

COORDINACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN, BIBLIOTECAS Y MUSEO
DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS ESPECIALIZADOS

CONGRESO REDIPAL 2023-2024



CONGRESO REDIPAL VIRTUAL 2023-2024
Red de Investigadores Parlamentarios en Línea

PONENCIA PRESENTADA POR
Dr. Oscar Gutiérrez Parada

TÍTULO:
***LAS TRES DIMENSIONES BÁSICAS PARA LA CREACIÓN DE
TEXTOS NORMATIVOS: ELABORAR, PRODUCIR Y JUSTIFICAR***

Enero 2024

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

LAS TRES DIMENSIONES BÁSICAS PARA LA CREACIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS: ELABORAR, PRODUCIR Y JUSTIFICAR

Oscar Gutiérrez Parada ¹

Resumen

En este trabajo se abordan las tres dimensiones básicas de la creación normativa derivada de la actividad congresional: (i) elaboración del texto normativo, su sometimiento al (ii) proceso de producción (legitimación resuelta en legalidad) y (iii) justificación del texto normativo (argumentación).

Palabras clave: *creación normativa, textos normativos, producción de leyes, justificación del texto normativo; actividad legislativa.*

¹ Miembro de la Redipal. Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho; maestro en Administración Pública del Instituto Nacional de Administración Pública (México) y doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Es especialista en teoría de la Legislación, técnicas normativas y Derecho Parlamentario y ha publicado diversos artículos y libros en dichos temas. Director General de Asesoría de Diseños Normativos, S.C. México. Correo electrónico: oscargupa@gmail.com

Proemio

En este documento, el cual forma parte de un estudio más extenso, abordamos el análisis de diversas cuestiones relacionadas con la creación normativa en el ámbito jurídico con el objetivo de mostrar las dimensiones primordiales de la creación de normativa deliberada.

A. La actividad de legislar y su producto: la legislación (fuente de normas jurídicas)

En el estudio de la creación de normativa por parte del depositario del Poder Legislativo, la autoridad política más relevante de la creación deliberada de normativa), nos parece imprescindible hacer referencia a varias nociones de la Teoría General de las Fuentes del Derecho para lo cual nos basamos en los estudios de Josep Aguiló Regla². Lo primero que hace este autor es desbrozar el camino conceptual, y para ello comienza por distinguir el todo y las partes:

“La primera ‘fuente’ de desorden conceptual la encontramos en el hecho de que dentro de la expresión <<fuentes del Derecho>>, la palabra <<Derecho>> se ha usado en dos sentidos diferentes, lo que ha llevado a abordar de manera entremezclada dos problemas también diferentes. En efecto, por un lado se ha entendido referida al todo, esto es, al orden jurídico; y, por otro, referida a sus partes o componentes, esto es, a las normas jurídicas. Si se toma en consideración esta ambigüedad y por <<fuentes>> se entiende <<origen>> (que, por cierto, es su sentido metafórico más obvio), es fácil percatarse de cuáles son los dos problemas que se han entremezclado. Por un lado, lo que ha supuesto abordar cuestiones centrales del concepto de Derecho. Y, por otro, el problema del origen de las normas jurídicas individualmente consideradas, donde el orden jurídico constituye un presupuesto del problema que pretende abordar, que no es otro que el de la producción de normas jurídicas...Hemos aislado, pues, dos problemas: A) el problema del origen del orden jurídico, vinculado al concepto de Derecho; y B) el problema del origen de las normas jurídicas, vinculado a la producción normativa.”³

² Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Es., 2000.

³ *Idem*, pp. 23-24. Señala Aguiló que la distinción entre el origen del Derecho (orden jurídico) y el origen de las normas jurídicas pudiera parecer un artificio que no refleja en la realidad dos problemas, pero precisa que no lo es y que, tal distinción, es básica para el tratamiento del problema de las fuentes del Derecho, y así,

En relación con estos dos problemas, el (a) origen del orden jurídico, vinculado con el concepto de Derecho y el (b) origen de las normas jurídicas, relacionado con la producción normativa⁴, hay que tomar en cuenta, señala Aguiló, tres enfoques de la reflexión jurídica en general: (i) El enfoque explicativo o social; (ii) El enfoque justificativo o valorativo, y (iii) el enfoque sistemático o formalista. Aguiló combina las dos clases de origen con los enfoques y el resultado son diversas combinaciones. Para nuestros efectos, nos interesa la combinación en la que está el elemento del enfoque sistemático o formalista (jurídico o técnico jurídico) y el elemento del origen jurídico de las normas jurídicas (orden autopoiético, es decir, que se autorregula). Esta combinación refiere el régimen jurídico de la creación de normas jurídicas o, también conocido, recurrentemente, bajo el rubro de fuentes formales del Derecho. Esta combinación proyecta la normativa creada deliberadamente por autoridades políticas, en especial la normativa que produce el Congreso General o parlamento, aspecto que, en general, es inherente al problema de las fuentes formales del Derecho; además se debe considerar que esta clase de normativa -la ley, la legislación- es la que es objeto de estudio privilegiado de la Teoría de la Legislación⁵, por lo que no hay que perder de vista que los procesos de producción y sus productos son diversos, pues hay procedimientos de producción normativa inherentes a la constitución (reformas constitucionales); expedición de leyes (las cuales, en un sistema federal, pueden ser de diversas clases atendiendo a la calificación de las materias en cuanto a cómo son distribuidas entre los órdenes de gobierno o el señalamiento de cómo deben ser tratadas para su configuración normativa: exclusivas federales o locales, coincidentes, concurrentes,

argumenta que es indispensable introducir la distinción entre aproximaciones jurídicas y aproximaciones no jurídicas: “Por aproximaciones jurídicas voy a entender aquellas que pueden ubicarse en la casilla 3B del cuadro I.1. Es decir, las que abordan sistemáticamente el problema jurídico de la producción de normas jurídicas. Para todas esas aproximaciones la cuestión de las fuentes acaba por ser una exposición de la diversidad en la producción normativa. Se entienda por fuentes autoridades con potestad para crear normas, modos o procedimientos creadores de normas o formas de manifestación de las normas jurídicas...el discurso versará sobre la diversidad y la jerarquía de autoridades, de modos o procedimientos o de formas de manifestación.”, pp. 27-28.

⁴ *Idem*, pp. 23-24.

⁵ Ulrich Karpen en su influyente artículo sobre el estudio de la legislación en Alemania: “Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland”, en [Revista] *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1/86, [Alemania] señala que son cinco los espacios de estudio de la legislación, es decir, de la Teoría de la Legislación: 1) Teoría de la legislación (“El estudio de la legislación es la ciencia de la legislación: del legislador, del proceso legislativo y de las leyes como producto del proceso legislativo”, pp. 6 y ss.; 2) Análisis o analítica de la legislación (“La ley como fuente del Derecho”, pp. 14 y ss. ; 3) Táctica legislativa (“Titulares, órganos y procesos de la legislación”, pp. 20y ss.; 4) Metódica de la legislación o método legislativo (“Contenido, metas y medios de la ley”, pp. 25 y ss.; 5) La técnica de la legislación (“Formación, Subdivisión, Idioma y Leyes”, pp. 29 y ss.)

objeto de bases de coordinación o de legislación única⁶); elaboración de tratados internacionales, los cuales requieren, para asumirlos como cuerpos normativos de nuestro sistema jurídico, se observen los procedimientos singulares a cargo del depositario del Poder ejecutivo en cuanto responsable de las relaciones internacionales y, en su momento, de la intervención de la Cámara de Senadores del Congreso General; elaboración de textos normativos de nivel reglamentario (principalmente a cargo del Ejecutivo, etc.

Las referencias terminológicas más comunes para la creación normativa son “legislar” y “legislación” (o “la ley”). El primero refiere una actividad y el segundo un resultado; así, en la creación normativa, aparecen dos dimensiones que son correlativas de la clásica ambigüedad proceso-actividad/producto-resultado; esta ambigüedad se clarifica si recurrimos a la Teoría General de las Fuentes del Derecho.

Aguiló señala que, a partir de una definición provisional de las fuentes del Derecho⁷, éstas “son aquellos hechos y actos jurídicos, resultados institucionales, que son normas jurídicas. O, dicho con otras palabras, son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos.”⁸

Aguiló hace referencia a diversas acepciones de <<norma jurídica>>⁹. Nos interesa la significación en la que se ve la norma jurídica como documento (texto) normativo o disposición, y que nosotros identificamos genéricamente como <<texto normativo>>. Esta

⁶ Sobre la distribución de competencias en el Sistema Federal mexicano, véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema Federal. Tendencia Actual. Federalismo Normativo Centralmente Dirigido*, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, 2016.

⁷ La definición provisional de Aguiló es la siguiente: “Las fuentes del Derecho son los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas”, la cual está basada, como él lo indica, en la definición de Norberto Bobbio, para el cual las “Fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”, citado en Aguiló Regla, Josep, *Teoría general... Op. Cit.*, p. 51, nota de pie de página número 1. Nótese que en la definición de Bobbio no se califican los hechos y actos como jurídicos, en cambio en la definición provisional de Aguiló si se los connota como jurídicos.

⁸ Aguiló Regla, Josep, *Teoría general... Op. Cit.*, p. 63.

⁹ *Ib.*, pp.64-67. Los diversos sentidos, parafraseando a Aguiló, son los siguientes: a) Norma jurídica como documento normativo o disposición (designa el documento normativo dotado de autoridad, esto es, una disposición), e incorpora una formulación de normas (un significante) y un régimen jurídico (básicamente la posición dentro de la jerarquía normativa); la identificación de algo como una disposición no proviene de su contenido, del significado del texto, sino del proceso institucional del que el texto en cuestión es resultado; ese procedimiento es la base para identificar la disposición y el estatus de su régimen jurídico; b) Norma jurídica como costumbre jurídica (reglas sociales no prescritas; ciertas prácticas sociales que incorporan una actitud normativa); c) norma jurídica como norma implícita (normas jurídicas que no han sido formuladas por ninguna autoridad y que tampoco son la expresión de un modelo de conducta extraído de prácticas sociales normativas; V. gr., principios jurídicos implícitos); d) norma jurídica como unidad abstracta del discurso jurídico (reconstrucción a partir de material normativo; V. gr., enunciados dispersos en diversos artículos); e) norma jurídica como premisa normativa de un razonamiento jurídico acabado (premise normativa -reconstruida- para el desarrollo de un razonamiento jurídico -subsunción judicial-).

acepción puede ser vista como resultado institucional, es decir, “[l]os documentos normativos, como actos jurídicos...”¹⁰.

En su investigación, Aguiló nos señala que las normas jurídicas se pueden clasificar por su origen: a) normas que provienen de autoridades políticas; b) normas que provienen de autoridades jurisdiccionales; c) normas que provienen de ciertas prácticas sociales, y d) normas que provienen de la elaboración racional del propio Derecho.¹¹

Enfocamos nuestra mirada en las fuentes-acto cuyo origen está en autoridades políticas, en especial la legislación derivada de la actividad del congreso o parlamento. Ahora bien, si los actos jurídicos presuponen, necesariamente, una regla de competencia: “Si se da el estado de cosas *X* y el sujeto *Z* realiza la acción *Y*, entonces se produce el resultado institucional *R*.”¹², se puede señalar que “<<si el legislador (el sujeto *Z*) aprueba un documento normativo (realiza la acción *Y*) entonces se produce el resultado ley (resultado institucional *R*)>>”¹³. Por otro lado, señala Aguiló que a partir de considerar que no todo acto jurídico es una fuente-acto, se deben destacar las propiedades por las que se determina que las fuentes-acto son una especie del género actos jurídicos, para lo cual, basándose en los estudios de Riccardo Guastini, indica que las propiedades de las fuentes-acto son: a) hay una autoridad a la que se le ha adscrito la regla de competencia para crear Derecho; b) el conjunto de actos procedimentales por los que se producen normas; c) el texto normativo resultado del procedimiento de producción; y d) las normas que se derivan del texto normativo a través de mecanismos de interpretación.¹⁴ Estas propiedades pueden ser agrupadas como antecedentes o como consecuentes: a) y b) son antecedentes, y c) y d) son consecuentes.

Con base en lo señalado por Aguiló Regla, la estructura completa de la regla de competencia de las fuentes- acto, se muestra en el esquema siguiente¹⁵:

¹⁰ *Idem.*, p. 67.

¹¹ *Ib.*

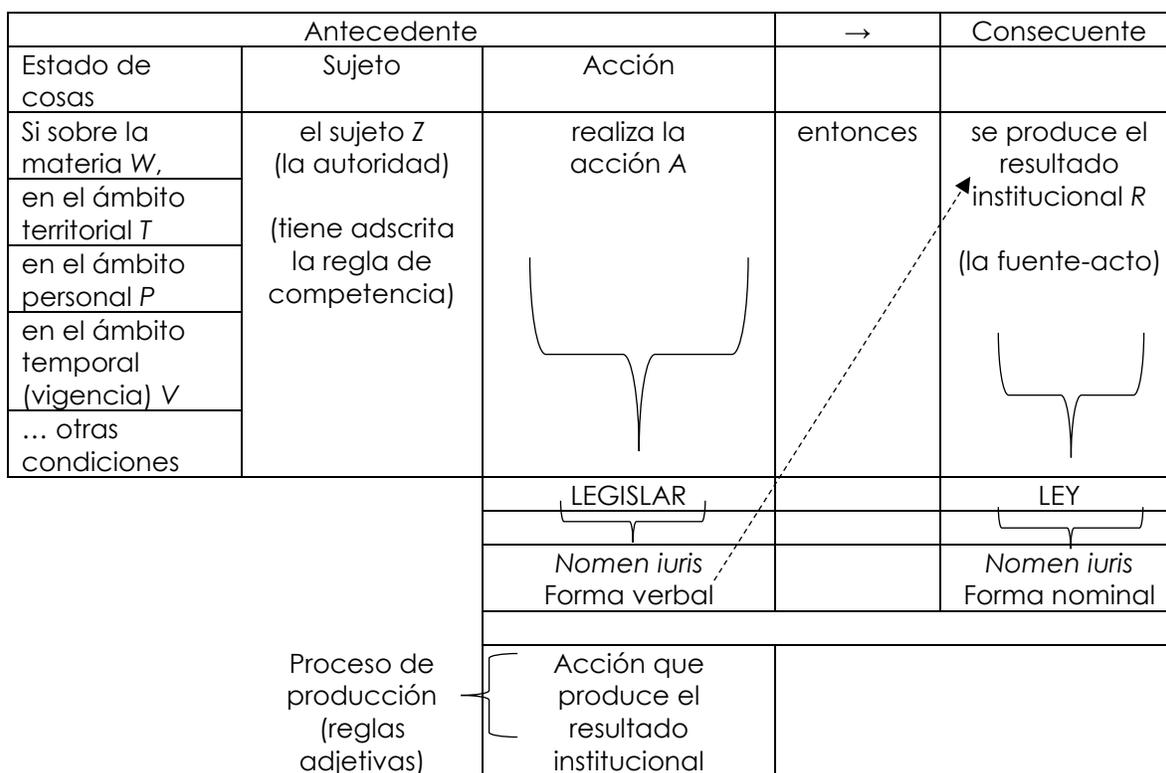
¹² *Ib.*

¹³ *Ib.*

¹⁴ *Idem.*, pp. 69-70.

¹⁵ Este esquema es una reconstrucción, con especificaciones nuestras, de los señalamientos de Aguiló Regla, véase *Ib.*, pp. 80-81.

Esquema 7. Regla de competencia de las fuentes-acto



Elaboración propia

Ahora bien, el resultado o producto (ley, legislación) de la actividad o proceso <<legislar>> es válido en dos sentidos: uno formal y otro material. En efecto, predicar de las normas que son válidas tiene dos significados básicos. Por un lado, validez como existencia y, por el otro, validez como legitimación o corrección y que presupone el primero, pero no a la inversa.¹⁶ En el sentido de validez como existencia “si puede decirse que los juicios de validez de las normas se formulan con independencia del contenido de las mismas: para determinar que algo es una ley no atendemos a su contenido, sino al sujeto que la dictó y al procedimiento seguido para hacerlo.”¹⁷ En la significación de legitimidad o corrección “el juicio de validez ya no es independiente del contenido. Cuando afirmamos que algo es una ley inconstitucional estamos diciendo que ese algo es una ley (existe), pero ilegítima o incorrecta (inválida). La invalidez en este caso depende del contenido de la ley en cuestión.”¹⁸

¹⁶ Aguiló Regla, Josep, *Teoría General de las fuentes del Derecho... Op. Cit.*, p. 41

¹⁷ *Idem.*, p. 41

¹⁸ *Ib.* Sobre este sentido de validez, es decir, como legitimidad o corrección, señala Aguiló: “Podría pensarse que el segundo sentido de validez, en realidad, es extraño al tema de las fuentes del derecho. Que a ellas sólo

Estas son las pautas que, de inicio, se deben considerar al evaluar la legislación en su aspecto formal y en su aspecto material o sustancial. La verificación de que el emisor de la ley es competente y ha seguido el proceso de producción es relativamente sencillo¹⁹; en cambio, las cuestiones sustantivas inherentes al contenido de la ley en tanto consistencia y coherencia son mucho más complejas, pues las porciones de la realidad que calificamos como materias deben ser conformes con ciertos parámetros valorativos, sin embargo, “las materias” presentan zonas difusas y de penumbra que se van clarificando al ir desarrollando significaciones (procesos de concreción que pueden tener un sentido al ir de lo general a lo particular o ir de lo particular a lo general, significaciones que se dan tanto al legislar como en la revisión judicial) de la materia de que se trate, las cuales, a su vez, deben tomar en cuenta los principios y valores que informan la regulación de las materias correspondientes.

B. Poder Constituyente y poderes constituidos: actividades y procesos de creación normativa

En línea con lo visto en el apartado anterior, el primer punto de abordaje es diferenciar ciertas actividades específicas y sus procesos de creación normativa²⁰ referidos a la configuración de un orden jurídico, y su respectivo sistema jurídico positivo.

Comencemos por señalar que la acción “legislar” parece ser que es, *mutatis mutandi*, aplicable a la actividad que desarrolla una asamblea constituyente o Poder Constituyente; sin embargo, la actividad de un Poder Constituyente (autoridad delegante) se diferencia de la actividad de los poderes constituidos en especial del depositario del Poder Legislativo como poder constituido (autoridad delegada) como, por ejemplo, al observar las reglas del debate, pues en una asamblea constituyente no tienen carácter jurídico como el que sí tienen cuando es un poder constituido (como el Congreso General)²¹.

atañe el primero, porque el problema de las fuentes se circunscribe a la cuestión de la distribución de los poderes normativos...Sin embargo, no debe olvidarse que estos juicios de validez (corrección) tienen que ver con la limitación de los poderes normativos y que difícilmente podrá considerarse acabado el estudio de distribución sin hacer referencia a su limitación.”, p. 41.

¹⁹ Pero de que sea relativamente sencillo no se sigue que se presenten casos de incertidumbre cuando el Poder Judicial examina (revisión judicial) si se cumplieron las pautas que rigen el proceso legislativo, pues se cae en el tema de violaciones graves y sustanciales del “debido proceso legislativo”.

²⁰ Algunas ideas de este apartado fueron expuestas en la ponencia “Elementos para la construcción de un marco teórico sobre la creación normativo-jurídica”, San Luis Potosí, S.L.P., noviembre de 2003, durante la Reunión Nacional XIV de la Asociación Nacional de Abogados de Instituciones Públicas de Educación Superior, A.C. (ANAIPEs), Memoria de la XIV Reunión Nacional, archivo de la ANAIPEs.

²¹ Las reglas que rigen el debate constituyente son acordadas al inicio de los trabajos del Poder Constituyente y de manera previa al inicio formal de los debates, y solamente tienen vigencia durante el funcionamiento de la asamblea constituyente y no son reglas estrictamente jurídicas, pues no preexisten ni pertenecen a ningún sistema jurídico anterior y vigente a la labor de la asamblea constituyente; en cambio, el Congreso General,

Un examen preliminar de actividades y procesos para legislar permite distinguir²²:

- (a) [1] La actividad por la que se establece normativa jurídica primaria, fundante e instituyente de un orden jurídico, mediante un texto constitucional, actividad en la que se desarrollan procesos deliberativos con base en los cuales se redacta un texto constitucional, el cual, una vez aprobado es establecido (promulgado y publicado), y
- (b) A partir del establecimiento de un texto constitucional²³, se posibilitan, a su vez, tres actividades:
 - (i) [2] La actividad de creación normativa respecto de la normativa primaria, es decir, del texto constitucional, y que se concreta mediante el proceso constitucional de modificación constitucional; actividad que corresponde al Poder Reformador o Poder Constituyente Permanente;
 - (ii) [3] La actividad de creación de normativa derivada del texto constitucional (texto original o modificado), a través del proceso legislativo ordinario a cargo principalmente del Congreso o Parlamento; la actividad asume deferentes modalidades según la materia de que se trate²⁴ o, incluso, el órgano competente de realizarlo²⁵ y, por ende, cabría hablar de procesos legislativos diferenciados; y
 - (iii) [4] La actividad de cambio normativo de la normativa derivada (modificaciones), actividades que se desarrollan a través del proceso

poder constituido, necesariamente opera con base en reglas jurídicas que pertenecen al sistema jurídico y que fueron establecidas con anterioridad a su funcionamiento.

²² Por comodidad de lenguaje y de exposición utilizaremos el término actividad para identificar qué se hace y proceso para cómo se realiza la actividad. Subyace la ambigüedad clásica actividad/proceso - producto/resultado.

²³ En el primer momento de vigencia de un texto constitucional se posibilita el surgimiento de un orden jurídico que en ese primer momento se identifica casi totalmente con el sistema jurídico, es decir, las pautas normativas del orden jurídico vienen a ser las contenidas en el texto constitucional (único sistema normativo positivo), el cual, a partir de los momentos siguientes será configurado normativamente mediante leyes e, incluso, modificaciones al propio texto constitucional. Señalamos que la identificación es casi total porque hay materias cuya regulación no cabe en el texto constitucional primario como el caso de las materias de aguas de los mares territoriales y el espacio aéreo.

²⁴ Por ejemplo, las materias de empréstitos, contribuciones, impuestos, o sobre reclutamiento de tropas deben discutirse primeramente en la Cámara de Diputados, pues la regla general es que la discusión de cualquier materia puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras del Congreso General (Artículo 72, inciso H, constitucional)

²⁵ Es el caso de las materias exclusivas de cada cámara del Congreso General, V. gr., el presupuesto de egresos es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados; la aprobación de tratados internacionales es facultad exclusiva de la Cámara de Senadores.

legislativo ordinario (en el que también aplica la mencionada diferenciación procesal), y en el que también encontramos diferenciación de procesos (sea por materia o por órgano que interviene²⁶).

Lo primero que se debe resaltar es que se trata de dos grandes espacios de actividades: una inherente al establecimiento de un texto constitucional y otra que se desarrolla una vez que se ha establecido el texto constitucional y que es relativo a la generación de legislación secundaria. La primera actividad queda a cargo del Poder Constituyente y la segunda es responsabilidad de los poderes constituidos, incluyendo el órgano que tiene la competencia de modificar el texto constitucional primario y que se denomina Poder Reformador (o Poder Constituyente Permanente).

De acuerdo con estas actividades y sus procesos, es evidente que estamos en presencia de dos actividades netamente visibles: la *elaboración* del texto normativo y su sometimiento al *procedimiento de producción* respectivo; sin embargo, hay una actividad no tan visible como las mencionadas y que se debe considerar como una tercera actividad inherente a la *justificación* (a través de los cánones de la argumentación en sede congresional) de un texto normativo por el que se establece un orden jurídico y su respectivo sistema jurídico primario (texto constitucional) en el que destacan la organización del poder público a partir de una serie de decisiones sobre la conformación de un sistema político y, además, se instituyen, en un primero momento histórico, ciertos derechos fundamentales como límites al poder público.

La organización del poder público y los límites y actuaciones que implican los derechos fundamentales están conectados con las exigencias del Estado de Derecho y, actualmente, del Estado Constitucional de Derecho²⁷.

En la parte de la organización del poder público la exigencia primaria está relacionada con el principio de división de poderes y, además, una serie de decisiones sobre la clase de régimen político, destacando prescripciones sobre asumir la forma republicana o monárquica, régimen democrático o no democrático, sistema presidencial o

²⁶ Véase las dos notas de pie de página anteriores.

²⁷ El Estado Constitucional de Derecho contemporáneo presenta entre sus elementos definitorios los valores que derivan del Principio del Imperio de la ley para erradicar la arbitrariedad; las libertades liberales para combatir el autoritarismo; los principios democráticos, tanto formales como sustanciales, para evitar la exclusión política; y el aspecto social en el que juega el individuo *en posición social* para evitar la exclusión social y que se proyecta en los derechos sociales.

parlamentario, y la forma de estado en cuanto a su organización territorial: federación o estado central o unitario.

Así, hay tres interrogantes básicas: (i) cómo se elabora el texto normativo (qué se regula -materia- y cómo se regula -contenidos-); (ii) cómo se legitima, observando la legalidad respectiva, el cambio normativo (-proceso de producción-); y cuál es la (iii) justificación del texto normativo y de sus cambios (argumentación congresional).

C. Tres dimensiones que informan las actividades de creación normativa: elaboración, procesos de producción y justificación del cambio normativo

A partir de considerar que las actividades de creación normativa tienen como parámetros tres dimensiones, tal y como se infiere de lo visto en el apartado anterior: elaboración del texto normativo, proceso(s) de producción y justificación, es imprescindible examinar los diversos planos en los que se proyectan tales dimensiones.

1. Dimensión de elaboración del texto normativo

En los procesos de elaboración de textos normativos es indispensable comenzar por el conocimiento del <<problema social>> para lo que se requiere un diagnóstico social, cuestión que es pertinente abordarla a partir de un cuestionario sobre la problemática social. Una vez entendido razonablemente el problema como tal y su calificación como problema social se pregunta si se requiere respuesta normativa y si la respuesta es positiva entonces se pasa al análisis sobre la pertinencia y oportunidad de emitir determinada regulación para lo cual nos auxiliamos del cuestionario respectivo. En este punto se aprovechan otras experiencias nacionales, extranjeras y, en su caso, internacionales. Asimismo, debe tenerse en cuenta los parámetros constitucionales, tanto en su parte orgánica como sustantiva, y convencional (en especial en materia de derechos humanos, sea que la futura normativa incida directa o indirectamente en su promoción, respeto, protección y garantía y que, en general, se conoce como <<perspectiva de derechos humanos>>).

Con base en lo anterior, se afina la respuesta de las preguntas qué regular y cómo regularlo, tomando en cuenta las directrices o lineamientos de técnica legislativa conocidas también como manuales de técnica legislativa.

En un tercer plano de la dimensión de elaboración de textos normativos se aplican las metodologías y técnicas para la elaboración de textos normativos. La labor se orienta por la Teoría de los Enunciados Jurídicos (tipología de enunciados jurídicos: principios, directrices, reglas de acción, reglas de fin, reglas de competencia, reglas puramente

constitutivas, reglas que expresan el uso de poderes normativos y que se proyectan en los artículos transitorios, así como las definiciones <<legales>>). Una vez elaborado, preliminarmente, el texto normativo se somete al cuestionario sobre la calidad de las leyes en el que la racionalidad pragmática y lingüística juegan un papel primordial (sin menoscabo de las otras racionalidades: jurídico-formal, teleológica y ética).

En este punto es de suma importancia tomar en cuenta el papel que juegan los manuales de técnica legislativa en la elaboración de textos normativos, los cuales constituyen un conjunto de lineamientos que se deben tomar en cuenta durante la elaboración de un texto normativo. Los manuales son guías de actuación, pero no establecen ni las metodologías ni las técnicas para operar los lineamientos o directrices respectivos. Son, por usar una metáfora, un faro, es decir, orientan para llegar a buen puerto, pero un faro no enseña a navegar.

2. Dimensión sobre el proceso de producción de creación normativa

Una vez que se cuenta con una propuesta de texto normativo (un proyecto), y si la intención es que se introduzca al sistema jurídico, debe ser sometido al procedimiento de producción respectivo. En general, los procedimientos de producción normativa se reconducen el <<proceso legislativo>> con la finalidad de que los actores políticos se pronuncien sobre el mismo, lo que genera el debate respectivo, bajo parámetros de deliberación democrática. Aquí, la legitimación se resuelve en legalidad por lo que observar las reglas adjetivas que rigen el procedimiento correspondiente es fundamental. Lo que era un problema social por efecto de la propuesta de regulación se ha problematizado jurídicamente, es decir, sobre el problema social se plantea <<lo normativamente correcto>>.

El proceso legislativo, *in abstracto*, implica necesariamente la aplicación de las reglas de las mayorías, por lo que es importante diferenciar las clases de mayorías y cuáles se exigen en cada etapa procedimental. La regla general es la mayoría absoluta, es decir, que las votaciones se tomen por más de la mitad de los legisladores presentes en la sesión respectiva, además de considerar la persistencia del quorum de instalación válido respectivo. En el caso de modificaciones constitucionales la aprobación de una propuesta de cambio constitucional requiere de mayoría calificada de las dos terceras partes de legisladores presentes (exigencia que opera para cada cámara) y, considerando que somos un Estado Federal, se necesita de la mayoría absoluta (más de la mitad) de las legislaturas estatales. Un punto que siempre hay que tomar en cuenta es que las votaciones se deben tomar en sesiones válidamente instaladas, debiéndose sostener el quorum de instalación

mínimo en el momento de tomar la votación respectiva. Las cámaras del Congreso General se instalan, por regla general, con más de la mitad del total de sus miembros²⁸.

Un punto importante a considerar se presenta cuando una propuesta de cambio normativo refiere la modificación del texto constitucional o de textos de leyes vigentes en aspectos procedimentales o adjetivos, casos en los que es recomendable utilizar metodologías y técnicas que auxilian en el examen de la propuesta normativa como la técnica de “DiaBlo”, es decir, *diagramas de bloque* que implican flujogramas o cursos de acción según se van regulando/redactando los enunciados jurídicos inherentes a las etapas procedimentales correspondientes.

Hemos señalado que el proceso legislativo es un parámetro abstracto al cual se reconducen los múltiples procedimientos de producción de normativa, por lo que se debe estar atento a las peculiaridades de cada procedimiento según el asunto de que se trate. Por ejemplo, la ley de ingresos y el presupuesto de egresos tienen regulación especializada; los cambios constitucionales siguen lo establecido en el artículo 135 constitucional, pero, en general, todos ellos se reconducen a lo establecido en los artículos 70, 71 y 72 constitucionales.

La experiencia nos muestra que muchos debates se vuelven infructuosos porque el texto normativo no es claro, es impreciso, y, obviamente, genera suspicacias por parte de los legisladores, sobre todo si se considera que están integrados en grupos parlamentarios que responden a intereses contrapuestos. De esta manera, desde la perspectiva de la técnica legislativa, la exigencia de claridad, precisión, buena ordenación y sistematización, de un texto normativo abona en hacer más fluidos los debates. Desde luego, el texto normativo propuesto puede ser muy claro y preciso, bien ordenado y sistematizado, y, sin embargo, persistir un fuerte desacuerdo al respecto haciendo que los debates sean muy intensos, caso en el que priva el mundo de la política en su proyección de ideologías, lo

²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 69, primer párrafo, primera parte: “Las Cámaras no pueden abrir sus sesiones ni ejercer su cargo sin la concurrencia, en cada una de ellas, de más de la mitad del número total de sus miembros;...”. Valga señalar que es inexacto considerar que la mayoría absoluta es la mitad más uno, pues en caso de que el órgano colegiado de que se trate esté integrado por un número total de miembros impar o los presentes representen número impar, las operaciones matemáticas conducen a equívocos. Al respecto, véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema de votaciones y de mayorías en el Congreso General. Legitimidad (poder) y legalidad (derecho)*, Asesoría de Diseños Normativos, México, octubre 2013. Un caso en el que se exige instalación de dos terceras partes del <<total de miembros de cada cámara>> es el de falta absoluta de Presidente de la República, previsto en el artículo 84 constitucional, tercer, cuarto y quinto párrafos, (... si el Congreso de la Unión se encontrase en sesiones y *concurriendo, cuando menos, las dos terceras partes del número total de los miembros de cada Cámara*, se constituirá inmediatamente en Colegio Electoral... [las cursivas son nuestras])

cual no debe desanimarnos, pues de lo que se trata es construir consensos y esa es parte de la función del proceso legislativo.²⁹

3. Dimensión de justificación de la creación normativa

Durante mucho tiempo ha prevalecido la idea de que el legislador no está obligado a justificar sus decisiones, sea política, jurídica o moralmente, y se han dado diversas excusas para ello. Así, por ejemplo, se dice que si en el pueblo reside la soberanía nacional y el legislador es su representante directo entonces el legislador es el poder soberano por excelencia y, precisamente por ser soberano, no tiene por qué justificar sus actos, argumento que implica, entre otras cosas, que al ser representantes del pueblo conocen lo que el pueblo quiere y sólo ellos saben, como intérpretes <<auténticos>> de la voluntad del pueblo, que necesita y quiere el <<pueblo>>, y así, rendir cuentas es un despropósito. A final de cuentas, bajo la pauta del Estado Constitucional de Derecho ninguna excusa es válida para considerar que los legisladores no den <<razones>> sustantivas de sus decisiones y actos.

Norberto Bobbio³⁰ consideraba como una promesa incumplida de la democracia el que los gobiernos no fueran transparentes, que fueran crípticos, ocultos, no públicos, en los que el manejo de razones de Estado impide dar a conocer quién ha tomado determinada decisión, con base en cuál información, a quién o a quiénes se consultó, si es que se consultó a alguien, por qué y para qué se tomó cierta decisión. La democracia nació reclamando la eliminación del poder invisible, la democracia implica contraponerse a los gobiernos guiados por los cánones de los *arcana imperi*, es decir, bajo los secretos de un

²⁹ Los debates, en gran medida, se explican por los desacuerdos de índole política, y aquí juega un papel primordial el concepto de las “circunstancias de la política”, el cual ha sido desarrollado, entre otros, por Jeremy Waldron en su obra *Derecho y Desacuerdos* (Waldron, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Es., 2005.]. En esta obra Roberto Gargarella y José Luis Martí, en el Estudio Preliminar a dicha obra, señalan: “Una intuición básica que recorre todo el texto es la de que la política se desarrolla en condiciones muy particulares, que son precisamente las que nos permiten comprender el significado del Estado de derecho, o explicar el sentido de virtudes tales como la tolerancia ante el disenso o la civilidad. WALDRON se refiere a dichas condiciones como las circunstancias de la política, adaptando así la idea de HOBBS, HUME y modernamente RAWLS acerca de las «circunstancias de la justicia» (es decir, entre otras, la «escasez moderada de recursos» y el «altruismo limitado»). Concretamente WALDRON identifica dos circunstancias básicas de la política: la existencia de desacuerdos y la necesidad percibida por todos de un curso de acción común. Estas dos condiciones, lejos de suponer un obstáculo para el desempeño de la política en general, o para el funcionamiento de nuestras instituciones políticas concretas, las hacen tanto posibles como necesarias. Y aunque no hayan recibido hasta ahora demasiada atención por parte de la filosofía política y del derecho, no es posible una correcta comprensión de las funciones de la política sin entender en qué consisten las dos condiciones que la generan.”, p. 18.

³⁰ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1984, pp. 22-34; 65-83.

imperio: necesidad de que las decisiones políticas no fueran objeto de conocimiento de los súbditos.

Dentro de las exigencias democráticas del Estado Constitucional de Derecho está, en los primeros lugares, la transparencia, la publicidad, la rendición de cuentas. El Poder Legislativo tiene como función primordial hacer leyes que de suyo deben ser generales y abstractas, y la actividad de hacer leyes conlleva uno de los poderes más potentes: el poder político de afectar, en sentido negativo o positivo, personas, sus bienes, en suma, estados de cosas; regular la conducta prohibiendo, obligando o permitiendo acciones. Unas palabras del legislador bajo modalidad prescriptiva y dejamos de ser lo que éramos para ser otros o dejamos de tener cosas o perder la posibilidad de adquirir cosas; de la noche a la mañana se nos posibilita comerciar algo o se nos impide hacerlo, de la noche a la mañana se quitan o se adscriben reglas de competencia a las autoridades o a los particulares, en fin, ese poder normativo es realmente algo muy potente, y el legislador aprovecha, unas veces bien otras no, la tesis, como uno de los ideales democráticos, de que la ley expresa la voluntad general y tendría ésta, por ser lo que es, es inmovible. En un plano abstracto está bien la apelación a la voluntad general, pero de ello no se sigue que el legislador no tenga que justificar su decisión política plasmada en una ley. Así, la voluntad general que se expresa en una ley vista ésta como decisión política, requiere se justifique precisamente para explicitar por qué el legislador considera que se trata de la expresión de la voluntad general, y así los razonamientos que de acuerdo con el legislador justifican la ley -voluntad general- serían objeto de escrutinio público.

Quizá uno de los aspectos más débiles de la actividad congresional es la deficiente justificación de los cambios normativos. Las exposiciones de motivos, en general, dejan mucho que desear, no muestran metodología de análisis, en no pocas ocasiones pasan por alto cambios normativos que aparecen en el texto dispositivo sin que se indique cuáles son las razones de la propuesta normativa. Todo ello demerita la labor congresional y ha sido motivo para fortalecer la tesis de plena justificación de la justiciabilidad (V. gr., modelo sustantivista de Ronald Dworkin), esto es, el poder que se da a los jueces constitucionales para revisar las decisiones políticas plasmadas en leyes expedidas por el legislador; la tesis contrapuesta (V. gr., modelo procedimentalista de J. Waldron), sostiene que el legislador cuenta con los elementos para que sus decisiones sean las correctas, y quizá ello sea así en la realidad que el modelo procedimentalista tiene presente: la de los Estados Unidos de América; pero en nuestro país distamos mucho de tener legisladores como los de esa latitud, sin perjuicio del peso real que tienen las culturas jurídicas de cada país: nuestras

prácticas congresionales, federal y locales, hoy por hoy, no son un foro en el que por el mero seguimiento del proceso legislativo esté garantizada que la decisión política/ley es lo normativamente correcto.

En todo caso, el mínimo exigible formal es el respeto de las reglas democráticas en sede congresional: justamente ese primer nivel en el que la legitimidad se resuelve en legalidad. Pero sería un error quedarse en ese nivel: el punto es escalar a los otros niveles en los que ya juegan exigencias sustantivas, y es aquí en el que el reclamo de justificación cobra pleno sentido. No basta observar las reglas adjetivas, se requiere argumentación/justificación sustantiva y, por ello, en el desarrollo del proceso legislativo, deben tenerse siempre en cuenta los parámetros constitucionales y convencionales.

Para adecuadas argumentaciones que sirvan de base para justificar los cambios normativos tenemos a nuestro alcance, como insumos para argumentar/justificar, los diagnósticos sobre el problema social, el cuestionario sobre el análisis de la pertinencia y oportunidad acerca de la respuesta normativa bajo pautas de <<lo normativamente correcto>>.

Sobre las peculiaridades de la argumentación en sede congresional hay un gran vacío. Los tratadistas se han contentado con repetir el modelo de las racionalidades del legislador de Manuel Atienza, el cual debe ser visto, entre otras perspectivas, como una base para desarrollar mucho más la cuestión.

Aristóteles, en su obra sobre la retórica, examina la argumentación deliberativa de la cual señala que es la que corresponde a asambleas legislativas/deliberativas, y éstas toman decisiones hacia el futuro³¹, cuestión que nos lleva a los análisis de prospectivas respecto de los cuales deben estar conectados con el cuestionario sobre el problema social (diagnóstico) y el cuestionario sobre pertinencia y oportunidad de la respuesta normativa. ¿Por qué se quiere cambiar la realidad?, ¿para qué se quiere cambiar?, estas son las preguntas clave con las que debe justificarse el cambio normativo. Aristóteles, en la *Retórica*, nos proporciona un modelo de estructura del discurso deliberativo: exordio,

³¹ Aristóteles, *Retórica*, Gredos, Colección Clásica Gredos, 142, Introducción, traducción y notas por Quintín Racionero, Es., 1999. Señala Aristóteles: “Lo propio de la deliberación es el consejo y la disuasión; pues una de estas dos cosas es lo que hacen siempre, tanto los que lo aconsejan en asuntos privados, como los que hablan ante el pueblo a propósito del interés común. ... [el tiempo para la deliberación es], el futuro (pues se delibera sobre lo que sucederá, sea aconsejándolo, sea disuadiendo de ello)...” (p. 194); más adelante señala Aristóteles: “Los principales temas sobre los que todo el mundo delibera y sobre los que hablan en público aquéllos que dan consejos son, poco más o menos, en número de cinco. A Saber: los que se refieren a la adquisición de recursos, a la guerra y a la paz, y, además, a la defensa del territorio, de las importaciones y exportaciones, y a la legislación.”, p. 200.

narración, demostración y epílogo³², el cual podemos tomar como pauta de organización y sistematización de la argumentación respectiva.

La argumentación en general presupone diversos conocimientos: metodología (cánones del método científico, tanto *in abstracto* como en concreto), lingüística (en la que se debe considerar la ortografía, la sintaxis, la semántica y el manejo de textualidad o composicionalidad, lógica clásica (estructura y componentes del silogismo clásico, silogismo condicional, esquema del sorites, polisilogismo, etc.), lógica deóntica (problema de la interdefinibilidad, fenómeno de la alotropía lingüística³³), conocimiento sobre sesgos cognitivos (pues impactan en las creencias/verdades), teoría general del derecho (principalmente sobre los conceptos jurídicos fundamentales), ponderación abierta, es decir, no bajo la ley de la colisión, sino análisis de medios idóneos para la consecución de fines valiosos. Por otra parte, se requiere conocimientos sólidos de derecho constitucional tanto en la parte orgánica como la de los derechos, sean humanos (derechos individuales -civiles y políticos- y derechos sociales) o derechos de relevancia constitucional.

COROLARIO

Las actividades de elaboración, proceso de producción y justificación de textos normativos y sus cambios normativos, dan lugar al análisis de la creación normativa en tres dimensiones o planos de conocimientos: elaboración-producción-justificación, mismas que se correlacionan, respectivamente, con las técnicas normativas (técnica legislativa), el proceso de producción normativa (proceso legislativo) y la argumentación congresional o

³² *Idem.*, Libro III, punto 13, Las partes del discurso, pp. 555-596. Señala Aristóteles: “Dos son las partes del discurso, ya que por fuerza se ha de exponer la materia de que se trata y, además, hay que hacer su demostración. Por ello es imposible hablar sin demostrar o demostrar sin hablar previamente; porque demostrar implica algo que demostrar y decir algo previamente tiene por causa demostrarlo. De estas dos partes, una es la exposición y otra la persuasión, del mismo modo que se distingue entre el problema y la demostración. Pero, en la actualidad se hacen divisiones ridículas. Pues, en efecto: la narración es, a lo más, sólo propia del discurso forense; pero en el epidíctico y el político, ¿cómo va a ser posible que haya una narración como la que dicen? ¿O cómo < puede haber > impugnación de la parte contraria o epílogo en los discursos epidícticos? Por otra parte, el exordio, el cotejo de argumentos y la recapitulación se dan, ciertamente, a veces en los discursos políticos, cuando hay posturas contradictorias; y (ello es) desde luego así en cuanto que muy a menudo (contienen) acusaciones y defensas, pero no en cuanto a la deliberación. En cambio, el epílogo ni siquiera se da en todos los discursos forenses; por ejemplo, si es pequeño o fácil de recordar, pues sucede que así acortan su longitud. Por lo tanto, en resumen, las partes necesarias son sólo la exposición y la persuasión. Éstas son, pues, las propias; y, a lo máximo, exordio, exposición, persuasión y epílogo.”, pp. 555-556

³³ Véase: Gutiérrez Parada, Oscar, *Técnicas legislativas/Técnicas normativas. Hacia una mejor hechura de las leyes: operadores deónticos y alotropía lingüística*, Asesoría de Diseños Normativos, S. C., México, septiembre 2015.

parlamentaria (justificación del cambio normativo a partir de los parámetros de la democracia deliberativa)³⁴.

Estas actividades forman parte del primer espacio de reflexión de una Teoría de la Legislación del Estado Constitucional de Derecho. Las dimensiones mencionadas son correlativas y forman una triada básica en la creación normativa: la existencia de una no se entiende sin la otras, y viceversa, de tal manera que entre ellas se da una relación o correspondencia recíproca.

³⁴ Sobre la justificación -argumentación- de la creación de normatividad, sólo recientemente se está atendiendo este rubro gracias a las exigencias axiológicas del Estado Constitucional de Derecho, aunque, en México, de manera muy tímida y confusa.

FUENTES CONSULTADAS

- Aguiló Regla, Josep (2000); *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, España
- Aristóteles (2005); *Retórica*; edit. Gredos, *Colección Clásica Gredos*, México.
- Bobbio, Norberto (1984); *El futuro de la democracia*, FCE, México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En:
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, consultado en enero 2024.
- Gutiérrez Parada, Oscar (2003); “Elementos para la construcción de un marco teórico sobre la creación normativo-jurídica”, Ponencia leída en la Reunión Nacional XIV de la Asociación Nacional de Abogados de Instituciones Públicas de Educación Superior, A.C. (ANAIPEs), *Memoria de la XIV Reunión Nacional, archivo de la ANAIPEs., San Luis Potosí, S.L.P., noviembre de 2003.*
- _____ (2016); *Sistema Federal. Tendencia Actual. Federalismo Normativo Centralmente Dirigido*, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, 2016.
- Gutiérrez Parada, Oscar (2015); *Técnicas legislativas/Técnicas normativas. Hacia una mejor hechura de las leyes: operadores deónticos y alotropía lingüística*, Edit. Asesoría de Diseños Normativos, S. C., México.
- Karpen, Ulrich (1986); “Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland”, en [Revista] *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1/86, [Alemania, 1986]
- Waldron, Jeremy (2005); *Derecho y Desacuerdos*; edit. Marcial Pons, España.