesaria, dado que ya cuenta con principios generales definidos como los que se expusieron en el tercer capítulo de este trabajo. En cuanto a la costumbre, si bien las discusiones y los productos parlamentarios tienen limitaciones y requerimientos reglamentarios bien establecidos, su contenido y esencia se han desarrollado también a la luz de conductas reiteradas consideradas obligatorias, por ejemplo, el uso de tablas comparativas del texto

⁵¹⁹ López de Oliver y López de Platas, Joaquín María, *La elocuencia forense & La elocuencia parlamentaria*, México, Laguna, 2011 (obra original publicada en 1852), p. 147

vigente y el propuesto, con relación a las iniciativas de reformas en la exposición de motivos de la propia iniciativa. Sin embargo, se propone agregar el estudio exhaustivo de los factores de previsión legislativa al análisis que los legisladores llevan a cabo en su labor, empezando a realizarse de manera reiterada y vinculante, para después pasar como disposición reglamentaria.

En cuanto a la jurisprudencia se favorece la postura de mantener su incidencia alejada para los temas de la argumentación legislativa, pues si bien existe interpretación oficial del poder judicial referente a la motivación legislativa, donde aborda el tema central del presente trabajo, una incidencia abundante o mayor que la actual de la jurisprudencia a las labores propias del poder legislativo podrían ocasionar una invasión de competencias que en el peor de los casos motivarían una controversia constitucional.

Por último, en lo relativo a los tratados internacionales, no se propone mayor agregado a lo ya establecido para efectos de la argumentación legislativa, pues, como se planteó en el tercer capítulo de este trabajo, el control de convencionalidad que debe realizar toda autoridad del Estado Mexicano, desde sus jurisdicciones judiciales o legislativas, repercute por sí misma directamente en la argumentación del legislador como uno de sus parámetros esenciales y como uno de sus factores de previsión legislativa, encaminándose al cumplimiento del estado con sus compromisos internacionales.

En conclusión, la incorporación sólida de la argumentación legislativa como rama independiente del derecho parlamentario en determinadas fuentes jurídicas mexicanas, traerá como consecuencia la mayor eficacia de todo acto y producto parlamentario en general, así como de la norma jurídica en particular, en comparación al actual estado de ineficacia que presentan diversos actos legislativos en el congreso mexicano.

Conclusiones

La argumentación legislativa es una rama independiente del derecho parlamentario descrita por el proceso dialéctico en que un diputado o senador, mediante el uso de medios lógicos, racionales, persuasivos, y elocuentes, dirige su labor a convencer y mover la votación de la mayoría legislativa requerida en torno a una postura jurídica, política, económica, social o cultural determinada.

Toda teoría de la argumentación tanto clásica como moderna, esté o no enfocada en el ámbito legislativo, tiene la posibilidad de ser aplicada al poder legislativo, pues uno de los trabajos esenciales de todo parlamento es justificar y razonar sus decretos, en otras palabras, fundar y motivar sus decisiones, o bien, sostener sus resoluciones mediante derecho.

Los orígenes de la argumentación legislativa son tan antiguos como la civilización, por el hecho de que la necesidad humana primitiva de organizarse en tribus y dividir el trabajo, implica un proceso dialéctico descrito por la persuasión y el razonamiento de unos individuos con otros para acordar reglas de funcionamiento grupal. Por este motivo, los primitivos cuerpos colegiados y su incipiente argumentación deliberativa sienta las bases del parlamentarismo actual.

Para el contexto histórico mexicano, desde la Constitución de Cádiz hasta la actual Constitución Federal, la argumentación legislativa se ha regulado manifestándose en la necesidad de que todo proyecto de ley se acompañe por las razones que lo sostengan.

Así como el derecho en general tiene sus fuentes jurídicas, la argumentación legislativa tiene las propias, permaneciendo dispersa en la doctrina mediante sus diversas subramas; fundamentada constitucional y legalmente a través de la obligación jurídica legislativa de fundar y motivar toda resolución del congreso; conformada a través de principios que tutelan la armonía sistémica normativa, así como la independencia y libertad de opinión para cada legislador en la mayor representación y protección de los intereses del pueblo; presente en las prácticas reiteradas consideradas obligatorias al exponer cada legislador sus

motivos, razones y justificaciones en cada producto parlamentario o discurso emitido, sin que necesariamente encuentren tales prácticas regulación a favor o en contra; comprometida con su obligación internacional de llevar la producción normativa por un control difuso de convencionalidad realizado por parte de los legisladores; y verificada en menor medida por el poder judicial, a través de la jurisprudencia, en aras de evitar la invasión de competencias que termine por fomentar una controversia constitucional.

La ineficacia jurídica del congreso se ha presentado como un problema vigente en distintos ejemplos de la historia parlamentaria mexicana contemporánea. Esto respalda la necesidad de un cambio jurídico profundo en que se fortalezca la argumentación legislativa dentro de todas las etapas del esquema legislativo.

La eficacia jurídica que lleva al cumplimiento de la ley por parte de sus destinatarios y a su protección por parte de la autoridad mediante el uso de los medios coercitivos correspondientes por su desobediencia, se logra mediante la incorporación de una argumentación legislativa sólida a dos principales fuentes: la ley, para la cual se propone incorporar el uso de factores de prevención legislativa que cada trabajo parlamentario deba verificar dentro del contenido de sus razonamientos y motivos; así como la doctrina, con la propuesta de unificar subramas como las tácticas parlamentarias, la argumentación jurídica del legislador, la filosofía, retórica, oratoria, lógica y elocuencia parlamentarias, en una gran rama denominada argumentación legislativa y perteneciente, a su vez, a los grandes géneros del derecho parlamentario y la ciencia de la legislación.

La mejora argumentativa del legislador en el cumplimiento de los parámetros establecidos a lo largo de este trabajo tenderá a la relación de proporcionalidad directa con respecto a la eficacia general de no solamente las normas generales que el congreso emita, sino a la eficacia de cada acto legislativo llevado a cabo por todo diputado y senador en el desempeño de sus funciones.

Bibliografía

- Diccionarios

- 1.- Consultor Jurídico Digital de Honduras, *Diccionario jurídico enciclopédico*, Honduras, 2005.
- 2.- Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, quinta edición, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1964, tomo II.
- 3.- Galimberti, Umberto, *Diccionario de psicología*, trad. de María Emilia G. de Quevedo, México, Siglo veintiuno, 2002.
- 4.- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Dirección General de Informática, 1994.

- Fuentes electrónicas

- 1.- "Glosario de términos parlamentarios", página electrónica de la Cámara de Diputados, México, LXV Legislatura, http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/007_destacados/d_accesos_directos/006_glosario_de_terminos/l_proposicion_con_punto_de_acuerdo (consultado en mayo de 2023).
- 2.- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe mensual de alerta de violencia de género contra las mujeres. Octubre de 2022*, México, https://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Publicaciones/INFORME_AVGM_OCTUBRE_22.pdf (consultado en julio de 2023).
- 3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ficha Técnica: Radilla Pacheco Vs. México*, México, https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=360 (Consultado en julio de 2023).
- 4.- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Defunciones por homicidio de enero a junio de 2022*, México, <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/DH/DH-Ene-jun2022.pdf> (consultado en julio de 2023).

5.- Pérez, Maritza, *Homicidios dolosos de mujeres suben 8.7% en tres meses del 2023*, México, El Economista, <https://www.economista.com.mx/politica/Homicidios-dolosos-de-mujeres-suben-8.7-en-tres-meses-del-2023-20230508-0008.html> (consultado en julio de 2023).

- Jurisprudencia

- 1.- JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES. Tesis IX.10.71 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1039.
- 2.- JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE. Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII, enero de 1991, p. 296.
- 3.- JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. Tesis P./J. 145/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 16.
- 4.- MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. Tesis P./J. 120/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1255.

- Leyes

- 1.- Constitución Política de la República Mexicana, 1857, México.
- 2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2023, México.
- 3.- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 2023, México.
- 4.- Ley Sobre la Celebración de Tratados, 2023, México.
- 5.- Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, 2023, México.
- 6.- Reglamento de la Cámara de Diputados, 2023, México.
- 7.- Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General, 1824, México.
- 8.- Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz, 1813, Cádiz.

- Libros

- 1.- Aguiló Regla, Josep, "Fuentes del derecho", *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015.
- 2.- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Segunda edición, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004 (obra original publicada en 1992).
- 3.- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007 (obra original publicada en 1978).
- 4.- Aristóteles, *Tópicos*, trad. de Miguel Candel San Martín, España, Gredos, 1982 (obra original publicada en 345 a.n.e.).
- 5.- Atienza Rodríguez, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- 6.- Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, España, Trotta, 2013.
- 7.- Atienza Rodríguez, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005.
- 8.- Bátiz Vázquez, Bernardo, *Teoría del derecho parlamentario*, México, Oxford, 1980.
- 9.- Bentham, Jeremy, *Introducción a los principios de la moral y la legislación*, trad. de Margarita Costa, Buenos Aires, Editorial Claridad, 2008, (obra original publicada en 1781).
- 10.- Bentham, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, México, Senado de la República, Mesa Directiva. LX Legislatura, 2009 (obra original publicada en 1843).
- 11.- Bentham, Jeremy, *Tácticas parlamentarias*, México, Senado de la República, Mesa Directiva LX Legislatura, 2006.
- 12.- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, segunda edición, trad. de Jorge Guerrero R., Bogotá, Temis, 2002 (obra original publicada en 1958).

- 13.- Bunge, Mario Augusto, "El planteamiento científico", *Revista Cubana de Salud Pública*, Cuba, vol. 43, número 3, julio-septiembre de 2017.
- 14.- Bunge, Mario Augusto, *La ciencia, su método y su filosofía*, segunda edición, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1977.
- 15.- Bustillo Marín, Roselia, *El control de convencionalidad en derecho electoral. Los principios rectores para su efectiva aplicación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.
- 16.- Calvo Soler, Raúl, "La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho", *Isonomía*, México, no. 27, octubre de 2007, pp. 171-191.
- 17.- Camacho, César, *El poder legislativo mexicano*, México, GM Espejo Imagen, 2018, tomos I y II.
- 18.- Cámara de Diputados LXIII Legislatura, *La Cámara de Diputados en 45 preguntas*, México, Consejo Editorial H. Cámara de Diputados, 2018.
- 19.- Díaz Couselo, José María, *Los principios generales del derecho*, Argentina, Plus Ultra, 1971.
- 20.- Durkheim, Émile, *La división del trabajo social*, sexta edición, trad. de Carlos G. Posada, México, Colofón, 2007 (obra original publicada en 1893).
- 21.- Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- 22.- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Valadez, Diego y Fix-Zamudio, Héctor (coords.), *Formación y perspectivas del estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- 23.- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 9, no. 2, 2011, pp. 531-622.
- 24.- Fichte, Johann Gottlieb, *Fundamento de toda la doctrina de la ciencia*, trad. de Juan Cruz Cruz, Pamplona, 2005 (obra original publicada en 1794).

- 25.- Filangieri, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, trad. de Jaime Rubio, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2018, Colección de Filosofía del Derecho, vol. I.
- 26.- García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- 27.- García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2002 (obra original publicada en 1940).
- 28.- Garita Alonso, Arturo, et al., *El debate parlamentario en la cámara de senadores*, México, Senado de la República, 2017.
- 29.- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Taurus Humanidades, 1981.
- 30.- Hamilton, William Gerard, *Lógica parlamentaria*, México, Senado de la República, Mesa Directiva. LX Legislatura, 2007 (obra original publicada en 1808).
- 31.- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- 32.- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenología del espíritu*, trad. de Wenceslao Roces y Ricardo Guerra, México, Fondo de cultura económica, 1966 (obra original publicada en 1807).
- 33.- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del derecho*, quinta edición, trad. de Angélica Mendoza de Montero Buenos Aires, Claridad, 1968 (obra original publicada en 1820), vol. 5.
- 34.- Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, Segunda edición, México, UNAM, 2017.
- 35.- Husserl, Edmund, *La idea de la fenomenología*, trad. de Jesús Adrián Escudero, España, Titivillus, 1950.
- 36.- Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve y Napoleón Cabrera, México, Durad, 1963 (obra original publicada en 1934).
- 37.- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Segunda edición, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982 (obra original publicada en 1934).

- 38.- López de Oliver y López de Platas, Joaquín María, *La elocuencia forense & La elocuencia parlamentaria*, México, Laguna, 2011 (obra original publicada en 1852).
- 39.- MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra, 2018.
- 40.- Monasterio, Diego, *Nuevo manual de retórica parlamentaria y oratoria deliberativa*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- 41.- Mora-Donatto, Cecilia, *Cambio político y legitimidad funcional. El Congreso mexicano en su encrucijada*, México, Porrúa, 2006.
- 42.- Mora-Donatto, Cecilia y Sánchez, Elia, *Teoría de la legislación y técnica legislativa (Una forma nueva de entender y ejercer la función legislativa)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- 43.- Muñoz Rocha, Carlos I., *Teoría del derecho*, México, Oxford, 2016.
- 44.- Muro Ruiz, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, 2007.
- 45.- Pedroza De La Llave, Susana Thalía, "Las fuentes formales del derecho parlamentario y su normatividad constitucional en México", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, 2012, número 26, enero-junio de 2012.
- 46.- Pedroza de la Llave, Susana Thalía y Cruz Velázquez, Jesús Javier, "Introducción a la técnica legislativa en México", en Pedroza de la Llave, Susana Thalía y Carbonell, Miguel (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- 47.- Perelman, Cahim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989.
- 48.- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, Decimosexta edición, México, Porrúa, 1979, tomo I.
- 49.- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Obligaciones*, Vigésima Primera edición, México, Porrúa, 1979, tomo III.

- 50.- Salazar Abaroa, Enrique Armando, *Derecho político parlamentario. Principios, valores y fines*, México, Porrúa, 2005.
- 51.- Santiago Campos, Gonzalo, *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*, México, Serie Roja, 2006.
- 52.- Santiago Campos, Gonzalo y Ramírez Marín, Juan, *Reglamentos del Congreso Mexicano*, México, Cámara de Diputados LX Legislatura, 2010.
- 53.- Santos Hernández, J. Jesús Ricardo, "La legislación y el Derecho actualmente en México", *Congreso Virtual Interinstitucional. Los grandes problemas nacionales*, México, número 36, septiembre de 2008.
- 54.- Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph, *Sistema del idealismo trascendental*, trad. de Jacinto Rivera de Rosales y Virginia López Domínguez, México, Titivillus, 2017 (obra original publicada en 1800).
- 55.- Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, trad. de Thies Nelsson y Rosa Grueso, Madrid, Tecnos, 1990 (obra original publicada en 1923), Clásicos del Pensamiento.
- 56.- Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, Octava edición, México, Porrúa, 1977, tomo I.
- 57.- Socorro, Juan Carlos y Cruceta, José Alberto, *Argumentación jurídica*, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2010.
- 58.- Suárez Romero, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y estado constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, México, Porrúa, 2015.
- 59.- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos parte general*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- 60.- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Introducción a la retórica y a la argumentación*, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- 61.- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, segunda edición, México, Dirección General de la Coordinación de

Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

- 62.- Torres Ruiz, José Ramón, "El derecho y la ciencia de la legislación", en Francisco Martínez Marina, *Anales de Derecho*, España, vol. 5, junio de 1984, pp. 279-328.
- 63.- Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2003.
- 64.- Uribe Benítez, Óscar, "Regulación de cannabis", *Quórum Legislativo*, México, año 2019, número 128, diciembre de 2019.
- 65.- Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, segunda edición, trad. de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, Civitas, 2007.
- 66.- Villota Cerna, Marco Antonio, et al., *La ley y la técnica legislativa en América Latina*, Lima, Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios, 2015.
- 67.- Weber, Max, *Economía y sociedad*, Cuarta edición, trad. de Eduardo García Máynez et al., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2002 (obra original publicada en 1922).