



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

LA TEORÍA DE LA DOBLE DIMENSIÓN DEL
DERECHO DE ROBERT ALEXY.
POSIBILIDADES PARA EL FORTALECIMIENTO
DE SU TEORÍA

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A:

LIC. PABLO RODRÍGUEZ
NATAREN

TUTOR PRINCIPAL:
DR. ALEJANDRO NAVA TOVAR
FACULTAD DE DERECHO

Ciudad Universitaria, CD. MX., junio de 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México por la libertad y la inolvidable vida académica del campus.

A las autoridades de la Facultad de Derecho y a la División de Estudios de Posgrado en Derecho, por brindarme la oportunidad de realizar una estancia de investigación en la Universidad Castilla la Mancha.

A mi asesor de tesis, el Dr. Alejandro Nava Tovar, por su guía, ejemplo y gran conocimiento, quien me ayudó para transitar en los intrincados caminos de la filosofía del derecho.

Al gran apoyo, amabilidad y enseñanzas del Dr. Alfonso García Figueroa y a los miembros del departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Castilla la Mancha, campus Toledo, en especial, al Dr. Miguel Pacheco Rodríguez y al Dr. Santiago Ángel Sastre Ariza, por todas sus observaciones y comentarios.

A Julio Cesar Bonilla Gutiérrez, Comisionado Ciudadano del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México por su apoyo, amistad y gran calidad humana.

Al Lic. Ricardo Espinoza López, Secretario General de la Confederación Auténtica de Trabajadores, por su apoyo y por creer en mí.

A mis grandes amigos por sus observaciones, en especial a José Humberto Huitrón Altuzar, Emerson Cadena Pérez y Armando Arana Arana.

A todo el cariño y dedicación que me han brindado mi padre y madre, a lo largo de mi vida, sin el cual, no hubiera sido posible escribir ninguna sola palabra de esta investigación.

LA TEORÍA DE LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DERECHO DE ROBERT ALEXY. POSIBILIDADES PARA EL FORTALECIMIENTO DE SU TEORÍA

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO I. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL.....	1
1.1 Teorías empleadas	1
1.1.1 El positivismo Jurídico	1
1.1.2 El no-positivismo incluyente de Robert Alexy.....	2
1.1.3 El desvío de poder.....	2
1.1.4 El desvío de poder en el ámbito legislativo.....	2
1.1.5 Teoría de la legislación maximalista	3
1.2 Presupuestos y conceptos empleados en la investigación.....	3
1.2.1 La patología y la textura abierta del Derecho	3
1.2.2 Unidad y sistematicidad del derecho.....	5
1.2.3 El derecho es una creación cultural	6
1.2.4 Los actos del habla	6
1.2.5 La contradicción performativa	8
1.2.6 Tipos de enunciados	9
1.2.6 La tesis del caso especial.....	9
1.2.7 La perspectiva del participante.....	10
1.2.8 Antecedentes históricos de la relación entre el derecho y la moral.....	10
1.2.9 Distinto usos del concepto de Moral	14
1.2.10 El concepto de derecho no positivista	16
CAPÍTULO II EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO	18
2.1 Preámbulo	18
2.2 El positivismo jurídico en el siglo XIX	19
2.2.1 El positivismo de Augusto Comte y su influencia en el Derecho	20
2.2.2 Las escuelas o corrientes jurídicas europeas en el siglo XIX	21
2.2.3 El punto en común de la ciencia jurídica del siglo XIX y la especificidad del positivismo	23
2.3. La diversidad de posturas sobre el positivismo jurídico en el siglo XX y XXI.	24

2.4 Propuestas paradigmáticas para entender el positivismo jurídico	28
2.3.1 La propuesta metodológica de H. L. A. Hart	29
2.3.2 La propuesta metodológica de Norberto Bobbio	30
2.3.3 El convencionalismo: El derecho como hecho social	33
2.5 El derecho desde el punto de vista del positivismo jurídico	34
CAPITULO III EL NO-POSITIVISMO Y EL DERECHO	39
3.1 Preámbulo	39
3.2. Tipos de teorías no-positivistas	40
3.2.1 El no-positivismo excluyente	41
3.2.2 El no-positivismo súper-incluyente.....	41
3.2.3 El no-positivismo incluyente	42
3.2.4 Distinción entre el iusnaturalismo y el no-positivismo de Robert Alexy	44
3.3 La doble dimensión del derecho	45
3.3.1 La dimensión real o fáctica	46
3.3.2 La dimensión ideal del derecho	48
3.3.3 Diferencias entre el positivismo jurídico y el no-positivismo incluyente.....	62
3.4 Los límites de la teoría positivista	64
IV. PRINCIPALES OBJECIONES A LA TEORÍA DE LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DERECHO	67
4.1 Preámbulo	67
4.2 La polémica Alexy-Bulygin	67
4.2.1 El primer debate	68
4.2.2 El segundo debate.....	70
4.2.3 El tercer debate.....	73
4.3 La crítica de Alfonso García Figueroa	74
4.3.1 Exposición de la crítica de Alfonso García Figueroa.....	75
4.3.2 Observaciones a la crítica de Alfonso García Figueroa	76
4.4 El debate de Robert Alexy con Joseph Raz	78
4.4.1 Las críticas de Joseph Raz.....	78
4.4.2 La respuesta de Robert Alexy.....	79
4.5. La crítica de Jan Sieckmann	80

4.6 El debate con Andrei Marmor.....	81
CAPITULO V. CONCEPTOS QUE REFUERZAN LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN DEL DERECHO	84
Preámbulo	84
5.1 La Teoría de la legislación maximalista.....	86
5.2. La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado	92
5.2.1 La corrupción en el ámbito político	93
5.2.1 La Captura del Estado	95
5.2.3 La Cooptación del Estado.....	96
5.2.4 La Reconfiguración Cooptada del Estado.....	97
5.3 El Desvío de poder	97
5.3.1. El Tribunal Permanente de los Pueblos	98
5.3.2 Sesión en México del Tribunal Permanente de los Pueblos	99
5.3.3 El concepto de desvío de poder	101
5.3.4 El desvío de poder en el ámbito Legislativo.....	102
5.3.5 Distinciones con conceptos similares	105
5.4 Vínculos con la teoría de la doble dimensión del derecho.....	109
CONCLUSIONES	112
BIBLIOGRAFÍA	117
CIBERGRAFÍA.....	125

ÍNDICE DE CUADROS.

Cuadro 1. Diferencias entre las teorías no-positivistas del derecho.....	43
Cuadro 2. Diferencias entre el positivismo y el no-positivismo incluyente de Robert Alexy.....	63
Cuadro 3. Niveles de racionalidad en la legislación.....	88
Cuadro 4. Evolución del desvío de poder en el artículo 27 constitucional.	104

INTRODUCCIÓN

Aunque en ninguna de las páginas de esta investigación se cite a Georg Wilhelm Friedrich Hegel, debo reconocer que, de manera implícita, me orientó un descubrimiento realizado por él. Hegel se dio cuenta, que la humanidad tiene la capacidad de reconocer las distintas manifestaciones y determinaciones del pensamiento; las cuales se presentan en el devenir de la historia.¹ De igual forma, el objeto de la ciencia jurídica, el derecho, puede llegar a conocerse; nunca en su plenitud, pero, si, en sus últimas manifestaciones. Es responsabilidad nuestra, reconocer las determinaciones que, hasta el momento, se han presentado en él.

Teniendo en cuenta la idea anterior, el desarrollo teórico de la filosofía jurídica de Robert Alexy, representa una de las formas más acabadas de la filosofía del derecho en nuestros tiempos. Por tal motivo, en este trabajo se investigará la teoría de la doble dimensión del derecho, la cual considera que en derecho está integrado por una parte real y una parte ideal.

Para explicar y entender la teoría de la doble dimensión del derecho, no es una tarea fácil, se requiere tener conocimientos sobre los actos del habla, tomar posición sobre la relación necesaria entre el derecho y la moral, y finalmente, se requiere tener precisión sobre los postulados del positivismo jurídico y del iusnaturalismo. Para lograr cumplir con los requerimientos anteriores, esta investigación expuso cada uno de los puntos anteriores, al grado tal, que a la teoría del positivismo jurídico y a la del no-positivismo, se les dedicó un capítulo completo a cada uno; poniendo mayor énfasis en desarrollar la teoría del positivismo jurídico, a la cual se le dedicó un capítulo completo.

Frente a la relación entre el derecho y la moral, con el paso del tiempo, sobresalieron dos teorías en el ámbito académico, el iusnaturalismo y el

¹ Vid. Introducción a la historia de la filosofía en Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tomo I, décima reimpresión, México, FCE, 2018.

positivismo jurídico. A pesar de los innumerables debates entre las dos teorías a lo largo del tiempo, hay más polémicas y desacuerdos, que consensos.

La teoría de la doble dimensión del derecho de Robert Alexy, busca superar el debate dualista, reconociendo las virtudes que cada una de las dos teorías poseen, sin pretender ser una postura ecléctica. Coincide con el positivismo jurídico, con la necesidad de mecanismos de coerción jurídica, con la institución de los procedimientos de creación y aplicación de normas. Del iusnaturalismo, con sus matices, se puede decir que recupera el ideal de justicia y el valor de la moral en el derecho.

No obstante, la teoría de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy, toma distancia de las dos posturas tradicionales, al grado tal, que crea una nueva teoría del derecho. Toma distancia del positivismo jurídico, al señalar que el derecho es más que mera facticidad, ya que el derecho tiene también una dimensión ideal, conformada por la pretensión de corrección y por el argumento de la injusticia —o fórmula Radbruch—, teniendo como consecuencia, que el derecho en su mayoría sea el derecho positivo, pero no se agota en él. También se separa de la postura iusnaturalista, al señalar que el derecho no debe estar sometido a principios ajenos a él, ni a criterios externos, como la moral —entendida como el conjunto de principios y valores compartidos por una sociedad—; ni siquiera a los criterios de justicia, con la excepción, que se incluya en una disposición un contenido que llegue al umbral de la injusticia extrema.

Robert Alexy enfatiza que, en la creación de un concepto sobre el derecho, se realiza tomando posición sobre la relación necesaria entre el derecho y la moral. Se puede negar o aceptar tal relación; no hay más opciones. Si se opta por negar la relación necesaria entre el derecho y la moral, entonces, se elige a alguna de las dos teorías en que se subdivide el positivismo jurídico, y desde alguna de ellas, se realizará un concepto de derecho. Si se elige la segunda postura, es decir, en las que se acepta que hay una relación

necesaria entre el derecho y la moral, se elegirá a alguna de las tres teorías no-positivistas; entre las que se encuentra el iusnaturalismo y el no-positivismo incluyente de Robert Alexy.

Como nueva teoría explicativa del derecho, el no-positivismo incluyente, ha sido objeto de críticas por parte de prestigiados teóricos del derecho, entre los que sobresalen Eugenio Bulygin, Joseph Raz, Neil MacCormick, Jan Sieckmann, Andrei Marmor y Alfonso García Figueroa. Robert Alexy, en la mayoría de los casos, ha tenido la oportunidad de realizar una contra réplica a las objeciones a su teoría de la doble dimensión del derecho.

Por las consideraciones anteriores, en esta investigación se trazó como objetivo general fortalecer la teoría de la doble dimensión del derecho de Robert Alexy, mediante la sistematización de la pretensión de corrección del derecho; a través de la exposición de los debates y críticas a la pretensión de corrección del derecho; y finalmente, valiéndose de la conexión con otras teorías, como la teoría de la legislación maximalista del derecho, la Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado y el desvío de poder.

Esta investigación es relevante en el ámbito jurídico, porque aclara el tema de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, intenta dar las pautas para la superación del debate entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, introduciendo en la discusión la teoría del no-positivismo incluyente de Robert Alexy. Además, este trabajo, busca generar nuevas ideas no solo reproduciendo teorías europeas clásicas, sino que intenta conectarlas con conceptos latinoamericanos, como el de la Reconfiguración Cooptada del Estado y el desvío de poder; este último, cabe precisar, es de cuño mexicano.

Este trabajo, tienen la finalidad de responder a la siguiente pregunta de investigación, ¿en qué medida, la sistematización de la pretensión de corrección del derecho, la teoría de la legislación maximalista del derecho,

la Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado y el desvío de poder fortalecen la teoría de la doble dimensión del derecho de Robert Alexy?

Para responder a la pregunta de investigación anterior, este trabajo se estructuró en cinco capítulos. El capítulo I, se divide en dos apartados; en el primero, se definen de manera sintética las teorías que se van a emplear a lo largo de esta investigación, ya que estas serán desarrolladas con detenimiento a lo largo de los capítulos siguientes. En el segundo apartado, se desarrollarán los presupuestos básicos de la teoría de la doble dimensión del derecho, así como, los conceptos básicos utilizados, poniéndose énfasis en el concepto de moral, ya que tiene un carácter polisémico y se le pueden atribuir distintos usos.

Hay que precisar, que al concepto de moral, se le pueden atribuir tres tipos de significados o niveles, y de cada uno, se puede hacer una conexión con el derecho; sin embargo, hay que tener en cuenta, que cuando Robert Alexy, señala que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, él entiende que esa conexión se da con el concepto de moral en su tercer nivel, es decir, la moral entendida como el conjunto de principios, valores y argumentos; los cuales, permiten evaluar, justificar y criticar a la moral personal y la moral positiva, esto es, la moral en su primer y segundo nivel. Las distinciones anteriores, son muy importantes, debido a que a veces, los debates y críticas se deben a la confusión por los distintos usos y niveles del concepto de moral que se está usando.

El segundo capítulo, comienza por exponer el desarrollo del positivismo jurídico en el siglo XIX en sus distintas corrientes o escuelas clásicas europeas, tales como la escuela histórica del derecho, la escuela de la exegesis y la jurisprudencia analítica. Dicha exposición, tiene la finalidad de resaltar que a pesar que son corrientes de pensamiento jurídico con postulados distintos y de diferentes regiones geográficas, tienen en común consideran que el derecho es un producto terminado, algo dado por el

legislador, por tanto, consideran que el derecho solo es el derecho positivo o estatuido.

En la segunda parte del capítulo segundo, se muestra, como la unidad original del positivismo jurídico del siglo XIX, se pierde y atomiza durante los siglos XX y XXI, dando pie a distintas posturas positivistas con distintas tesis y postulados. Algunos autores señalan que existen de tres a cinco tipos de positivismo jurídico, lo cual genera gran confusión en los debates. Para resolver tal problemática, Juan Carlos Bayón señala que no hay que olvidar las lecciones metodológicas de H. L. A. Hart y Norberto Bobbio para entender el positivismo jurídico, que de manera muy sintética, se puede resumir en dos señalamientos; en el primero propone que el objeto de la ciencia jurídica es solo el derecho positivo; el segundo consiste en entender, que si bien existen distintos enfoques positivistas, y no solo uno, no todas las críticas hacia un tipo de positivismo jurídico se extienden a todos los otros tipos de positivismo. Conocer los señalamientos anteriores, tienen la virtud, de evitar que se generen críticas inapropiadas o caricaturizaciones, que den pie a la muy común falacia del *hombre de paja*²; lo cual dificulta el diálogo y los acuerdos entre los teóricos del derecho.

En la parte final del capítulo II, se expondrá la forma en como el derecho es descrito a partir de la teoría del positivismo jurídico, cuáles son sus alcances y límites como teoría explicativa.

En el capítulo III, se desarrollan los tres tipos de teorías no-positivistas, poniendo énfasis en la distinción entre el iusnaturalismo y el no-positivismo incluyente de Robert Alexy. En otro apartado del capítulo III, se desarrolla la teoría de la doble dimensión del derecho, integrada por una dimensión real y otra ideal. Ya que la pretensión de corrección es un tema desarrollado por Robert Alexy en distintos libros y artículos académicos, por tal motivo,

² Falacia donde se exponen los argumentos del adversario de una forma simplista o de manera distorsionada, de forma tal, que sea fácil rebatirlos. Cfr. Copi, Irving y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, 2a edición, México, Limusa, 2013, p. 157.

esta investigación tiene como objetivo específico, sistematizar dicho tema, con la finalidad de entender su conceptualización.

Debido a que la teoría de la doble dimensión del derecho es un tema que ha generado mucha polémica, en el capítulo IV, se desarrollarán las principales objeciones, así como las respuestas proporcionadas por Robert Alexy, en las cuales, la pretensión de corrección del derecho es el tema más recurrente. Como se verá en dicho capítulo, la teoría de Robert Alexy no solo es capaz de resistir las críticas, sino que tiene como resultado indirecto, desarrollar y fortalecer sus postulados.

Finalmente, en el Capítulo V, se desarrollan una serie de conceptos y teorías que, aunque no exista una relación directa con la teoría de la doble dimensión del derecho, muy bien pueden vincularse con la pretensión de corrección del derecho y fortalecer dicha teoría. En específico, nos referimos a tres teorías o conceptos: la teoría de la legislación maximalista; la Reconfiguración Cooptada del derecho, y, al desvío de poder; este último, como ya se mencionó, es de creación mexicana.

CAPITULO I.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

1.1 Teorías empleadas

En esta investigación se emplearán principalmente cuatro teorías, el positivismo jurídico, el no-positivismo incluyente de Robert Alexy, la teoría del desvío de poder y la teoría de la legislación maximalista. Ya que dichas teorías son de suma importancia para esta investigación, se les dedicará un capítulo completo al positivismo jurídico y al no-positivismo, y las otras dos teorías, se desarrollarán en el capítulo IV. De esa forma se podrán conceptualizar, explicar sus postulados, sus alcances y la forma en como describe al derecho cada teoría de forma detallada.

Por tal motivo, en este capítulo, solo serán enunciadas brevemente, a manera de un glosario sintético, que muestre el sentido general de cada teoría, concepto o idea; y para una exposición más detallada, habrá que remitirse al capítulo en específico en donde se desarrolló con mayor detenimiento.

1.1.1 El positivismo Jurídico

Como se explicará en el capítulo II de esta investigación, el positivismo jurídico, es un concepto polisémico, ya que al menos se le pueden atribuir tres significados distintos. Tal diversidad de significados, origina una confusión en los debates, pues los contenidos de sus postulados o tesis son independientes, y las críticas a una determinada acepción, no necesariamente afectan a las otras. Por ejemplo, se puede hablar de un positivismo como una forma de acercarse o de investigar que es el derecho, se puede emplear el positivismo con una determinada ideología, como una teoría, etc. Sin embargo, aunque existen varios conceptos de positivismo jurídico, se puede decir que, el punto en común consiste en señalar que, el derecho es el derecho establecido, estatuido o dado, por lo cual, niega que

el derecho ideal, natural o racional sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo.

1.1.2 El no-positivismo incluyente de Robert Alexy

Esta teoría formulada por Robert Alexy se desarrolla a lo largo del capítulo III de esta investigación. De manera muy sintética, señala que el derecho está integrado por dos partes o dimensiones; la primera, es la parte real o fáctica, constituida principalmente por la coerción y el principio de seguridad jurídica; y la segunda parte, consiste en una dimensión ideal, conformada por la pretensión de corrección del derecho y la fórmula Radbruch.

1.1.3 El desvío de poder

Este concepto se desarrolla con más precisión y con su contexto de descubrimiento en el apartado 4.1.3 de esta investigación, no obstante, de manera preliminar se puede definir como:

[...] el uso, por parte de los gobiernos, representantes políticos, autoridades y poderes fácticos, de las capacidades económicas, políticas, culturales y jurídico-institucionales del Estado, con el propósito de satisfacer o beneficiar intereses privados y particulares, en contra o en detrimento del interés público y general de la población, y a costa de desatender las condiciones mínimas de reproducción y desarrollo de la vida social y de supeditar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de las personas a dinámicas económicas ajenas a sus intereses.³

1.1.4 El desvío de poder en el ámbito legislativo

Este concepto se desarrolla en el apartado 4.1.4 de esta investigación. Consiste en la utilización de las facultades para legislar de un Estado, para la creación, cambio o armonización de las normas jurídicas, con la finalidad de privilegiar intereses privados o particulares, en detrimento del interés general. Este concepto fue creado en el contexto de la sesión en México, del Tribunal Permanente de los Pueblos, el cual es un tribunal ético internacional.

³ Barreda Marín, Andrés (coord.), *La audiencia final. Sentencias, fiscalías y relatorías del capítulo México del Tribunal Permanente de los Pueblos*, Ítaca, México, 2016, p. 43.

1.1.5 Teoría de la legislación maximalista

Teoría que señala que las normas jurídicas se deben crear con criterios que incluyan una racionalidad ética, en la que se excluyan determinados fines ilegítimos.

1.2 Presupuestos y conceptos empleados en la investigación

En esta sección, se esbozarán las principales ideas, presupuestos o conceptos, de las cuales se parte para el desarrollo de la teoría del no-positivismo incluyente, y que en sí mismos, son un tema que generan de debates y polémicas, pero son necesarios para entender el desarrollo de dicha teoría.

1.2.1 La patología y la textura abierta del Derecho

H. L. A. Hart, llegó a la conclusión de que los sistemas jurídicos tienen una patología, la cual consiste en que:

A veces, sin embargo, puede haber un divorcio entre el sector oficial y el sector privado, en el sentido de que ya no hay obediencia general a las reglas que son válidas según los criterios de validez de usados por los tribunales. La variedad de maneras en que esto puede suceder pertenece a la patología de los sistemas jurídicos.⁴

*“Tales rupturas pueden ser producto de diferentes factores de perturbación, por ejemplo, la revolución, la ocupación enemiga, el vandalismo o la anarquía.”*⁵ Sin embargo, para Hart, hay un tipo de ruptura que tiene una relevancia especial para el derecho, porque ocurre en condiciones normales o estables de un determinado sistema jurídico. Como bien es sabido, el derecho organiza a la sociedad mediante reglas, pautas, criterios de conducta o principios generales; sin embargo, al organizarla de esa manera, no puede evitar crear un halo de vaguedad por la *textura abierta del derecho* que afecta a la regla de reconocimiento de un determinado sistema jurídico.⁶

⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 3ª edición, trad. De Genaro Carrió, Argentina, editorial AbeledoPerrot, 2012, p. 146.

⁵ Cfr. Ibidem, pp. 146 y 147.

⁶ Cfr. Ibidem, p. 153.

H. L. A Hart explica que, la textura abierta del derecho surge, cuando el precedente o la legislación es usado *“para comunicar ciertas pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de caos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione, las pautas resultaran ser indeterminadas”*⁷ debido a que el lenguaje y las palabras, muy seguido tienen diversos significados y varían de acuerdo al contexto; por tanto, Hart señala que, *“en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”*⁸.

Ahora bien, aunado al concepto de textura abierta del derecho, está el tema de la distinción entre los casos fáciles y difíciles; los cuales se distinguen entre sí, porque los casos fáciles, hay un conflicto entre normas que se resuelven por medio de la subsunción y los silogismos, ya que no se ponen en duda los presupuestos normativos; caso contrario de los casos difíciles, en los cuales hay un desacuerdo entre un particular tipo de normas, llamados principios, los cuales se resuelven, encontrado el mejor equilibrio de los principios en colisión, sin que se supriman de forma total a ninguno, ya que cada principio contiene valores; de ahí que, *“el tipo de norma con la que trabajemos determina el tipo de argumentación”*⁹

El descubrimiento de la textura abierta del derecho, así como la distinción entre los casos fáciles y difíciles, dan la pauta para incluir argumentos morales en el derecho; sin embargo, hay que hacer un matiz, que el derecho en determinados casos se remita o tenga que hacer uso de enunciados morales, no significa que estos se incluyan en el discurso jurídico de forma directa, sino que se tomarán en cuenta en la medida que se adapten y no

⁷ *Ibíd.*, p. 159.

⁸ *Ídem.*

⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, ed. Porrúa-UNAM, 2014, p. XIII.

entren en conflicto con el mismo sistema jurídico. En palabras de Robert Alexy *“la argumentación jurídica [en los casos difíciles] está sujeta a la ley y al precedente, y tiene que atender al sistema de derecho elaborado por la dogmática jurídica.”*¹⁰

En la época contemporánea, los sistemas jurídicos han incluido dentro de las normas a muchos valores lo que hace que el razonamiento jurídico-positivo adquiere una correlativa carga moral.¹¹, lo cual genera confusión sobre que el derecho actúa con principios morales, porque estos se encuentran en una norma, como por ejemplo, el texto constitucional, desviando el tema a la contingencia de la inclusión de la moral en el derecho, dejando de lado el tema de los argumentos morales en los casos difíciles.

1.2.2 Unidad y sistematicidad del derecho

El juez debe encontrar la solución a cualquier problema jurídico que se le plantee, al respecto, el artículo 18 del Código Civil Federal menciona que, *“El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”*¹², en ese sentido, para resolver la falta de norma expresa que resuelva el caso en particular, se debe tomar en cuenta, todo el ordenamiento jurídico, como si fuera una unidad, pues se sobreentiende que el derecho es un ordenamiento sistemático también, *“que el derecho sea sistemático significa que la interpretación de las disposiciones jurídicas no puede hacerse con absoluta independencia del resto de los preceptos del ordenamiento. Ninguna norma es una isla.”*¹³ En ese sentido, el ordenamiento jurídico siempre encuentra una respuesta a cada caso en concreto.

¹⁰ Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, en Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016, p 42.

¹¹ García Figueroa, Alfonso, “¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas” en Gascón Abellán, Marina (coord.) *Argumentación jurídica*, Tirant lo blanch, España, 2014, p. 209.

¹² H. Congreso de la Unión, *Código Civil Federal*, México, 27 de marzo de 2020, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

¹³ García Figueroa, Alfonso, “¿Hacen los jueces...”, nota 11, p. 203.

1.2.3 El derecho es una creación cultural

Durante mucho tiempo, se ha querido estudiar al derecho, de la misma forma que a un objeto de las ciencias puras o naturales, aplicándole los métodos y las reglas de las ciencias naturales o exactas. Sin embargo, se olvida que:

El derecho [...] a diferencia del tiempo o la nieve, es un objeto cultural creado por el ser humano. Se trata de entidades lingüísticas como la literatura las lenguas o la historia. Como entidades lingüísticas que son, cuyo soporte es necesariamente un lenguaje, requieren perentoriamente de una interpretación. La cultura es un producto humano que requiere la interpretación por parte de los humanos. La naturaleza interpretativa es una primera limitación a la hora de establecer un método de conocimiento.¹⁴

El lado subjetivo del derecho, ha sido relegado por la ciencia del derecho, olvidándose que la interpretación *“es una actividad que combina subjetividad, objetividad, libertad y sumisión, pero que en todo caso requiere esencialmente de un sujeto la lleve a cabo.”*¹⁵ El aspecto subjetivo muchas veces no es tomado en cuenta, lo cual genera que no haya una armonía entre el deber ser y el ser, entre el texto normativos y el derecho en acción.

1.2.4 Los actos del habla

Si bien es cierto que el derecho es una disciplina autónoma, también lo es, que es un producto cultural, creado por la humanidad; por tanto, tiene presupuestos que son propios de la naturaleza humana, como las reglas del lenguaje; en ese sentido, en primer lugar, y aunque parezca muy obvio, el derecho presupone que existen seres humanos, y ellos, cuando quieren defender sus puntos de vista, necesariamente tienen que dar razones en favor de sus argumentos, de otra forma sería meramente una imposición; ahora bien, en referencia con la argumentación encontramos:

[...] quien argumenta presupone ya siempre simultáneamente dos cosas: en primer lugar, una comunidad real de comunicación, de la que se ha convertido en miembro mediante un proceso de socialización y, en segundo lugar, una comunidad ideal de comunicación que, por principio, estaría en condiciones de comprender

¹⁴ García Figueroa, Alfonso, *Praxis. Una introducción a la moral, la política y el derecho*, España, ed. Atelier, 2017, p. 30.

¹⁵ *Ibidem*, p. 64.

adecuadamente el sentido de sus argumentos y de enjuiciar definitivamente su verdad. Sin embargo, lo curioso y dialectico de la situación consiste en que quien argumenta presupone, en cierto modo, la comunidad ideal en la real, como posibilidad real de la sociedad real, aunque sabe que la comunidad real —incluido el mismo— está muy lejos de identificarse con la ideal.¹⁶

Conforme a la cita anterior, se señala que uno de los primeros presupuestos generales, consiste en que nos podemos comunicar, lo cual implica que entendemos los que los demás nos dicen y podemos atribuirles verdad o falsedad a sus proposiciones.

John Langshaw Austin encontró, que por lo menos, existen tres formas en que un enunciado implica la *verdad de otro*: En primer lugar, tenemos “*las implicaciones lógicas (se sigue)*’, encontramos que de ‘*todos los hombres se sonrojan*’ se sigue ‘*algunos hombres se sonrojan*’. No podemos decir ‘*todos los hombres se sonrojan, pero algunos hombres no*’.”¹⁷ Este primer grupo, la verdad se obtiene al no contradecir a su antecesor, y su limitante se encuentra en que no se puede concluir nada nuevo, pues en sus presupuestos ya está todo el contenido.

En segundo lugar, encontramos “*el término ‘presupone’, y se emplea cuando se dice ‘todos los hijos de Juan son calvos’ presupone que Juan tiene hijos. No podemos decir ‘todos los hijos de Juan son calvos, pero Juan no tiene hijos*’.”¹⁸ Este tipo de obtener verdad, tiene mucha semejanza también con las reglas de la lógica, la diferencia se encuentra en que la verdad se obtiene de antecedentes no mencionados en los enunciados.

Y finalmente, la tercera forma de atribuir verdad, consiste en “*el término Implica, pero no en el sentido de la lógica formal, sino en el sentido de que el hecho de que yo diga ‘el gato está sobre el felpudo’ implica realmente que yo*

¹⁶ Apel, Karl Otto, *La transformación de la filosofía*, Trad. Adela Cortina et al., Madrid, Taurus, 1985, Tomo II, p. 407.

¹⁷ Austin, John Langshaw, *Hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabosi, Barcelona, Ediciones Paidós, 1990, pp. 90-91.

¹⁸ *Ibidem*, p. 91.

creo que está ahí, [...] No podemos decir 'el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo'"¹⁹, este grupo considera que lo expresado es verdadero.

Este último grupo de verdad, es de gran importancia para el derecho, ya que hay una gran variedad de enunciados a los cuales no se pueden atribuir una verdad por correspondencia, por ser enunciados normativos, de ahí la gran relevancia para el derecho.

1.2.5 La contradicción performativa

La contradicción performativa, se produce cuando hay una incoherencia entre *"lo que el hablante afirma y lo que presupone cuando realiza dicha afirmación."*²⁰ Ya que su *"contenido proposicional se autorefuta en el mismo acto de enunciación porque se contradice con el contenido proposicional de sus supuestos que son inherentes indefectiblemente a la realización de dicho acto de habla."*²¹ En otras palabras, una contradicción performativa ocurre cuando lo que se expresa entra en conflicto con ciertos presupuestos inherentes al lenguaje, de los que no se puede escapar; Karl-Otto Apel señala un buen ejemplo de contradicción performativa:

Un hablante determinado sostiene: (a) "Yo no existo (aquí y ahora)". Sin embargo, al enunciar (a), el hablante indefectiblemente realiza un supuesto existencial. Es decir, el contenido proposicional que está supuesto en el mismo acto de la enunciación de (a) es (b): "Yo existo (aquí y ahora)" donde "Yo" en (a) y (b) refiere a una misma persona (cfr. Habermas, en Benhabib & Dallmayr, 1990:77). En este ejemplo, el acto de habla "Yo no existo (aquí y ahora)" se contradice con el contenido proposicional del supuesto necesario de que el hablante exista como condición de posibilidad de enunciar que no existe.²²

¹⁹ Ídem.

²⁰ Siurana, Juan Carlos, *Fundamentos filosóficos en el pensamiento de Karl-Otto Apel para una educación crítica, postconvencional y corresponsable*, Revista de educación y pedagogía, año 2000, vol. 12, No. 26-27, p. 169 disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2564183>

²¹ Indavera Stieben, Leandro Gastón. *La existencia de contradicciones performativas y su importancia para la crítica al falibilismo ilimitado en Karl-Otto Apel*, **Cuadernos del Sur**, n. 39, 2010, disponible en: http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-74342010001100007&lng=es&nrm=iso

²² Ídem.

Otro ejemplo de presupuestos inevitables —nos recuerda Jürgen Habermas— son las reglas de la lógica.²³ No podemos expresarnos correctamente y al mismo tiempo contradecir las reglas de la lógica, no podríamos comunicarnos de una forma que comprendiéramos lo que se nos está diciendo.

1.2.6 Tipos de enunciados

Es necesario distinguir entre dos tipos de enunciados, “los enunciados empírico-hipotéticos, correspondientes a las pretensiones de validez, cuya falsación empírica es posible²⁴” y de los cuales, por su propia naturaleza, son aplicables a las ciencias naturales, aunque no con exclusividad, ya que también en el derecho se pueden hacer estudios de este tipo, como los estudios positivistas.

Y el segundo grupo de enunciados, “los enunciados filosóficos, correspondientes a pretensiones de certeza, que no pueden ser falsados porque versan sobre presupuestos que [no] se hallan en el concepto de falsación empírica,”²⁵ es decir, no hay un referente con el cual contrastar el enunciado y así predicar la verdad de él, por ejemplo, el enunciado *abre la puerta*, no se le puede predicar si es verdadero o falso.

1.2.6 La tesis del caso especial

“La tesis del caso especial establece que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.”²⁶ Lo común en los dos tipos de discursos consiste en que se refieren a lo que es obligatorio, prohibido o permitido, la diferencia se ubica en que “la pretensión de corrección del discurso jurídico no se refiere a lo absolutamente correcto sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente

²³ Cfr. Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ediciones Península, Barcelona, 1985, p. 103.

²⁴ Siurana, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 20, p. 169.

²⁵ Ídem.

²⁶ Alexy, Robert, “La tesis del caso especial”, *Isegoría*, España, núm. 21, 1999, p. 24, disponible en: <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21>

*imperante.*²⁷ En ese sentido, lo específico del derecho estriba en que lo correcto está limitado por los lineamientos generales del derecho, como sus principios más generales, las normas jurídicas y los precedentes judiciales.

1.2.7 La perspectiva del participante

El derecho regula cuestiones de gran importancia, como el derecho a la vida, la libertad, la integridad personal, etc. Las personas no solo respetan y cumplen las normas de manera automática, sino que se preguntan a la vez si la norma es justa o injusta, si es desproporcionada o no, si afecta a sus intereses; en fin, hay una reflexión sobre las repercusiones de la norma, —en el entendido que no todas las personas lo hacen con el mismo grado de profundidad—, la mayoría de las personas actúan como participantes, respetan las normas jurídicas porque creen que tienen el deber de cumplirlas. Al respecto, Robert Alexy menciona:

Adopta la perspectiva del participante quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que este sistema jurídico está ordenado prohibido y permitido o autorizado. En el centro de la perspectiva del participante se encuentra el juez. Cuando otros participantes, juristas abogados o ciudadanos interesados, exponen argumentos en pro o en contra de determinados contenidos del sistema jurídico, se refieren a como hubiera decidido un juez si hubiera querido decir correctamente.²⁸

1.2.8 Antecedentes históricos de la relación entre el derecho y la moral

La raíz del debate entre el derecho y la moral, la podemos encontrar en la antigua Grecia clásica, en donde se encuentran distintas posiciones frente a este debate -muchos presocráticos creían que no existía la ley natural, solo la ley positiva²⁹-. De igual forma, estaban las posiciones de Homero el cual habla de *Themis*, la diosa consejera jurídica de los otros dioses, Anaximandro habla del derecho como orden cósmico, después Heráclito habla de una justicia de la sociedad que refleja la razón del universo³⁰. Pero

²⁷ Ibidem, p. 25.

²⁸ Alexy, Robert, El concepto y la validez del derecho, trad. Jorge M. Seña, Argentina, Gedisa editorial, 2008, p. 31.

²⁹ Cfr. Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, México, Facultad de derecho de San Luis Potosí, 2007, p. 21.

³⁰ Ibidem, p. 22.

no fue hasta con Platón y Aristóteles que se empezó a desarrollar con mayor sistematicidad las ideas de derecho, ley natural y moral, aunque mantenían la posición del predominio de la ley natural sobre la ley positiva.

La cosmovisión de Platón estaba marcada por un dualismo, en el cual existía un mundo de las ideas y otro de los hombres, lo que influyó en su idea del derecho:

[...] La constitución jurídica de una ciudad debe aproximarse lo más posible a la idea que de ella hay en el mundo ideal; o, si se prefiere, la sociedad terrestre debe imitar a la sociedad prototípica. Y, en consecuencia, la ley que rija a una sociedad debe ser reflejo del orden cósmico, el de las ideas; por eso el legislador o *nomothetes* ha de ser un sabio, [...] ³¹

Otra muestra sobre su concepción de derecho la encontramos en su libro sobre las leyes:

[...] El legislador solo sirve a la ley, y con ello apunta a una ley natural que debe ser salvaguardada por la ley positiva. Así la ley es la que debe gobernar a la sociedad. Las leyes surgen de las costumbres, y sancionan las que son buenas, pero añaden otras cosas que son buenas para la sociedad. Asimismo, la ley, al estar basada en la razón humana debe ser reflejo de la de Dios. Siempre busca el bien común y nunca el particular [...] ³²

En la misma concordancia con Platón, Aristóteles establece las relaciones de los distintos sistemas normativos:

El obedecer las leyes da origen a la justicia legal (*nomikón*); esta corresponde sobre todo al derecho positivo o político (*dikaion politikón*); pero también tiene que tomar en cuenta al derecho natural (*dikaion Fysikón*). El derecho natural es universal e inmutable, vale para todos los hombres y estados. ³³

En la relación época antigua, nos parece que no estaban estrechamente unidos el derecho y la moral, por lo cual coincidimos con lo expresado por Martín Ruiz Moreno que señala que:

Parece existir opinión unánime que el primitivo derecho (digamos griego, romano, mesopotámico) no distinguió la órbita específica de lo jurídico del campo propio de la moral. A la sanción y aplicación de las leyes se mezclaban, eso sí, consideraciones

³¹ Ibidem, p. 25.

³² Ibidem., pp. 27-28.

³³ Ibidem, p. 30.

éticas entorno a la equidad, pero sin una prelación técnica discriminatoria entre ambos dominios.³⁴

Continuando sobre la historia de la relación del derecho y la moral, no se puede omitir el periodo de la edad media, el cual se caracterizó por una pugna entre el intento de desplazamiento de la ley natural, por el derecho de gentes, tal como lo señala Francisco Carpintero: “*El derecho de gentes ha introducido las instituciones jurídicas propias de la sociedad actual en sus circunstancias reales, y el pensamiento utópico ha cedido el paso a las necesidades que constituyen la mayor parte de la vida práctica humana.*”³⁵ Otra característica de dicho periodo, fue la comprensión de la separación entre el derecho positivo y un derecho ideal.

A pesar que los juristas medievales consideraban que el derecho de gentes tuviera un contenido inmoral, reconocían que se debía a razones prácticas, lo cual parece un tipo de aceptación:

[...] El *jus gentium* legitima realidades repugnantes a la razón natural, como son la esclavitud o la existencia de las *praescripciones*, ya que estas instituciones son necesarias, porque existen propter necessitates, es decir, a causa de las necesidades reales de los hombres.³⁶

La *utilitas* reclamada o hecha posible por las necesidades era generadora de moral, porque ella misma constituía argumentación práctica: estos juristas entendían que lo que fuera útil a la ciudad o al reino, era bueno moral o humanamente y, por tanto exigible al poder político. Mantenían que la necesidad es el máximo criterio de la justicia. Diríamos, a la vista de los textos, que el realismo propio del derecho de gentes, que introdujo las utilidades concretas por las condiciones de lugar y tiempo, corregiría la vocación de algo irreal propia de la utopía del *jus naturale*.³⁷

Lo expresado en los párrafos anteriores, sobre el predominio del derecho de gentes —por cuestiones prácticas— sobre la ley natural, nos llevaría a creer que se justificaba esa relación, pero el pensamiento de Tomas de Aquino que mantuvo una conexión con el pensamiento antiguo en cuanto a la estrecha

³⁴ Ruiz Moreno, Martín, “el derecho y la moral”, *Lecciones y ensayos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, núm. 16, 1960, p. 8.

³⁵ Carpintero, Francisco, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, España, Ediciones Encuentro, 2008, p. 46.

³⁶ *Ibidem*, p. 47.

³⁷ *Ibidem*, p. 50.

relación entre derecho y moral al señalar que *“la ley injusta no es ley por lo cual podía ser resistida.”*³⁸

En cuanto a la época moderna del derecho, el positivismo jurídico fue la teoría que se pudo consolidar como la dominante sobre las demás, y Hans Kelsen fue su máximo exponente, y enfatizó en que el positivismo en general es *“aquella dirección de la filosofía y de la ciencia, que toma como punto de partida lo positivo, lo dado [...]”*³⁹ y tomando como punto de partida este concepto nos dice que el positivismo jurídico consiste en: *“aquella teoría jurídica que únicamente concibe como derecho al derecho positivo, por lo que no concede validez alguna a ningún otro orden social, no obstante que el lenguaje corriente se le conozca con el nombre de derecho, particularmente el llamado derecho natural.”*⁴⁰

El objeto de la teoría de Kelsen es desvincular al derecho de los demás sistemas normativos como la moral, con lo cual marca una separación con los otros paradigmas jurídicos:

[...] Trata de desvincular al derecho de las conexiones que tradicionalmente ha tenido con la moral. Esto no quiere decir de ninguna manera que haya que rechazar la exigencia de que el derecho deba ser moral o bueno. Esta exigencia es de todo punto admisible, si bien lo que propiamente signifique es cuestión aparte. Lo que no es admisible es la concepción que sostiene que el derecho sea parte de la moral, esto es, que todo derecho, en cuanto tal derecho, sea en algún sentido y en algún grado moral.⁴¹

Esta breve contextualización sobre la relación del derecho con la moral, solo nos muestra que el debate no está terminado —y difícilmente lo esté— pero a la vez nos permite hacer una descripción del problema, los *iusnaturalistas* proclaman que el derecho positivo se debe subordinar a un derecho

³⁸ Cfr. Ruiz Moreno, Martín, *op. cit.*, nota 34, p. 9.

³⁹ Kelsen, Hans, “¿Qué es el positivismo jurídico?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núm. 61, p. 131, disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26290/23671>
p. 131.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, España, Editorial Trotta, 2011, p. 48.

emanado de Dios, de la naturaleza o de la razón humana; enfocándose siempre en las deficiencias y carencias del derecho positivo, ya que está en relación con la naturaleza corrupta del humano; y por el otro lado, están los defensores del derecho positivo, los cuales entienden como derecho al derecho puesto, al dado por los legisladores, dejando de lado cualquier tipo de metafísica en el derecho, se enfocan en que es y cómo se forma el derecho, desvinculándolo de la moral y las ideologías.

Ahora bien, Robert Alexy toma en consideración el largo debate entre los iusnaturalistas y positivistas, y busca un equilibrio entre las dos posiciones, por un lado, reconoce la positividad del derecho, es decir, reconoce que el derecho en buena parte es el derecho positivo; y por el otro lado, reconoce que el derecho es algo más que mera facticidad, con lo cual también está recuperando temas iusnaturalistas.

1.2.9 Distinto usos del concepto de Moral

Para evitar confusiones es necesario advertir, que no hay un único concepto de moral, y se depende del contexto para saber a cuál acepción se está haciendo referencia. Muchas de las críticas contra el pensamiento de Robert Alexy, no toman en cuenta esta advertencia, lo cual genera que se cometa el error de debatir sobre significados diferentes, como bien se verá en el capítulo IV de esta investigación, referente a las distintas objeciones a la teoría de la doble dimensión del derecho.

La moral se puede clasificar y estudiar desde dos perspectivas distintas; la primera, haciendo referencia a su significado; la segunda forma, dividiendo a la moral en tres distintitos niveles.

En la primera perspectiva, de acuerdo con Alejandro Nava Tovar, el concepto de moral se le pueden atribuir 5 diferentes predicados:

- a) Moral como exigencia de justicia
- b) Moral como moral positiva
- c) Moral como moral crítica

d) Moral como interioridad del sujeto o moralidad

e) Moral como fundamento ético del derecho⁴²

Los puntos en que el positivismo jurídico, en sus variantes incluyentes y excluyentes, y el no-positivismo incluyente de Alexy tomaran posturas contrarias en los puntos 'a' y 'e', es decir; en los puntos vinculados respecto a la relación necesaria entre el derecho y la pretensión de justicia y en la fundamentación racional de un contenido moral del derecho.⁴³

De las citas anteriores, se observa que, el concepto de moral tiene cinco significados, de los cuales, cuando Robert Alexy señala que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, lo hace refiriéndose a los incisos a) y e), es decir, a la moral como exigencia de justicia y como fundamento ético.

Por otro lado, desde la segunda perspectiva, se puede dividir a la moral, en tres niveles. El primer nivel, se refiere a la moral individual de cada persona; entendida esta, como *“los estados mentales, de conciencia o corazonadas personales.”*⁴⁴

En el segundo nivel, se entiende a la moral como un conjunto de principios y valores compartidos por una sociedad, “se concreta en la existencia de un conjunto de principios y valores morales compartidos por los miembros de un grupo social (sociedad o un grupo de esta).⁴⁵ Este segundo grupo, coincide con idea de moral crítica de H. L. A. Hart.

El tercero nivel, se refiere a la moral, desde el punto de vista de sus fundamentos o como una moral universal:

El mundo número tres de la moral está compuesto fundamentalmente por un conjunto de principios y valores, por un conjunto de sistemas conceptuales, situaciones problemáticas y argumentos críticos que permiten justificar racionalmente ese conjunto de principios, y también evaluar, criticar o justificar la moral positiva, la moral personal, las doctrinas morales y los demás sistemas normativos. Este mundo número tres de la moral es independiente tanto de la moral individual de cada sujeto (mundo *uno*) como de la moral compartida por un grupo

⁴² Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos-UAM-I, 215, p. 237.

⁴³ *Ibidem*, p. 238.

⁴⁴ Carrillo De la Rosa, Yezid, *Marco Analítico de la Tesis de la Vinculación y de la Tesis de la Separación*, Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, Vol. 2, núm. 4, año 2010, p. 77.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 77.

social (mundo *dos*) y es a ella a la que se refiere la discusión actual entre positivistas y anti-positivistas.⁴⁶

Se debe tener muy en cuenta a los distintos niveles de la moral, ya que Robert Alexy cuando señala que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, emplea el término de moral refiriéndose al tercer nivel, es decir, como el conjunto de principios que sirven para fundamentar a la moral positiva, a la moral crítica y a la moral personal. La conexión necesaria entre el derecho y la moral, según Robert Alexy se encuentra en el vínculo con la justicia, en específico, parte del siguiente argumento: *“Justicia es corrección en la distribución y la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales.”*

1.2.10 El concepto de derecho no positivista

Sobre este punto, Alexy logra desarrollar un concepto de derecho no-positivista:

El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también a la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.⁴⁷

Analizando el concepto de derecho de Alexy, parte de un presupuesto positivista, entender *el derecho como un sistema de normas*; sin embargo, resalta lo que en apariencia no se ve, lo que está implícito en el derecho, es decir, resalta dos puntos, que el derecho formula implícitamente una

⁴⁶ Carrillo De la Rosa, Yezid, *Marco Analítico de la Tesis de la Vinculación y de la Tesis de la Separación*, Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, Vol. 2, núm. 4, año 2010, pp. 78-79.

⁴⁷ Ibidem, p. 123.

pretensión de corrección y se opone a que el derecho pueda incluir dentro de sí, normas extremadamente injustas.

La virtud de la definición de derecho de Robert Alexy, consiste en señalar que el derecho lleva aparejada una pretensión de corrección, lo cual da un nuevo sentido al derecho, hace que las personas puedan confiar nuevamente en el derecho, y en su momento, tener la certeza que se van a dirimir las controversias de acuerdo a criterios de justicia. Cuando en una determinada sociedad, no se resalta la pretensión de corrección o simplemente se desconoce su existencia en el derecho, se da pie a la aceptación de la usurpación de la soberanía por parte de los representantes políticos, a la existencia de ordenes depredatorios revestidos de legitimidad. Estas ideas se desarrollarán con mayor precisión cuando se desarrolle el concepto de desvío de poder, la reconfiguración cooptada del Estado y la teoría de la legislación maximalista en el capítulo V de esta investigación.

CAPÍTULO II

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO

2.1 Preámbulo

Para los fines de esta investigación, es necesario tener claridad sobre los postulados de la teoría del positivismo jurídico. Debido a que es una teoría que se podría rastrear desde el mismo comienzo del derecho, se le ha dotado diversos significados. En ese sentido, es indispensable saber cuál es el significado general que tiene dicha teoría, cuáles son sus límites y sus alcances teórico-prácticos.

Ahora bien, ya que nos interesa saber que se entiende por positivismo jurídico en la actualidad, siguiendo a Manuel Atienza, se comenzará la exposición de dicha teoría desde el siglo XIX, ya que, desde ese periodo, comenzó su sistematización y desarrollo, como una ciencia que adopta los estándares científicos de la época.

En razón de las ideas anteriores, la exposición de este capítulo se estructurará de la siguiente manera; en primer lugar, se esbozará el contexto de surgimiento del positivismo jurídico en el siglo XIX; en segundo lugar, se señalarán diversas posturas modernas sobre lo que significa el positivismo jurídico; en tercer lugar, siguiendo a Juan Carlos Bayón, se desarrollarán las propuestas metodológicas de H. L. A. Hart y Norberto Bobbio, para entender el positivismo jurídico, así como, la tesis más refinada del positivismo: el convencionalismo jurídico; y en cuarto lugar, se expondrá como el positivismo describe, identifica y concibe al derecho.

De lo expresado con anterioridad, se puede decir, que la finalidad de este apartado radica en aclarar que el positivismo jurídico ha tenido una evolución en su significado, y en señalar que no es un concepto unívoco, es decir, que dicha palabra admite varios significados. De tal pluralidad de significados, surgen los malos entendidos en los debates, lo cual genera caos

en las discusiones, y muchas veces, hace que se reclamen o atribuyan ideas que no son propias a dicha teoría.

2.2 El positivismo jurídico en el siglo XIX

Antes de entrar al estudio del positivismo jurídico, hay que tener en cuenta que, previamente a su consolidación como teoría, formaban parte del contexto intelectual de dicha época en Europa, las siguientes teorías: “*el materialismo naturalista (Luis Feuerbach, 1804-1871); el materialismo histórico (Karl Marx, 1818-1883); el positivismo francés (Augusto Comte, 1748-1857); el positivismo inglés utilitarista (Jeremías Bentham, 1748-1832); y el evolucionismo (Carlos Darwin, 1809-1882).*”⁴⁸ Ahora bien, ya que ninguna teoría es ajena a su contexto histórico, y como es notoriamente conocido, que dichas teorías tenían en común, dos ideas fundamentales, que influenciaron el desarrollo de los postulados teóricos del positivismo jurídico; en primer lugar, coincidían en que había que buscar la objetividad en la ciencia; y en segundo lugar, coincidían en la idea que lo material debe predominar sobre lo cultural.

Además, resulta pertinente señalar que, el positivismo jurídico del siglo XIX, surge en contraposición a la teoría iusnaturalista, y su exacerbado racionalismo. Dicho racionalismo, impedía realizar un estudio ordenado y sistematizado, acorde a los estándares de la ciencia del momento, pues no existía certeza sobre las disposiciones que se consideraban derecho. Otro rasgo que buscaba combatir el positivismo jurídico consistía es el de la existencia de dos tipos de derecho; uno emanado de Dios o la razón; y el otro, creado por la humanidad, en el cual, este se debía de ajustar a aquel, teniendo como consecuencia, que el desarrollo del pensamiento sobre el derecho no dependiera de sí mismo, dejándolo sin un pensamiento autónomo.

⁴⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 135.

2.2.1 El positivismo de Augusto Comte y su influencia en el Derecho

Sin lugar a dudas, la teoría materialista que más influyó en el derecho fue el positivismo de Augusto Comte. Dicha teoría, postula que en la segunda etapa de las sociedades predominan las ideas metafísicas. Dicha etapa, se caracteriza por *“la falta de datos sensibles observables y el predominio absoluto de las formas vacías de la razón”*⁴⁹, así como la presuposición de *“la existencia de seres suprasensibles, mismos que no pueden ser observados”*⁵⁰, dicho lo anterior, no es de extrañarse que, el positivismo jurídico manifestara una abierta oposición a todo lo metafísico en el derecho, incluyendo la teoría iusnaturalista.

Definitivamente, la característica que más influyó en la teoría del positivismo jurídico, fue su metodología, es decir, la forma empírica de acceder y analizar el conocimiento, ya que *“estudia sólo los hechos, y estos, son todo lo que aparece ante la experiencia, lo que puede ser observado”*⁵¹. Dicha característica es importante por dos motivos, en primer lugar, cuando se tiene un objeto concreto al cual referirse, se reduce la incertidumbre, se puede analizar mejor a un sistema jurídico, se puede interpretar con mayor certeza y, sobre todo, evita confusiones, ya que solo es derecho las normas jurídicas creadas por el legislador.

Otra notable influencia en el positivismo jurídico, consistió en permitir una separación entre el sujeto que conoce y el objeto de estudio, lo que resulta indispensable para lograr la objetividad en la ciencia jurídica —aunque tal objetividad tiene sus límites—.

Es fácil observar la influencia del positivismo de Augusto Comte, cuando se analiza el pensamiento de Hans Kelsen, el cual entendía que solo se debe considerar como derecho, al derecho dado, al derecho estatuido, ya que el

⁴⁹ Lora Muñoz, Rosa Hilda, *El Positivismo. Augusto Comte*, disponible en: <https://www.aiu.edu/publications/student/spanish/el-positivismo-augusto-comte.htm>

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ídem.

positivismo en general “*toma como punto de partida lo positivo, lo dado, lo comprensible.*”⁵²

Una vez señaladas las características del positivismo en general y su influencia en el positivismo jurídico, el siguiente paso consistirá en revisar cómo se reflejó en concreto, tal pensamiento, en las escuelas o corrientes jurídicas del siglo XIX las cuales, hacen que resurja el estudio del derecho como una ciencia.

2.2.2 Las escuelas o corrientes jurídicas europeas en el siglo XIX

En este apartado se describirá brevemente, a las tres escuelas o corrientes de pensamiento jurídico que surgieron en el siglo XIX; “*en Alemania, la escuela histórica del Derecho; en Francia, la escuela de la exegesis y, en Inglaterra, la jurisprudencia analítica.*”⁵³ Las cuales, a su manera, contribuyeron al desarrollo de la moderna ciencia del derecho y a la conformación del positivismo jurídico.

La primer corriente de pensamiento, que se analizará, es la escuela histórica alemana, cuyo principal exponente de esta corriente fue Federico Carlos de Savigny, la cual consideraba que el derecho era producto de la conciencia del pueblo, dejando de lado las ideas metafísicas que justifican la existencia del derecho, pues pensaba con “*respecto al Derecho en general, vive en la conciencia común del pueblo, y por ello debemos de llamarlo también (Derecho) del pueblo [...] Más bien se trata del espíritu del pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa, y que produce el Derecho positivo.*”⁵⁴

Para el historicismo, los legisladores debían ser perceptivos a la costumbre del pueblo alemán, ya que en ella se encuentra la fuente del Derecho:

Y si la causa de nacimiento del Derecho es el espíritu del pueblo, la inmediata expresión de este es la costumbre, la cual jerarquiza a está como la fuente formal por excelencia de lo jurídico. La tarea del legislador se reduce a una mera labor de

⁵² Kelsen, Hans, *¿Qué es el positivismo...* cit., nota 39, p. 131.

⁵³ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, 5ª reimpresión, México, 2008, Fontamara, p. 174.

⁵⁴ Vigo, Rodolfo Luis, *Visión crítica...* cit., nota 48, p. 138.

descubrimiento del material jurídico que de alguna manera se le ofrece ya, en forma de Derecho consuetudinario.⁵⁵

Otro rasgo de la escuela historicista, radica en que buscó la coherencia y sistematicidad del derecho, ya que es *“el primer movimiento doctrinario que subraya la necesidad de considerar el ordenamiento jurídico como una totalidad sistemática organizada cuyas porciones adquieren sentido en función del todo integral del que forma parte, [...]”*⁵⁶ y en tal sentido, los juristas tienen la función de hacer una ciencia con las normas dadas, sin poner atención en quien las haya realizado:

Los juristas despliegan, por tanto, una doble actividad; una actividad material, por concentrarse en ellos principalmente la producción jurídica del pueblo, la que practican continuamente como representantes de la totalidad, y una actividad formal, puramente científica por llevar a la conciencia y exponer científicamente el Derecho, no importando el origen que hay tenido.⁵⁷

Es esta segunda actividad, la que poco a poco va formando a un tipo de positivismo jurídico, de cuño alemán, ya que analiza y estudia el derecho dado, creado, pues se opuso a *“cualquier otra manifestación jurídica que no sea el Derecho positivo”*⁵⁸.

La segunda escuela —de relevancia para esta investigación— es la escuela de la exegesis, la cual surge con *“La sanción del Código francés en 1804”*⁵⁹ y es el *“resultado necesario del triunfo de las ideas de la revolución, consagradas a través de la codificación.”*⁶⁰ Dicha corriente tiene como principal característica la identificación del Derecho con la legislación estatal, hasta el grado de una *“total identificación entre el Derecho positivo y ley”*⁶¹.

La segunda característica de esta escuela francesa, consiste en procurar *“que su ciencia jurídica responda a las exigencias del saber científico por*

⁵⁵ Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de filosofía del Derecho*, Argentina, editorial Juris, 1998, p. 135.

⁵⁶ Ídem,

⁵⁷ Vigo, Rodolfo Luis, *Visión crítica... cit.*, nota 48, p. 140.

⁵⁸ Ibidem, p. 144.

⁵⁹ Álvarez Gardiol, Ariel, *op. cit.*, nota 55, p. 126.

⁶⁰ Ibidem, p. 125.

⁶¹ Ibidem, p. 127.

*excelencia, que según la filosofía moderna era la físico-matemático.*⁶² Tal característica coincide con los postulados del positivismo de Augusto Comte. Otro rasgo de la escuela de la exegesis fue *“el positivismo legalista a ultranza: no hay otro Derecho que el positivo, el que está totalmente contenido en la ley o el Code.”*⁶³ En este sentido, hay que resaltar —que para esta concepción— el derecho válido es el creado por el órgano facultado, todo lo demás, no es objeto de estudio de la ciencia jurídica.

La tercera corriente de pensamiento, fue la jurisprudencia analítica, que con J. Austin, retomó las ideas de que el derecho es “un conjunto de mandatos dirigidos por el soberano a los súbditos y respaldados por la coacción”⁶⁴. Y que a pesar de circunscribirse a una teoría política como lo es el utilitarismo, creyó que era posible erigir una verdadera ciencia del derecho⁶⁵.

Este sintético análisis sobre las tres principales corrientes jurídicas europeas, nos sirve para tener claridad sobre las características principales de lo que en ese entonces significaba el positivismo jurídico. A pesar de se desarrollaron por separado, tuvieron más coincidencias que diferencias, que sirvieron de base posteriormente para conformaron la teoría del positivismo jurídico, como se verá en el apartado siguiente.

2.2.3 El punto en común de la ciencia jurídica del siglo XIX y la especificidad del positivismo

Las distintas escuelas de pensamiento jurídico del XIX, analizadas en el apartado anterior, a pesar de ser de latitudes diferentes, coincidieron en dos puntos muy importantes, el primero, consiste en que el derecho es un producto terminado:

La escuela alemana sostiene que el Derecho es un hecho, un hecho histórico y comunitario, que surge espontánea e irreflexiblemente; para la escuela francesa el Derecho también es un hecho, pero un hecho normativo completamente racional,

⁶² Vigo, Rodolfo Luis, *Visión crítica...cit.*, nota 48, p. 149.

⁶³ *Ibidem*, p. 150.

⁶⁴ Atienza, Manuel, *Introducción cit.*, nota 53, p. 179.

⁶⁵ *Ídem*.

deductivamente producido por el poder legislativo del Estado. Para las dos posiciones, el Derecho aparece como algo completo cuyo descubrimiento se verifica en la experiencia, y frente al cual sólo cabe aceptarlo sin consideraciones valorativas, filosóficas o ideológicas.⁶⁶

La segunda coincidencia, radica en que la ciencia del derecho no construye su objeto de estudio, Manuel Atienza lo señala de la siguiente manera:

El Derecho no es ni más ni menos que el Derecho *positivo*, esto es, el Derecho *puesto*, bien sea por el autor de un código, por el soberano o por el 'pueblo' en su desenvolvimiento orgánico. La ciencia del Derecho no aparece ya como una ciencia que construye su objeto (como era el caso del derecho natural) sino como una ciencia que reflexiona sobre un objeto ya dado, [...] ⁶⁷

Ya que se expusieron las características y las coincidencias de las distintas escuelas del siglo XIX, a modo de síntesis, se puede decir que las principales características del positivismo jurídico de esa época fueron las siguientes:

- Establecieron que el objeto de estudio de la ciencia jurídica consistía en el derecho positivo, tal rasgo fue la principal característica común en todas las corrientes jurídicas europeas.
- La ciencia del derecho no construye a su objeto de estudio, este ya se encuentra establecido.
- El derecho es un *corpus* terminado; ya sea como producto de un órgano especializado de la sociedad o por el pueblo.
- El derecho puede ser estudiado empíricamente.
- El ordenamiento jurídico es un elemento coherente, por tanto, la finalidad de la ciencia del derecho consiste en sistematizarlo.
- Los teóricos y juristas, no consideraban relevante que se realizaran consideraciones axiológicas sobre el derecho.

2.3. La diversidad de posturas sobre el positivismo jurídico en el siglo XX y XXI.

A lo largo del siglo XX —y en lo que va del XXI—, muchos autores han intentado esclarecer lo que significa ser positivista, entre los más didácticos

⁶⁶ Vigo, Rodolfo Luis, *Visión crítica...cit.*, nota 48, p. 155.

⁶⁷ Atienza, Manuel, *Introducción cit.*, nota 53, p. 174.

encontramos a Andrés Ollero, quien menciona que *“el positivismo dice que el Derecho es lo que es y que como tal puede conocerse y describirse con objetividad. Para dicho conocimiento no hace falta recurrir a la razón práctica, pues el Derecho es un fenómeno cognoscible y describible aquí mismo, tal y como se nos presenta ‘a la vista’.”*⁶⁸ En otras palabras, el derecho lo podemos describir con claridad porque es un ente que forma parte de nuestra realidad.

Para Andrés Ollero, ser positivista no es impedimento para tener determinadas posiciones políticas o ideológicas, ya que *“Se puede ser, como teórico del Derecho, positivista y, al mismo tiempo, anarquista, revolucionario, tradicionalista, persona de fuertes convicciones religiosas, individualista, etc.”*⁶⁹ Es decir, el positivismo es una postura que sirve para conocer al derecho, lo cual es muy independiente de las convicciones personales sobre lo político e ideológico, porque una cosa es conocer empíricamente al derecho y otra las creencias personales sobre el derecho.

Uno de los más representativos exponentes del positivismo jurídico, fue Hans Kelsen, él señala que el positivismo jurídico es: *“aquella teoría jurídica que únicamente concibe como derecho al derecho positivo, por lo que no concede validez alguna a ningún otro orden social, no obstante que el lenguaje corriente se le conozca con el nombre de derecho, particularmente el llamado derecho natural.”*⁷⁰ El objeto de la teoría de Kelsen es desvincular al derecho de los demás sistemas normativos, por ejemplo lo deslinda de la moral y la política, con lo cual funda una ruptura en el paradigma jurídico:

[...] Trata de desvincular al derecho de las conexiones que tradicionalmente ha tenido con la moral. Esto no quiere decir de ninguna manera que haya que rechazar la exigencia de que el derecho deba ser moral o bueno. Esta exigencia es de todo punto admisible, si bien lo que propiamente signifique es cuestión aparte. Lo que no es admisible es la concepción que sostiene que el derecho sea parte de la moral, esto

⁶⁸ Ollero, Andrés et al., *Derecho y Moral: una relación desnaturalizada*, México, editorial Fontamara, 2013, p. 76.

⁶⁹ Ibidem, p. 78.

⁷⁰ Ídem.

es, que todo derecho, en cuanto tal derecho, sea en algún sentido y en algún grado moral.⁷¹

Los defensores del positivismo jurídico, entienden como derecho, al derecho puesto, al dado por los legisladores, dejando de lado cualquier tipo de metafísica en el derecho, se enfocan en qué es y cómo se forma el derecho, desvinculándolo de la moral y las ideologías.

Hans Kelsen pone el énfasis en la separación entre el derecho y la moral, y siendo justo con su pensamiento, tal situación, no significa que el derecho no debiera de ser justo, sino que tales valoraciones no deben formar parte de la ciencia del derecho, la tarea del científico del derecho consiste en describir al derecho, no en realizar valoraciones morales, en sus mismas palabras, él señala que, *“la teoría general del derecho tiene como misión la descripción del derecho positivo tal como es, sin hacer ninguna valoración de él,”*⁷² ya la filosofía se encargara de realizar las valoraciones. Dicho lo anterior, no significa que no se busque que el derecho se lo más justo posible o que se estudie el concepto de justicia como el mismo lo hizo⁷³, sino que llanamente tales cuestiones están fuera del análisis de la ciencia del derecho.

Alf Ross señala que se pueden distinguir dos planos del derecho, lo que existe, y otra muy distinta, la evaluación que hagamos sobre él, es así que no hay que confundirlos, por lo que resalta lo señalado por Austin, *“La existencia del Derecho es una cosa; otra cosa es su mérito o demérito. Porque esto significa exactamente que el Derecho es un hecho; y que un hecho continúa siendo tal, le guste o no.”*⁷⁴

⁷¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del... cit.*, nota 41, p. 48.

⁷² Ibidem, p. 143.

⁷³ Vid. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Albert Calsamiglia, España, Planeta-Angostini, 1993, 286 pp.

⁷⁴ Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4ª reimpression, Trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, México, editorial Fontamara, 2006, p. 11.

Alf Ross señala que *“lo que separa a los positivistas de los iusnaturalistas son cuestiones de clasificación y de terminología”*⁷⁵, es decir, si un régimen que va en contra de toda justicia, ¿se le puede clasificar de jurídico o solo se puede hablar de un régimen jurídico cuando se apegan a determinados principios?

Y continua su exposición al señalar que *“Si un jusnaturalista quiere reservar el término ‘Derecho’ para un orden revestido de un valor es porque quiere destacar terminológicamente la diferencia moral entre diferentes sistemas”*⁷⁶; sin embargo, los positivistas prefieren hacer clasificaciones sin juicios de valor, por lo que prefieren *“clasificar como orden jurídico todo orden que tenga la misma estructura que un orden jurídico típico, cualquiera que sea su valor moral, es porque quiere destacar, también terminológicamente, la similitud fáctica estructural entre sistemas diversos, cualesquiera que sean sus calificaciones morales.”*⁷⁷ Entonces, al parecer, la diferencia entre iusnaturalistas y positivistas es una cuestión simple enfoque sobre el derecho, no obstante, cada enfoque tiene muy distintos efectos en la sociedad.

Alf Ross señala que prefiere *“un criterio conceptual basado en la conveniencia científica y no en consideraciones morales, por la misma razón que encuentr[a] razonable incluir a los cisnes negros en el concepto zoológico de cisne, aunque algunos puedan pensar que los cisnes negros carecen de valor estético.”*⁷⁸ Es importante señalar desde ahora, que hacer una comparación entre el derecho y la zoología es muy dispar, ya que, la zoología estudia a seres vivos, y el derecho es fenómeno cultural, es decir, es producido por los humanos y para regir su conducta entre ellos, existen relaciones de poder, influye el modo de pensar de cada país, etc.

⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 17-18.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 18

⁷⁷ *Ídem*.

⁷⁸ *Ídem*.

Por otro lado, como una muestra de la diversidad de opiniones sobre el positivismo jurídico, Pierluigi Chiassoni, señala que *“se pueden distinguir no menos de cinco acepciones diferentes, que apuntan a cinco referentes distintos, aunque correlacionados.”*⁷⁹ En ese sentido, se podría señalar que la definición sobre el positivismo jurídico se puede complicar y varía de autor en autor.

Se podría citar más concepciones sobre el positivismo jurídico, para demostrar que hay una pluralidad de definiciones; sin embargo, a lo largo de los años, se han formado consensos y coincidencias, y el punto en común gira en entorno a que el derecho es una cuestión empírica, más que un fenómeno metafísico, tal y como se verá en el siguiente apartado.

2.4 Propuestas paradigmáticas para entender el positivismo jurídico

Para superar el problema de las diversas concepciones sobre el positivismo, Juan Carlos Bayón propone no olvidarse de la lección metodológica que dejaron H. L. A. Hart y Norberto Bobbio, la cual sirve para entender el fenómeno del positivismo jurídico, y se puede resumir en dos ideas; la primera, radica en *“que la expresión ‘positivismo jurídico’ se estaba usando indiscriminadamente para designar tesis lógicamente independientes”*⁸⁰; y la segunda, señala que *“había además buenas razones para aceptar algunas de ellas [—refiriéndose a las tesis positivistas—] y rechazar el resto.”*⁸¹ Ya que en el artículo de Juan Carlos Bayón, tales lecciones metodológicas solo son enunciadas, mas no desarrolladas, se procederá, en los siguientes dos apartados, a desarrollarlas a partir de los propios textos de H. L. A. Hart y Norberto Bobbio.

⁷⁹ Chiassoni, Pierluigi, *El discreto placer del positivismo jurídico*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 78.

⁸⁰ Bayón, Juan Carlos, “El contenido mínimo del derecho positivo”, en Zapatero Gómez, Virgilio (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Vol. 2, 2002, p. 1.

⁸¹ Ídem.

2.3.1 La propuesta metodológica de H. L. A. Hart

La propuesta metodológica de H. L. A. Hart para entender el positivismo jurídico, la encontramos en la conferencia titulada *Positivism and the Separation of Law and Morals*, la cual fue publicada en forma de artículo en 1958 en la *Harvard Law Review*. Posteriormente, Genaro Carrió realizó la traducción al español y la tituló *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*.

En dicho artículo, H. L. A. Hart señala que la tradición utilitarista combina tres doctrinas: la primera, consiste en la separación entre el derecho y la moral; la segunda, radica en la realización de un estudio puramente analítico de los conceptos jurídicos, un estudio del significado propio del derecho; y la última, es la famosa teoría imperativa del derecho, la idea de que el derecho es, en esencia, una orden.⁸²

Sin embargo, tales doctrinas son distintas entre sí y no siempre forman un bloque unitario, ya que, “*es posible apoyar la separación entre el derecho y la moral y valorar positivamente las investigaciones analíticas acerca del significado de los conceptos jurídicos, y sin embargo, pensar que es erróneo concebir que el derecho es, esencialmente, una orden.*”⁸³

Por tal motivo, H. L. A. Hart nos invita a tratar como tesis independientes, unas de otras, en donde la veracidad o falsedad de una, no afecte a las demás, y sobre todo, se puede estar de acuerdo con una y en desacuerdo con las otras tesis, por tanto, Hart señala que “*El uso indiscriminado del rótulo ‘positivismo’ para designar en forma ambigua cada una de estas tres doctrinas diferentes (junto con algunas otras que los utilitaristas jamás profesaron) ha confundido quizá el problema más que cualquier otro factor individual.*”⁸⁴

⁸² Cfr. Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Argentina, ediciones Depalma, 1962, p. 15.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Ibidem, p. 16.

H. L. A. Hart menciona que existen varios significados o ideas distintas de tipos de positivismo en la teoría jurídica contemporánea, por ejemplo:

- 1) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos.
- 2) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser.
- 3) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es: a) algo que vale la pena hacer, y b) algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre causas y orígenes de las normas, de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, “funciones” u otros.
- 4) La pretensión de que el sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, *standards* morales.

En este orden de ideas, la propuesta metodológica que H. L. A. Hart nos dejó, consiste en que resulta indispensable para los juristas, tener claro, que la teoría positivista, en realidad engloba varias tesis y al aceptar una de ellas, no se acepta de forma automática las otras, y, sobre todo, que las críticas a una de ellas, no necesariamente afecta a las otras tesis.

2.3.2 La propuesta metodológica de Norberto Bobbio

La propuesta de Norberto Bobbio sobre el positivismo jurídico, consiste en señalar que es *“útil distinguir tres aspectos diferentes, de los cuales ha sido presentado históricamente: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia.”*⁸⁵ Al igual que Hart, considera que al positivismo no se le debe tratar como una única teoría, ni que existe una relación necesaria entre sus tesis, por tal motivo, realizó un estudio sobre las implicaciones de cada una de ellas.

⁸⁵ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 3ª ed., México, Fontamara, 1994, pp. 39-40.

El primer tipo de positivismo jurídico, se le denomina positivismo metodológico, y señala que el positivismo jurídico es un modo de acercarse al estudio del derecho, consiste en *“la clara distinción entre el derecho real y el derecho ideal o, [...] entre el derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho por el cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo.”*⁸⁶ En este sentido, ser positivista consiste en adoptar una postura éticamente neutral sobre el derecho, y sobre todo, solo se va a considerar como derecho a las normas creadas por las autoridades competentes.

Esta idea de positivismo rechaza la idea de la inclusión *“en la definición del derecho de elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad”*⁸⁷. Esto en razón de que no existen implicaciones necesarias entre el derecho y tales fines.

Este primer tipo de positivismo, se puede definir, como *“una teoría del Derecho que part[e] del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el Derecho positivo.”*⁸⁸ Para esta concepción, no se puede realizar un estudio sin un objeto fáctico, sin normas establecidas para realizarlo, lo cual, no implica necesariamente que se niegue que *“exista un Derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea Derecho en la misma medida que lo es el Derecho positivo.”*⁸⁹ Dicho lo anterior, esta postura, considera que el derecho ideal existe; pero, es irrelevante para la ciencia del derecho. Ahora se puede decir que *“el positivismo metodológico no se opone, como tal, a la primera tesis del iusnaturalismo, que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente.”*⁹⁰ Sino que,

⁸⁶ Ibidem, p. 41.

⁸⁷ Ibidem, p. 42.

⁸⁸ Ibidem, p. 43.

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 3ª reimpresión, Barcelona, Ariel, 2016, p. 38.

simplemente para el positivismo jurídico, no son objeto de estudio de la ciencia jurídica.

Con lo expresado en los párrafos anteriores, se puede observar que, el positivismo metodológico sigue la línea de los postulados del positivismo de inicios del siglo XIX, el cual fue estudiado al inicio de este capítulo.

El segundo tipo de positivismo jurídico, consiste en entender al positivismo como una teoría, puede ser resumido la fórmula: *“es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas y aplicadas por el Estado”*.⁹¹ En ese sentido, el derecho es entendido como un fenómeno que se explica con referencia a un poder soberano, capaz de ejercer coacción, en el marco de un estado nacional.

Bobbio señala que no se trata sobre *“el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella.”*⁹² Por lo que para esta concepción el derecho no puede estar separado, ni entenderse, sin la idea de Estado.

El tercer tipo de positivismo, consiste en tratar al positivismo jurídico como una ideología, se relaciona con una determinada forma de pensamiento referente a que las normas deben respetarse y obedecerse por el hecho de ser positivas y cumplir con todos los requisitos formales y materiales de validez, en este sentido Bobbio señala: *“Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esa creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal.”*⁹³

Este tercer tipo de positivismo jurídico, es el que por durante siglos, ha estado en contraposición con el iusnaturalismo, ya que no considera que el

⁹¹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 85, p. 50.

⁹² *Ibidem*, p. 40.

⁹³ *Ibidem*, p. 46.

derecho deba estar en sintonía con ciertos principios, es decir, la validez del derecho no depende de la adecuación a ciertos principios y valores de la razón preestablecidos.

Ahora bien, el mismo Bobbio señala que la finalidad de la exposición de los tres tipos de positivismo es *“invitar a reflexionar sobre el hecho de que en la crítica del positivismo jurídico no es posible, como se dice, colocar todas las posiciones en un mismo saco”*⁹⁴. Por tanto, si realmente se quiere hacer un debate serio y críticas atinadas hacia el positivismo, hay que tener en cuenta que por lo menos existen tres tipos de positivismo jurídico; sin embargo, se puede decir que, la tesis más fuerte es la que entiende al positivismo como *“aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo.”*⁹⁵ Es decir, circunscribiéndola al positivismo metodológico, tal postulado, es en resumen su lección metodológica.

2.3.3 El convencionalismo: El derecho como hecho social

En este breve recorrido del positivismo, no se puede obviar uno de los últimos desarrollos teóricos surgidos a partir de la obra de H. L. A Hart, el convencionalismo jurídico, el cual, recupera las enseñanzas metodológicas analizadas en los dos apartados anteriores. Dicho lo anterior, Juan Carlos Bayón señala que hay que extenderse aún más del avance de Hart y Bobbio:

[...] la propuesta metodológica debe prolongarse aún más allá del punto mismo hasta el que llegó el esfuerzo diferenciador de H. L. A. Hart y Norberto Bobbio, ya que no basta con distinguir entre el positivismo ideológico, formalismo jurídico y positivismo metodológico o conceptual, y puntualizar que cada una consiste en tesis lógicamente diferentes,⁹⁶

Hay que refinar más las tesis del positivismo metodológico o conceptual, hasta llegar a tesis más simples, como la de entender al derecho, como un hecho social. Resulta *“innegable que en la actualidad una de las estrategias*

⁹⁴ Ibidem, p. 63.

⁹⁵ Ibidem, p. 68.

⁹⁶ Cfr. Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 80, pp. 33-34.

*más concurridas para mantener al positivismo dentro de la discusión jurídico-filosófica ha sido la de adoptar una interpretación convencionalista de las reglas de reconocimiento.*⁹⁷ Y esta teoría se enfoca en mostrar la relación entre el derecho y los hechos sociales, entendidos estos como *“comportamientos, actitudes y creencias de las personas que viven en sociedad.”*⁹⁸

La importancia del convencionalismo jurídico radica en que pone el énfasis en las condiciones necesarias para ubicar la existencia del derecho, encuentra cuales son en específico las reglas de una sociedad, es decir, cuál es el derecho en una determinada sociedad. En ese sentido, el convencionalismo jurídico profundiza en una de las tesis del positivismo metodológico, y para lograrlo, dicha teoría señala que solo se necesitan fuentes del derecho positivo.

Tal avance teórico del convencionalismo es muy relevante; sin embargo, intentar creer que el derecho es solo la parte empírica, conformada por normas jurídicas, costumbres, jurisprudencia, etc., es una razón necesaria, pero no suficiente, para explicar en su totalidad lo que es el derecho, como bien intentaremos exponer el siguiente apartado, aunque esa será la tarea principal del apartado final del capítulo tercero.

2.5 El derecho desde el punto de vista del positivismo jurídico

El punto débil y menos desarrollado del positivismo jurídico radica en que solo estudia formalmente al derecho, y cuando señala que se enfoca en el contenido del derecho, lo hace de manera abstracta; es decir, solo pone atención, en si una determinada acción o abstención, es permitida, prohibida u obligatoria. El contenido material del derecho queda relegado a

⁹⁷ Martínez Torres, Ismael, *Una interpretación convencionalista de la validez jurídica en la teoría institucional del derecho*, SCJN, Núm. 4, p. 28, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/node/207>

⁹⁸ Vilajosana, Josep M., *La construcción social de la realidad jurídica*, Prisma Social: revista de ciencias sociales, N° 4, junio 2010, p. 6, disponible en: <http://www.isdfundacion.org/publicaciones/revista/numeros/4/narracion-construccion-social-realidad.html>

un segundo plano, sin oponerse a que cualquier contenido sea derecho, inclusive las más grandes injusticias.

Hans Kelsen considera a la norma jurídica como el centro del derecho, y la entiende como *“el sentido de un acto con el cual se ordena o se permite, y en especial, se autoriza un comportamiento.”*⁹⁹ Para dicho autor, el derecho *“son órdenes coactivos de la conducta humana. Ordenan una determinada conducta humana.”*¹⁰⁰ Tales ideas, ponen el énfasis en la forma del derecho, en encontrar cuáles son las normas jurídicas en una determinada sociedad, en describir a la norma jurídica sin ninguna carga valorativa; pero, no prestan atención al contenido de la norma, siendo indiferentes ante prescripciones jurídicas que sobrepasan los umbrales de injusticia extrema.

Muchos autores piensan que, debido a que Hans Kelsen es positivista, para él no existe la justicia, y no puede estudiarse. Tal pensamiento está alejado de la realidad, ya que él mismo realizó un estudio sobre dicho tema¹⁰¹; sin embargo, para él, cuando se trata del estudio del derecho, considera que se debe estudiar de forma separada; ya que, lo justo o lo injusto, depende de un sistema de valores, diferente en cada individuo y varía de sociedad en sociedad. En ese sentido, nuestra opinión nunca podrá ser universal y nos llevaría a un sincretismo en el derecho, por tanto, señala que, aunque *“el contenido de un orden coactivo eficaz sea juzgado como injusto, no constituye en todo caso fundamento para no aceptar ese orden coactivo como un orden jurídico.”*¹⁰²

Como se afirmó en el párrafo anterior, la teoría de Hans Kelsen estudia solo las estructuras formales del derecho, por lo cual, se puede decir en palabras

⁹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16ª reimpr., trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2011, p. 19.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹⁰¹ Vid. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?... cit.*, nota 73.

¹⁰² Kelsen, Hans, *Teoría pura...cit.*, nota 99, p. 62.

de Gregorio Robles, “es una teoría formalista del derecho, por eso, se la podría denominar también, una teoría formal del derecho.”¹⁰³

Así mismo, otro autor de renombre y fundador de la lógica jurídica contemporánea, Georg Von Wright, quien hace, todavía más evidente el formalismo en el estudio del derecho, cuando él expone el tema del contenido del derecho. Él señala que existen seis componentes o partes de las normas, de las cuales, una de ellas es *el contenido*, el cual consiste en “aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse. El contenido de una prescripción en particular es, en consecuencia, la cosa prescrita (mandada, permitida, prohibida).¹⁰⁴ Dicho lo anterior, resulta evidente que, Georg Von Wright, sólo analiza el contenido del derecho de una manera abstracta y el énfasis no está centrado realmente en el contenido, sino en los moduladores deónticos, es decir, solo le importa que exista una orden que mandate, permita o prohíba; no lo que señale la acción en sí misma.

La mayor debilidad del positivismo, como teoría explicativa del derecho, radica en su formalidad y abstracción, la famosa formula: “si es A, debe ser B.” deja en evidencia, tal situación, ya que no estudia cuales son los contenidos de A o B, solo le interesa el nexo causal entre ellos.

Por otro lado, este estudio lógico-formal del derecho, contrasta con los orígenes griegos y romanos del mismo. Uno de los principales teóricos analíticos del derecho en México, Rolando Tamayo y Salmorán, señala en su libro *Introducción analítica al estudio del derecho*, específicamente en el capítulo XV lo siguiente:

El derecho posee una carga emotiva, para todo griego el derecho transmite una impresión de mérito moral, de tal manera que se puede decir que el campo que cubre el derecho es coextensivo con el que cubre el valor moral implicado. De ahí que resulta verdaderamente difícil sostener que el derecho, sus leyes o sus pronunciamientos, pudieran ser concebidos como meros interés, conveniencias o

¹⁰³ Kelsen, Hans, *Teoría pura ...cit.*, nota 41, p. 20.

¹⁰⁴ Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción*, trad. Pedro García Ferreró, España, Editorial Tecnos, 1970, p. 88.

caprichos. Para los hombres de los tiempos clásicos las leyes nombran algo que es creado, practicado o mantenido como correcto, como justo.¹⁰⁵

De la cita anterior se desprende que, en los orígenes del derecho, había una estrecha vinculación con la justicia, que con el transcurso del tiempo se ha dejado de lado esa vinculación, hasta el grado que, en los tiempos contemporáneos, sea negada dicha relación.

Resulta relevante traer a colación, una de las críticas más radicales que se han realizado al análisis formalista del derecho, me refiero a la expresada por Evgeni Pasukanis hacia el formalismo jurídico:

Una teoría general del derecho que no trata de explicar nada, que vuelve la espalda de antemano a los hechos de la realidad, es decir, a la vida social y que tiene por objeto las normas sin interesarse en su origen (cuestión metajurídica) ni en su relación con algún tipo de interés material, puede naturalmente pretender el nombre de teoría, únicamente en el sentido en que se habla, por ejemplo, de una teoría del juego de ajedrez. Pero una tal teoría nada tiene en común con la ciencia.¹⁰⁶

El centro de la crítica anterior, consiste en que una teoría del derecho debe explicar a totalidad los fenómenos jurídicos, no solo reducirse a los aspectos formales, que a fin de cuentas explican poco sobre la realidad.

Se podría pensar que por la radicalidad de las críticas de Evgeni Pasukanis, al positivismo, se circunscribe a una teoría materialista a ciegas, tal idea se encuentra muy alejada de la realidad, ya que, también realizó fuertes críticas a las visiones del derecho materialistas. Dicho de manera muy breve, una de sus críticas al materialismo en el derecho, consistió en señalar que no es suficiente con introducir en el concepto de derecho la lucha de clases, y con eso pretender construir una completa teoría del derecho; también criticó, a las teorías sociológicas y psicológicas del derecho, al señalar que *“dejan habitualmente fuera de su campo de observación la forma jurídica como tal; [...] operan con conceptos extrajurídicos y cuando lo hacen, es para presentarlas como únicamente como ‘ficciones’, ‘fantasmas ideológicos’,*

¹⁰⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, segunda edición, México, Editorial Themis, 2011, p. 239.

¹⁰⁶ Pasukanis, Evgeni, *Teoría General del Derecho y el Marxismo*, Trad. Virgilio Zapatero, España, Editorial Labor Universitaria, 1976, p. 40.

‘proyecciones’, etc.”¹⁰⁷ Se puede decir que la aportación de Evgeni Pasukanis al pensamiento jurídico fue señalar que el derecho se compone de forma, pero también, de un determinado contenido, el cual no puede obviarse.

El positivismo no puede erigirse como una teoría completa del derecho, hasta que no extienda su margen de explicación de los fenómenos jurídicos, incluidos a los del contenido material del derecho. El positivismo jurídico falla, por todo lo que omite, por todo lo que no forma parte de su campo de estudio; no porque sus predicciones sean erróneas en sí mismas. Si bien se ha erigido como la teoría dominante entre los teóricos jurídicos, se debe más a una afinidad teórica entre ellos, a una convención; más que a su capacidad para resolver problemas en una determinada sociedad; pero, poco a poco, se hacen más evidentes los puntos débiles y la necesidad de un cambio de paradigma.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 41.

CAPITULO III

EL NO-POSITIVISMO Y EL DERECHO

3.1 Preámbulo

En el capítulo anterior, se resaltó la necesidad de partir de un concepto unitario de lo que se entiende por positivismo jurídico. Por tal motivo, se analizó su origen en las teorías del derecho del siglo XIX, y se encontró que, a pesar de las diferencias teóricas y geográficas, contaban con un punto en común que las unificaba: el derecho es un producto terminado. A lo largo del siglo XX y lo que transcurre de este, el positivismo jurídico se ha caracterizado por una diversidad de ideas o tesis diferentes entre sí. Para afrontar dicha problemática, se utilizó la propuesta metodológica de H. L. A. Hart, Norberto Bobbio y Juan Carlos Bayón.

Es necesario enfatizar, que la complejidad entre las distintas teorías explicativas sobre el concepto de derecho, va más allá del clásico debate dicotómico entre el positivismo y el iusnaturalismo, ya que es posible distinguir cinco teorías sobre el concepto de derecho, y no solo dos, como generalmente se menciona en los debates. Robert Alexy realiza una clasificación, en la que señala que hay *“dos formas de positivismo y tres de no-positivismo [las cuales] muestran que el debate entre positivismo y el no-positivismo es más que una simple disputa entre dos posiciones monolíticas, a menudo presentada como la oposición entre ‘el positivismo jurídico’ y el ‘derecho natural’.”*¹⁰⁸

En este capítulo, está estructurado de la siguiente forma; en el apartado 3.2, se expondrán los tres tipos de teorías no-positivistas y sus diferencias entre sí; en el 3.3, se expondrá la teoría de la doble dimensión del derecho; en el subapartado 3.3.2, se desarrollará la dimensión ideal del derecho y sus dos partes integrantes, la fórmula Radbruch y la pretensión de corrección del

¹⁰⁸ Alexy, Robert, “El no-positivismo incluyente”, en Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016, p. 77.

derecho; en el apartado 3.3.3, se señalarán las diferencias entre el positivismo jurídico respecto a la teoría del no-positivismo incluyente; y se finalizará con la sección 3.4, en la cual, se señalarán los límites de la teoría del positivismo jurídico.

3.2. Tipos de teorías no-positivistas

Robert Alexy realiza una clasificación de las teorías del derecho, basándose en el criterio de la posición que se tome, respecto a la conexión entre el derecho y la moral. Y resulta que, *“todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral.”*¹⁰⁹ Por tanto, solo existen dos subtipos de positivismo jurídico. Por un lado, se encuentra el positivismo jurídico excluyente, el cual considera, que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral. En esta posición se pueden ubicar como autores principales a Hans Kelsen, Joseph Raz y Andrei Marmor. Por el otro lado, está el positivismo jurídico incluyente, el cual considera, hay conexiones entre el derecho y la moral, pero son contingentes, por tal motivo, señalan que se debe definir al derecho sin la inclusión de elementos morales. Hay una pluralidad de autores que adoptan esta teoría, entre los que resaltan H. L. A. Hart y Jules Coleman.

Ahora bien, respecto a las teorías no-positivistas del derecho, estas se subdividen en tres posiciones distintas entre sí. Dichas teorías son el no-positivismo excluyente, el no-positivismo súper incluyente y el no-positivismo incluyente. En este capítulo, es el momento de exponer este segundo bloque de teorías explicativas del derecho; sin embargo, ya que los fines de esta investigación lo requieren, la teoría que se desarrollará a profundidad, será el no-positivismo incluyente, es decir, la teoría de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy, poniendo el énfasis en describir los conceptos e ideas principales de dicha teoría para entenderla a cabalidad.

¹⁰⁹ Alexy, Robert, *El concepto y... cit.*, nota 28, p. 13.

3.2.1 El no-positivismo excluyente

El primer subtipo del no-positivismo señala que *“todo defecto moral conduce a la invalidez jurídica, es la versión más radical del no-positivismo, versión que solo se encuentra raramente en la literatura.”*¹¹⁰ Ejemplos del no-positivismo excluyente es la posición defendida por Deryck Beyleveld y Roger Brownsword, en el que se señala que *“Las reglas inmorales no son jurídicamente válidas.”*¹¹¹ En la misma tesitura se ubica San Agustín, ya que el señaló que, *“Una ley que no es justa no me pareciera que es una ley”*.

En el no-positivismo excluyente, se da una gran importancia a los valores y principios morales, restando importancia al derecho en sí, es decir, se deja de lado la autonomía e independencia del derecho, al grado de supeditar los postulados jurídicos a los lineamientos de la moral.

3.2.2 El no-positivismo súper-incluyente

Los pensadores que se ubican en esta clasificación, sostienen como principio que, *“a pesar de existir una conexión conceptual necesaria entre derecho y la moral, los defectos morales nunca repercuten en la pérdida de la validez jurídica.”*¹¹² Como ejemplos de autores que se encuentran en esta clasificación está Immanuel Kant, Tomas de Aquino y John Finnis. Como frases representativas se encuentra la señalada por Tomas de Aquino: *“una ley tiránica es la ley, pero ‘no ley en sentido pleno’*, o como dice J. Finnis, *‘no es ley en el sentido focal del término ley’*.¹¹³ Esta teoría considera que la ley posee determinadas características ideales, como la justicia, el bien común; las cuales deben verse reflejadas en las leyes positivas; pero, en caso de que tal situación no suceda, en ningún momento pierden su validez las normas positivas.

¹¹⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 81.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 82.

¹¹² *Ibidem*, p. 17.

¹¹³ Alexy, Robert, “El no-positivismo... *cit.*”, nota 108, pp. 75-76.

Aunque esta teoría reconoce que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral, su inconveniente estriba en que, en ningún caso, los defectos morales tienen repercusión en la validez del derecho, por lo cual, esta teoría se posiciona en el extremo opuesto de la teoría anterior, ya que los defectos morales, nunca socaban la validez jurídica, —por muy excesivos que estos sean—, cuando mucho, esta teoría podría decir que, son leyes defectuosas, pero al fin de cuentas, normas válidas.

3.2.3 El no-positivismo incluyente

Robert Alexy se da cuenta que las dos posiciones anteriores tenían un desequilibrio; la primera, por exceso, ya que no reconoce el valor de la dimensión real del derecho; y la segunda, por defecto, ya que no considera la importancia de la dimensión ideal.

En ese sentido, el no-positivismo incluyente, es una teoría que se sitúa en medio de las dos posiciones anteriores. Para ello, Robert Alexy, se apoya en la fórmula Radbruch y la pretensión de corrección del derecho. Con dichas ideas, encontró una alternativa entre la idealización excesiva de la moral y el excesivo formalismo en el derecho, dando como resultado, un equilibrio adecuado en la relación entre el derecho y la moral.

Como alternativa al no-positivismo excluyente y su integración excesiva de la moral en el derecho; Robert Alexy retomó la idea de Gustav Radbruch, que señala que *“los defectos morales socavan la validez jurídica si y solo si se traspasa el umbral de la injusticia extrema. Por debajo de ese umbral, los efectos de los defectos morales se confinan a atribuir al derecho un carácter defectuoso.”*¹¹⁴ Por tanto, los principios morales solo son determinantes en el derecho, en casos extremos, sin llegar a excluirlos en su totalidad del ámbito jurídico. Mas adelante profundizaremos en esta idea a detalle cuando se explique la fórmula Radbruch en el apartado 3.3.2.1 de este capítulo.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 82-83.

Por otra parte, como alternativa a los postulados del no-positivismo súper-incluyente, en donde los defectos morales nunca afectan a la validez del derecho, Robert Alexy, señala que el derecho contiene una pretensión de corrección, que lo hace ser más que pura facticidad. Esta idea se desarrolla con detenimiento en el apartado 3.3.2.2 de este capítulo.

Las tres teorías no-positivistas son diferentes entre sí; el no-positivismo excluyente señala que el derecho tiene una relación de dependencia con la moral; el no-positivismo súper-incluyente señala que los defectos morales del derecho nunca afectan a la validez del derecho; y el no-positivismo incluyente, matiza en qué casos los defectos morales afectan al derecho y demuestra también, que el derecho es más que pura facticidad. Una vez señaladas las diferencias entre las tres teorías no-positivistas, para aclarar más este punto, se elaboró el siguiente cuadro comparativo:

Diferencias entre las teorías no-positivistas.			
Teoría.	Influencia de los defectos morales en el derecho.	Postura frente a la moral.	Frases representativas.
No-positivismo excluyente.	Siempre afectan la validez jurídica.	Toman en consideración en exceso a los defectos morales.	Las reglas inmorales no son jurídicamente válidas.
No-positivismo súper-incluyente.	Nunca afectan a la validez jurídica.	No toman en consideración los defectos morales.	La ley tiránica es ley, pero, no ley en sentido pleno.
No-positivismo incluyente de Robert Alexy.	En algunos casos afectan la validez jurídica.	En algunos casos toman en consideración a los defectos morales.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Los defectos morales socavan la validez jurídica, si y solo si, se traspasa el umbral de la injusticia extrema. ▪ El derecho tiene una pretensión de corrección.

Cuadro 1. Diferencias entre las teorías no-positivistas del derecho.

En el cuadro anterior, se aprecia visualmente, las diferencias entre las teorías no-positivistas. Se puede apreciar que, el no-positivismo incluyente

de Robert Alexy, se ubica entre los dos extremos de las otras dos teorías, quedando evidenciado, que las diferencias son de grado respecto a la relación de la inclusión de la moral en el derecho. Una vez señalados las diferentes posturas de no-positivismo jurídico, es necesario también, señalar las diferencias entre el iusnaturalismo y el no-positivismo incluyente de Robert Alexy.

3.2.4 Distinción entre el iusnaturalismo y el no-positivismo de Robert Alexy

Es muy fácil considerar que el iusnaturalismo abarca todas las formas que se oponen al positivismo jurídico, sin embargo, tal pensamiento es erróneo, ya que el no-positivismo incluyente de Robert Alexy, no solo se puede distinguir claramente del iusnaturalismo, sino que es una teoría que propone cuestiones muy distintas a este.

El iusnaturalismo sostiene que *“existe una relación de dependencia entre el derecho positivo y [ciertos] principios de justicia, de modo que el carácter jurídico de una norma o del sistema en su conjunto depende de su adecuación a los mismos*¹¹⁵, es decir, el iusnaturalismo considera que existen una serie de requisitos, un catálogo de principios, que el derecho positivo no puede contradecir, ya que si lo hace deja de considerarse derecho, un ejemplo es la clásica frase de Agustín de Hipona: *la ley injusta no es ley*.

Ahora bien, el no-positivismo incluyente de Robert Alexy, solo considera dos casos en lo que no se puede llamar derecho a una norma: cuando se transgrede a la formula Radbruch; y cuando se contradice la pretensión de corrección.

En ese sentido, el no-positivismo de Robert Alexy y el iusnaturalismo, tienen en común que las dos teorías señalan que para que algo se llame derecho, debe cumplir con ciertos presupuestos, pero la diferencia se encuentra, no

¹¹⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 2 edición, España, Trotta, 2007, p. 301.

solo en que los presupuestos son distintos, sino de donde surgen. En el iusnaturalismo dichos presupuestos se imponen desde fuera del derecho, y en el no-positivismo incluyente, se encuentran dentro del mismo derecho, solo que de forma implícita. En el desarrollo teórico de Robert Alexy, se exponen los argumentos que hacen explícitos dichos presupuestos, los cuales, se desarrollarán en el siguiente apartado.

En otras palabras, para el iusnaturalismo, hay una lista o catálogo de principios externos al derecho, una lista de principios *a priori*, que cuando el derecho positivo los contradice, pierde la calidad de derecho. Caso diferente es el del no-positivismo incluyente, el cual, considera que el derecho no puede incluir a la injusticia extrema, ni contradecir a la pretensión de corrección, pero dichas limitantes, no se imponen racionalmente desde fuera del derecho, sino que se encuentran en el mismo derecho. Una vez realizado la exposición en general de las teorías no-positivistas, ahora se expondrá a detalle, la teoría del no-positivismo incluyente formulada por Robert Alexy.

3.3 La doble dimensión del derecho

La tesis de la doble naturaleza del derecho presentada por Robert Alexy, consiste en que el derecho está integrado por dos dimensiones; la primera, es la parte real o fáctica, constituida principalmente por la coerción y el principio de seguridad jurídica; y la segunda parte, consiste en una dimensión ideal, conformada por la pretensión de corrección del derecho y el argumento de la injusticia, representada por la fórmula Radbruch.

La tesis de la doble naturaleza del derecho, exige una adecuada combinación, entre la dimensión real e ideal; en donde ninguna puede estar excluida por completo. No se puede hablar del derecho, sin referirse a la seguridad jurídica o a la coerción; ni tampoco, se puede hablar del derecho, por ejemplo, excluyendo a la pretensión de corrección. En los siguientes dos

subapartados explicaremos en que consiste cada una de estas dos dimensiones.

3.3.1 La dimensión real o fáctica

Robert Alexy reconoce que el derecho está integrado por una parte muy importante, la dimensión real o fáctica. Esta primera dimensión del derecho, abarca cuestiones relacionadas con la parte material, con lo fáctico, lo que se nos presenta de forma empírica. En esta dimensión encontramos al derecho positivo o estatuido, las instituciones jurídicas, las formalidades en la creación del derecho, la validez del derecho y la coerción jurídica. Carlos Bernal Pulido, explica que, para Alexy, en la dimensión real o fáctica, se hallan tres elementos centrales: *“el primero, es la relación entre el derecho y la coerción o la fuerza; el segundo, la relación entre el derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas; y el tercero, la relación entre el derecho y el asentimiento o aceptación real del mismo”*.¹¹⁶

Los elementos mencionados en el párrafo anterior, los juristas adscritos al positivismo jurídico, han desplegado un vasto desarrollo teórico, sobre cada uno de esos elementos. Dichos teóricos, se han explicado los fenómenos jurídicos con solo la dimensión real del derecho. Muchas de sus tesis, principios y sus conceptos los retoma el no-positivismo incluyente; sin embargo, como se mencionó en el capítulo anterior, la debilidad del positivismo jurídico, no se encuentra en lo que estudia o en su producción teórica, sino en lo que no estudia u omite; para no mezclar la exposición de la teoría con comentarios, en el apartado 3.4 de este capítulo se proporcionarán más argumentos sobre esta idea.

En esta dimensión real o fáctica, Robert Alexy señala que, hay una gran importancia a la solución de los conflictos mediante la aplicación de las

¹¹⁶ Bernal Pulido, Carlos, “La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy”, en Bernal Pulido, Carlos (coord.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y Razón en la obra de Robert Alexy*, Perú, Palestra editores, 2011, 285 p. 18.

normas jurídicas válidas en una sociedad, es partidario de obedecerlas incluso cuando estas sean injustas, pues, reconoce:

[...] la insuficiencia de la dimensión ideal en tanto procedimiento de decisión, [ya que] carece de mecanismos de solución de conflictos en un término razonable, con capacidad de decisión vinculantes, por lo que es necesario que exista una dimensión real o autoritativa, para evitar los costes de la anarquía y la guerra civil, y de alcanzar la coordinación social y la cooperación.¹¹⁷

No obstante, hay que ser muy cuidadosos con los planteamientos anteriores, y no interpretarlos erróneamente, ya que *“puede asumirse que la necesidad de positividad implica al positivismo. Esto, sin embargo, sería incompatible con la pretensión de corrección. Ciertamente la necesidad de la positividad implica la corrección de la positividad.”*¹¹⁸ Lo anterior significa, que hay una gran importancia en que el derecho sea positivo, es decir, que esté estatuido; pero, no necesariamente significa que la teoría positivista sea la más adecuada para describir y explicar al derecho, simplemente representa que en el tipo de sociedad en el que vivimos, hay una gran necesidad de que la solución de los conflictos o controversias se resuelvan mediante el derecho dado, y este se cumpla, ya que:

[En] la práctica social a la que nos referimos cuando usamos el concepto de derecho, tiene que poder disponer del uso de la coerción para llegar a ser tan bueno como sea posible. Mientras el mundo y sus habitantes humanos sean como son, existirá la necesidad práctica de que existan normas respaldadas por la amenaza de la coerción.¹¹⁹

Robert Alexy, reconoce la necesidad de la existencia de un derecho estatuido o dado, y el uso de la coerción en caso de ser necesario, para que se cumplan sus determinaciones. Hasta dicho punto, hay acuerdo con el positivismo jurídico. El desacuerdo se encuentra, en que Robert Alexy considera que el derecho es más que los elementos de la dimensión real o fáctica, sino que,

¹¹⁷ Alexy, Robert, “la doble naturaleza del derecho”, en Bernal Pulido, Carlos (coord.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y Razón en la obra de Robert Alexy*, Perú, Palestra editores, 2011, 285 pp. p. 41.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, nota 110, p. 60.

está integrada también, por una dimensión ideal, la cual se describirá a continuación.

3.3.2 La dimensión ideal del derecho

Como ya se ha adelantado, la dimensión ideal del derecho está conformada por dos elementos, por un lado, la fórmula de Radbruch, “*que señala que la injusticia extrema no es derecho*”¹²⁰, y por el otro lado, la pretensión de corrección del derecho, que señala “*que todo acto jurídico es material y procedimentalmente correcto*”¹²¹.

El no-positivismo incluyente, no refuta totalmente los postulados del positivismo jurídico, sino que agrega a la dimensión real o fáctica, dos nuevos elementos que, a su vez, hacen que surja una nueva teoría, que describe e identifica mejor al derecho, teniendo a su vez repercusiones en la práctica jurídica. Para una mayor claridad en la exposición de los dos elementos de la dimensión ideal del derecho, se expondrán por separado en los siguientes dos subapartados.

3.3.2.1 La fórmula Radbruch

La pregunta sobre si la fórmula Radbruch es algo que *debe* estar en el derecho o si es algo que *está* en el derecho, no se puede decidir con razones autoritativas, ni con una demostración empírica propia de un fenómeno físico, solo se puede decidir mediante la argumentación, mediante la exposición de razones, en las que quede en evidencia que opinión es la más coherente y apegada al fenómeno del derecho.

Respecto a este elemento de la dimensión ideal del derecho, hay que resaltar, que se emplean en su mayoría argumentos normativos, ya que, con un estudio analítico, por sí mismo, no sería posible comprobar si es correcta o incorrecta la fórmula Radbruch, ya que, en los enunciados normativos, hay

¹²⁰ *Ibidem*, p. 73.

¹²¹ Alexy, Robert, “Derecho y corrección”, en Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, 3ª edición, trad. José Antonio Seoane et al., Granada, editorial Comares, 2005, p. 30.

una imposibilidad de decidir sobre la verdad o falsedad, remitiéndose únicamente al uso del lenguaje, como muestran los siguientes enunciados:

La norma *N* se ha promulgado conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz, y por ello es derecho, aunque sea extremadamente injusta, ni el enunciado:

La norma *N* se ha promulgado conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz, pero no es derecho porque es extremadamente injusta. [...] ¹²²

Además del problema anterior, se suma el de la ambigüedad y vaguedad del “concepto de derecho” ¹²³, por tal motivo, para decidir sobre la corrección de la fórmula Radbruch, es necesario hacer una argumentación en donde se señale las ventajas y se exponga de manera convincente su uso.

Para empezar, hay que señalar, que el núcleo de la fórmula Radbruch consiste en que “los deméritos morales socavan la validez jurídica si y solo si se transgrede el umbral de la injusticia extrema.” ¹²⁴ Es decir, que el derecho siempre será válido mientras no incluya normas extremadamente injustas; sin embargo, las normas que se consideren injustas, serán “derecho defectuoso, pero válido.” ¹²⁵ Es importante señalar desde el principio, que la diferencia entre injusticia e injusticia extrema consiste en la vulneración del núcleo esencial de los derechos humanos. ¹²⁶

Andreas Hoyer, hace una aclaración muy pertinente sobre la traducción de la fórmula Radbruch:

La llamada ‘fórmula Radbruch’, que Alexy abrevia como, *extremes Unrecht ist kein Recht* [...] En alemán ‘salta a la vista’ el juego de palabras que, en español, no llega a florar. ‘Unrecht’ podría ser traducido como ‘ilícito’; pero aun así no operaría como antónimo de ‘derecho’. La fórmula más literal rezaría: ‘el extremo no-derecho no es derecho’. Justicia e injusticia, en sentido estricto, se dice en alemán, ‘Gerechtigkeit/Ungerechtigkeit’. Pero en este texto el propio autor utiliza la expresión ‘Unrecht’ como correspondiente a ‘injusticia’.” ¹²⁷

¹²² Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula Radbruch”, en Vigo, Rodolfo Luis (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, México, Fontamara, 2008, pp. 360.

¹²³ Sobre el tema de la ambigüedad y vaguedad del derecho, vid Atienza, Manuel, *Introducción al... cit.*, nota 53, pp. 16-22.

¹²⁴ Alexy, Robert, “la doble naturaleza... cit.”, nota 117, p. 41.

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Cfr. Alexy, Robert, “Una defensa... cit.”, nota 122, p. 384.

¹²⁷ Hoyer, Andreas, “De la relación entre derecho, moral y punibilidad”, *Revista Penal México*, año 7, número 13, septiembre de 2017-febrero de 2018, pp. 37.

La traducción literal, resalta un tema lógico: el principio de no contradicción. Dicho principio señala que, “*una misma cosa no puede ser y no ser a la vez, y bajo el mismo aspecto*”¹²⁸, o lo que es lo mismo; en un mismo argumento, no se puede sostener al mismo tiempo como verdadero: “*a es a’ y ‘a no es a’*”¹²⁹. La fórmula Radbruch está en armonía con el principio de no contradicción, debido a que señala de forma literal que, *el no-derecho no es derecho*, es decir, el concepto de derecho no puede incluir su negación, que en el caso en concreto sería el no-derecho. Dicho impedimento, no tiene su origen en una cuestión normativa o moral, sino estrictamente lógica.

Ahora bien, ¿cuál sería ese contenido que no puede formar parte del derecho?, ¿cuál es ese no-derecho? En español se ha traducido como la injusticia extrema, pero, todavía es una idea muy general, el contenido en concreto como ya se señaló sería la vulneración al núcleo esencial de los derechos humanos.

La fórmula Radbruch en su versión completa consiste en el siguiente razonamiento:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se resolvió con la primacía del derecho positivo sancionado, aun cuando por su contenido sea injusto e inadecuado para beneficiar al pueblo, hasta que la contradicción entre la seguridad jurídica y la justicia alcance una medida tan intolerable que el derecho, en tanto ‘derecho injusto’, deba ceder a la justicia. Es imposible trazar una línea nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; no obstante, otro límite puede distinguirse con mayor claridad: donde no hay ni siquiera una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra el núcleo de la justicia, fue negada conscientemente en beneficio de la regulación del derecho, ahí donde la ley no es solo ‘derecho injusto’, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho.¹³⁰

La fórmula Radbruch, señala que el derecho tiene un límite, la injusticia extrema, en ese sentido, Robert Alexy señala que se “*incorpora al concepto*

¹²⁸ Huerta Ochoa, Carla, *Lógica jurídica*, México, Porrúa-UNAM-Facultad de derecho, 2015, p. 44.

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ Radbruch, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal” en Paulson, Stanley L., *La Filosofía del Derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, Trad. Alejandro Nava Tovar, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 220.

*de derecho la corrección material, como criterio limitativo. El concepto de derecho no está inflado, pero si limitado moralmente.*¹³¹. Sobre este tema, cabe hacer dos aclaraciones. La primera consiste en que, si bien señala que el derecho tiene una dimensión material, no adopta una posición iusnaturalista, sino al contrario, se deslinda de ella. Es decir, no le impone al derecho que cumpla con una lista de presupuestos; ni incorpora determinados preceptos morales dentro del derecho, por eso, señala que el concepto de derecho no está inflado moralmente.

La segunda aclaración, consiste en que, con dicha frase, toma distancia a su vez, del positivismo, ya que indirectamente, se opone a la postura de Hans Kelsen, la cual señala que, “*un contenido cualquiera puede ser derecho*”¹³², pues la formula Radbruch deja fuera del contenido del derecho a la injusticia extrema.

Robert Alexy señala que la formula Radbruch puede servir para argumentar sobre el derecho como bien lo hicieron en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1968, la cual analiza 11° Decreto sobre la ley de Ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941. El párrafo 2 de este Decreto que señala¹³³:

Una resolución del tribunal Federal Constitucional de 1968, en la que se trata del 11° Decreto sobre la ley de Ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941. El párrafo 2 de este Decreto dice así:

Un judío pierde la nacionalidad alemana:

Con la entrada en vigor de este Decreto, cuando tenga su residencia habitual en el extranjero a la entrada en vigor de este Decreto.

Cuando en fecha posterior tenga su residencia habitual en el extranjero, con el traslado de su residencia habitual al extranjero.¹³⁴

En dicha sentencia del Tribunal alemán, se llegó a la conclusión, sobre quitar la validez a tal normatividad, “*porque contradicen de modo tan evidente principios fundamentales de la justicia que el juez que quiera*

¹³¹ Alexy, Robert, “Una defensa... *cit.*, nota 122, p. 359.

¹³² Kelsen, Hans, *Teoría pura...cit.*, nota 41, p. 83.

¹³³ Alexy, Robert, “Una defensa... *cit.*, nota 122, pp. 359 y 360.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 359 y 360.

*aplicarlas o reconocer sus consecuencias jurídicas, pronunciaría no-derecho en lugar de derecho.*¹³⁵ Ya que se obligaba a optar entre perder la nacionalidad —y con ella los bienes que se tengan en el país— o perder la vida, ya que en ese entonces, existía una política de exterminio sistemático de los judíos.

Alexy señala que la fórmula Radbruch “*debía ‘proteger’ a los juristas ‘frente al retorno de semejante estado injusto’*”¹³⁶; ya que, la absoluta preeminencia y prioridad de la normatividad sobre los demás principios, como el de la justicia, “*había dejado indefensos tanto a los juristas como al pueblo frente a las leyes de lo más arbitrario, cruel, criminal.*”¹³⁷ Pues, ante la vigencia de leyes extremadamente injustas, el principio de seguridad jurídica era ilimitado y se imponía sobre los demás.

Otro argumento a favor de la fórmula Radbruch es el efecto en la praxis jurídica, ya que, si entre los juristas, existe un consenso sobre las exigencias mínimas de justicia que no pueden ser incluidas en el derecho, tal situación dificulta, aunque sea en una mínima parte, a los regímenes injustos su establecimiento en las normas.¹³⁸

Finalmente, Alexy señala que la fórmula Radbruch “*no es el resultado de una intuición iusnaturalista, de una reacción emocional ante el nacionalsocialismo, sino el resultado de una minuciosa ponderación entre los tres elementos de los que consta [...] la justicia, la adecuación y la seguridad jurídica.*”¹³⁹ Por tal motivo, la fórmula Radbruch está en sintonía con otras ideas del sistema teórico de Alexy, como lo es la ponderación, relacionada estrechamente con la idea de que ningún principio es absoluto, sino que siempre debe de realizarse una evaluación con otros principios relacionados o afectados.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 360.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 378.

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 379.

¹³⁸ Cfr. *Ídem*.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 382.

Por dicha razón, *“Otorgar siempre prioridad a la seguridad jurídica también en caso de extrema injusticia sería incompatible con la pretensión de corrección, que incluye tanto a la seguridad jurídica como a la justicia.”*¹⁴⁰ Hacerlo en esta época, tendría un resultado anacrónico, ya que forma parte del desarrollo de la cultura jurídica, la idea de los principios jurídicos y su resolución por medio de la ponderación.

La última idea, que cabe precisar, consiste en que no es conveniente juzgar a las teorías sin tomar en cuenta el desarrollo de la teoría en su época, es decir, la fórmula Radbruch, surgió cuando todavía no se hablaba sobre la diferencia entre principios y reglas; no se hablaba sobre casos difíciles y casos fáciles; no estaba generalizada la idea de la textura abierta del derecho y no fue hasta varios años después de la muerte de Gustav Radbruch, que se comenzaron a realizar ponderaciones por el Tribunal Constitucional alemán.

Sobre este punto, en una participación en el debate entre Robert Alexy y Andrei Marmor —el cual se realizará un recuento en el apartado 5.4 de esta investigación— Jürgen Habermas muy atinadamente señaló:

[...] la fórmula Radbruch no es un principio jurídico. En todo caso sería, haciendo uso de los términos de Dworkin, una norma; una norma que es fruto de la ponderación de dos principios: el primero, el principio de la seguridad jurídica, que requiere que sigamos normas dotadas de autoridad; el segundo, el principio de los derechos fundamentales o de la justicia. El resultado de la ponderación de estos dos principios es el siguiente: en todos los casos, la seguridad jurídica o la autoridad precede a la justicia o al ideal, excepto en un caso: cuando se da una extrema injusticia. Sólo en este caso de extrema injusticia se invierte la relación de preferencia. Ésta es mi primera idea. En ella se pone de relieve el hecho de que en la fórmula Radbruch el argumento de la corrección no es más —ni tampoco menos— que una base.¹⁴¹

Al respecto Alexy reconoció la pertinencia de dicha intervención y señaló que Jürgen Habermas estaba en lo correcto, ya que no es necesaria en el

¹⁴⁰ Cfr. Ídem.

¹⁴¹ Alexy, Robert y Marmor, Andrei, “La Separación entre el derecho y la moral. Debate entre Robert Alexy y Andrei Marmor”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, núm. 39, diciembre de 2005, p. 751, disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1042>

contexto de un sistema democrático constitucional, con la integración expresa de los principios de justicia y el reconocimiento de los derechos humanos en la constitución; sin embargo, era necesaria para reaccionar contra las injusticias del régimen nazi.¹⁴² Basta recordar el razonamiento que imperaba en dicha época:

‘Una orden es una orden’, se le dice al soldado. ‘La ley es la ley’ dice el jurista. Mientras que para el soldado el deber y el derecho de obediencia cesan cuando él sabe que la orden persigue un crimen o un delito [N. del T. art. 47 del Código Penal Militar alemán de 1940], el jurista [...] no reconoce excepciones de la ley o al deber de obediencia por parte de todos aquellos sujetos a ella.¹⁴³

En ese orden de ideas, la norma no reconocía ningún límite, más que los que ella misma señalaba, recordemos que en esa época los jueces no hacían ponderaciones, no había una evaluación de los principios, “*la seguridad jurídica no es el valor único y decisivo que el derecho debe efectuar. Junto con la seguridad jurídica están colocados otros dos valores: adecuación conforme a fines y justicia.*”¹⁴⁴ En esa época, no se tomaban en cuenta los posibles conflictos entre la justicia formal y la justicia material:

Es una exigencia de la justicia que el derecho sea seguro, esto es, que no sea ahora y aquí interpretado y aplicado de una manera, y mañana y en otro lugar de otra manera. Donde surge un conflicto entre seguridad jurídica y la justicia, entre una ley cuestionable por su contenido, pero de carácter positivo, y un derecho justo, pero sin haberse emitido de forma legal, hay un conflicto de la justicia consigo misma, esto es, entre justicia aparente y justicia real.¹⁴⁵

La anterior cita, muestra la necesidad de la existencia de la seguridad jurídica; sin embargo, señala también, la posibilidad de un conflicto entre las normas establecidas y un derecho justo —aunque no esté positivizado— y ante dicho conflicto, no se debe optar siempre de forma automática privilegiando solo el principio de seguridad jurídica.

¹⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 747.

¹⁴³ Radbruch, Gustav, “Cinco minutos de Filosofía del derecho” en Paulson, Stanley L., *La Filosofía del Derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, Trad. Alejandro Nava Tovar, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 209.

¹⁴⁴ Radbruch, Gustav, “Arbitrariedad legal... *cit.*”, nota 130, p. 219.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 219-220.

3.3.2.2 La Pretensión de Corrección del Derecho

La pretensión de corrección del derecho, no es un concepto que se haya formulado de manera definitiva en un libro, sino que tuvo un desarrollo y evolución a lo largo de la obra de Robert Alexy, y si bien es cierto que, en el libro traducido como, *el concepto y validez del derecho*, se expuso de manera general dicho concepto, también lo es, que no fue el primer lugar donde se planteó tal idea, ni donde se desarrolló con mayor profundidad.

Por tales motivos, para tener una idea completa y coherente, hay que sistematizar lo mencionado sobre la pretensión de corrección, a lo largo de su vasta obra, y hacer una compilación sobre los señalamientos realizados. En los párrafos siguientes, mostraremos el desarrollo del concepto de pretensión de corrección, en el cual, se pueden apreciar cinco momentos.

La primera vez que se esbozó la idea de la pretensión de corrección fue en el libro, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, en el que señaló:

La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue claramente de la del discurso práctico general. No se pretende que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo de que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado. ¹⁴⁶

En este primer momento, la pretensión de corrección es muy general, y consiste en que los argumentos expresados en el discurso jurídico deben ser fundamentados, es decir, dar razones racionales en favor de lo que se argumenta, no se puede afirmar algo jurídicamente y luego después negarse a fundamentarlo.

El segundo momento ocurrió en 1992, cuando publicó el libro, *el concepto y validez del derecho*, y si bien es cierto, que se desarrollan temas relevantes para el no-positivismo incluyente, tales como el concepto de derecho, las críticas al concepto positivista de derecho, la perspectiva del participante y los ejemplos paradigmáticos que explicitan la pretensión de corrección; en

¹⁴⁶ Cfr. Alexy, Robert, "La doble naturaleza... *cit.*", nota 117, p. 64.

relación con la conceptualización de la pretensión de corrección, se encuentra todavía enunciado de una forma muy general:

Tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos.¹⁴⁷

En dicho libro, se menciona que los sistemas jurídicos necesariamente formulan una pretensión de corrección, aunque todavía no se diga en que consiste. De manera general, al final del segundo capítulo, retoma la idea de la fundamentación de los argumentos:

La pretensión de corrección implica una pretensión de fundamentabilidad. Esta pretensión no se limita a que el juicio sea fundamentable en el sentido de alguna moral y en esta medida sea correcto, sino que se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta.¹⁴⁸

El tercer momento ocurrió en el año 2000 cuando publicó su artículo *Derecho y Corrección*¹⁴⁹, en el cual, Robert Alexy desarrolla con mayor profundidad el tema, en el cual expone el tema de los sujetos que ejercen la pretensión de corrección, los destinatarios, así como sus elementos.

En dicho artículo, Robert Alexy da respuesta a la interrogante de ¿cómo un objeto inerte puede pretender algo?, respondiendo que no es propiamente el derecho, sino lo hacen los sujetos en nombre del derecho o los que adoptan la postura del participante en el derecho:

Las pretensiones, en el sentido plenamente desarrollado o estricto, solo pueden ser formuladas por sujetos capaces. Pero el derecho no tiene tal capacidad, ni en forma de normas jurídicas individuales, ni en cuanto a sistema jurídico en su conjunto. [...] solo queda la posibilidad de vincular la pretensión de corrección con aquellos sujetos que intervienen en y para el derecho, creándolo, interpretándolo, aplicándolo e imponiéndolo. En última instancia éstos son siempre individuos.¹⁵⁰

Teniendo en cuenta la cita anterior, resulta pertinente hacer una distinción más, no todas las pretensiones tienen el mismo valor o nivel, ya que existen

¹⁴⁷ Alexy, Robert, *El concepto y la validez ... cit.*, nota 28, p. 41.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 82.

¹⁴⁹ Cfr. Alexy, Robert, "Derecho y corrección... *cit.*", nota 121, pp. 27-46.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 28.

pretensiones personales de corrección y pretensiones objetivas de corrección, hay que distinguir entre una pretensión personal de corrección y una pretensión objetiva de corrección, la primera se actualiza cuando “*una persona formula subjetivamente una pretensión*”¹⁵¹; sin embargo, “*todo aquel que decide, juzga o argumenta en un sistema jurídico debe formular dicha pretensión. Esta pretensión objetiva no es un asunto privado, sino que esta necesariamente relacionada con el rol de participante en un sistema jurídico.*”¹⁵²

El núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis de que los actos jurídicos institucionales de este tipo siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto. Esta afirmación de la corrección tiene consecuencias. Corrección implica fundamentalidad.¹⁵³

Hasta este momento, la pretensión de corrección tiene una identificación, con diversos aspectos de la argumentación, se ha presentado meramente de una forma general, y “*puede decirse que consta de tres elementos: (1) afirmación de la corrección, (2) garantía de la fundamentalidad y (3) la expectativa del reconocimiento de la corrección.*”¹⁵⁴ Con posterioridad se agregará la explicitación de su contenido.

A pesar de que en este artículo se explica el vínculo entre el derecho y la justicia, y su impacto en la pretensión de corrección, dicho tema se expondrá sistematizado y con mayor detalle, en el texto *Derecho y moral*¹⁵⁵, el cual se analizará a continuación.

En un cuarto momento, en el 2002, Robert Alexy publicó el artículo *Derecho y moral*, en el cual argumenta a favor de la conexión necesaria entre el

¹⁵¹ Ibidem, p. 29.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ Ibidem, p. 30.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 31.

¹⁵⁵ Cfr. Alexy, Robert, “Derecho y moral”, en Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, 3ª edición, trad. José Antonio Seoane et al., Granada, editorial Comares, 2005, pp. 15-25.

derecho y la moral, basándose en la pretensión de corrección, y el vínculo necesario entre el derecho y la justicia.

Robert Alexy, en primer lugar, se enfoca en señalar que, cuando una sentencia expresamente menciona que se realizó de manera errónea, se hace explícito una contradicción o un absurdo. La razón que fundamenta dicha contradicción, es la creencia en la corrección de las sentencias judiciales. Tratar de evitar tal corrección, solo sería posible si *“la pretensión de corrección fuera abandonada y reemplazada por alguna clase de pretensión de poder. Pero ello sería decir adiós al derecho.”*¹⁵⁶ El ejemplo señala una disyuntiva, o se acepta que el derecho se rige por una pretensión de corrección, o se acepta que el derecho se rige por una pretensión de mero poder. Aceptar como válida la segunda opción, es optar por una legitimación del poder en turno, la cual convierte sus órdenes en normas vinculantes. Este tema, es materia de uno de los debates con Eugenio Bulygin, desarrollado en el capítulo V, de esta investigación.

En segundo lugar, el argumento de Robert Alexy, consiste en señalar que la pretensión de corrección, genera una conexión necesaria entre el derecho y la moral, para lo cual, se remite a la textura abierta del derecho y a las distintas formas en que se podría resolver los casos difíciles, es decir, existe una amplia gama de criterios para fundamentar las resoluciones, como la concepción del bien o el mal en una determinada sociedad; pero al fin de cuentas, el juez determina con criterios de lo que es correcto y la justicia.¹⁵⁷

Es en este momento, en el cual Robert Alexy, vincula el derecho con la moral, ya que señala que, si la justicia es un tema principalmente moral, y cuando el derecho emplea criterios de justicia, por ende, está relacionándose con la moral, claro está, con límites bien determinados. El argumento de Robert Alexy es el siguiente:

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁵⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 20.

Justicia es corrección en la distribución y la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales. Esto, junto con la necesidad que se formula la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, da lugar a una vinculación necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral.¹⁵⁸

De esa forma, Robert Alexy señala en que consiste la conexión necesaria entre el derecho y la moral, resaltando el valor que la pretensión de corrección tiene para el derecho.

Finalmente, en el 2009, con el artículo *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*¹⁵⁹, se podría decir, que hace una recapitulación en general sobre la doble naturaleza del derecho, y en particular sobre la pretensión de corrección. Desarrolla dos cuestiones relevantes: la necesidad de la corrección y el contenido de la corrección. Sobre el primer punto, la necesidad de la corrección, la demuestra con sus dos ejemplos paradigmáticos: *un artículo constitucional absurdo* y *el de una condena por una falsa interpretación*; los cuales ya habían sido materia de estudio desde el libro *el concepto y validez del derecho*¹⁶⁰.

El método para hacer explícita la pretensión de corrección consiste en mostrar el absurdo de un enunciado jurídico, el primer ejemplo que señala es el de un artículo constitucional absurdo: “*X es una república soberana, federal e injusta.*”¹⁶¹

Ni el defecto convencional, ni el moral, ni el técnico explican lo absurdo de la cláusula de injusticia. Esta como sucede a menudo, con lo absurdo, resulta de una contradicción. Tal contradicción surge porque con el acto de promulgar una constitución se formula necesariamente una pretensión de corrección que, en este caso, es una pretensión de justicia. Como se ha indicado las pretensiones contienen afirmaciones. En el caso de la pretensión de justicia aquí formulada es la afirmación de que la república

¹⁵⁸ Ídem.

¹⁵⁹ Cfr. Alexy, Robert, “Los principales elementos... *cit.*”, nota 10, pp. 25-46.

¹⁶⁰ Vid. Alexy, Robert, *El concepto y la validez... cit.*, nota 28, pp. 42-45.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 42.

constituida es justa. La contradicción reside, por tanto, en el acto de promulgar la constitución se realiza implícitamente una afirmación que contradice el contenido expreso del acto constituyente, la cláusula de la injusticia.¹⁶²

El segundo ejemplo de la pretensión de corrección consiste en la hipótesis de: *“Un acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua.”*¹⁶³

Con el anterior ejemplo, Robert Alexy hace que se vuelva explícita y evidente una contradicción, ya que *“Con una sentencia judicial se formula siempre la pretensión de que el derecho es aplicado correctamente,”*¹⁶⁴; entonces, con el ejemplo se hace evidente que las sentencias como cualquier acto del derecho tienen la pretensión de ser correctos.

Ahora bien, sobre el contenido de la pretensión de corrección señala que *“Con la tesis de que el derecho plantea una pretensión de corrección todavía no se dice nada sobre el contenido de esa pretensión. Este depende del contexto institucional.”*¹⁶⁵ Es decir, tiene que ver con un tipo determinado de expresión del derecho, por ejemplo, si es una sentencia, si es una norma jurídica, etc. Sin embargo, hay dos rasgos que la caracterizan en todos sus contextos:

[...] la primera que incluye siempre una pretensión de justificabilidad; y la segunda es que, [...] siempre se refiere —por lo menos también— a la corrección moral. De esta manera, al dictar un fallo o sentencia judicial no solo se afirma que se ha seguido el derecho promulgado y eficaz, sino también que tanto este derecho como su interpretación son moralmente correctos.¹⁶⁶

La pretensión de corrección, se podría decir que tiene una versión formal, en la cual, lo correcto depende de las normas jurídicas de determinada sociedad. En palabras de Robert Alexy, se refiere a:

¹⁶² Cfr. Alexy, Robert, “Derecho y corrección... *cit.*”, nota 121, p. 33.

¹⁶³ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza... cit.*, nota 110, p. 44.

¹⁶⁴ Alexy, Robert, *El concepto y la validez... cit.*, nota 28, p. 44.

¹⁶⁵ Alexy, Robert, “Los principales elementos... *cit.*”, nota 10, p. 30.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 30.

[Lo] qué es correcto dentro del marco de un sistema jurídico determinado. Lo que sea correcto en un sistema jurídico depende, en esencia, de lo que haya sido establecido autoritativa o institucionalmente y encaje en el sistema. Si se quiere expresar con una fórmula abreviada, puede decirse que la argumentación jurídica está sujeta a la ley y el precedente, y tiene que atender al sistema de derecho elaborado por la dogmática jurídica.¹⁶⁷

Es decir, la pretensión de corrección en el derecho, no significa que todos los actos deben ser correctos en sí mismos, como pasa en el ámbito de la moral; sino que, en el derecho, los actos son correctos tomando en consideración solo las mismas normas jurídicas de esa sociedad, —siempre y cuando, dichas normas no sean extremadamente injustas—.

Lo expresado en el párrafo anterior, contradice lo dicho por Hans Kelsen, porque considera que, *“subjetivamente entre el derecho y una orden de una banda de ladrones, no tiene ninguna diferencia, pues en las dos hay una amenaza con infringir un cierto mal; la diferencia radica, en que en el derecho fundamenta sus órdenes y sanciones, en las normas jurídicas”*¹⁶⁸. En otras palabras, sin un mayor análisis, se consideran como correctos los actos que se apoyan en una norma jurídica; sin tomar en cuenta que dichas normas pueden estar viciadas, ya sea porque el órgano que las crea ha sido corrompido o esté amenazado por una fuerza a la cual no pueda hacerle frente.

Robert Alexy menciona que, sin la pretensión de corrección, *“el derecho y todas sus ramificaciones [se convertirían] en expresiones de poder, de la voluntad y de la decisión. De esta manera, la pretensión de corrección sería reemplazada por algo así como una pretensión de poder”*¹⁶⁹; en otras palabras, el derecho sería un instrumento del poder en turno, de los que tuvieran la fuerza para cambiarlo o manipularlo a modo.

Una práctica social que no estuviera constituida por nada distinto al poder, la emoción, la subjetividad y la voluntad no sería un sistema jurídico. Sería un sistema de fuerza bruta, manipulación y respuesta emocional. El precio de abandonar el

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹⁶⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura... cit.*, nota 99, p. 58.

¹⁶⁹ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza... cit.*, nota 110, p. 65.

derecho sería alto. No solo se perderían las ventajas de la coordinación social y de la cooperación regulada por el derecho.¹⁷⁰

Lo anterior, muestra lo grave de las consecuencias en un país en el que, solo de nombre, se le llame derecho, pero en la realidad, sería una mera expresión de poder y simulación. Entonces, “*Si el derecho necesariamente se conecta con una pretensión de corrección, el derecho consiste en algo más que en la pura facticidad del poder, órdenes respaldadas por amenazas, hábito o coerción organizada.*”¹⁷¹

Es así como, Robert Alexy encontró un criterio material para distinguir al derecho del poder, sin recurrir a un criterio externo al derecho mismo; como si lo hace el iusnaturalismo, versión ya criticada en los apartados anteriores ya que hace que el derecho no sea autónomo.

3.3.3 Diferencias entre el positivismo jurídico y el no-positivismo incluyente

En relación a las teorías del positivismo jurídico y el no-positivismo incluyente, Robert Alexy considera que, “*Estas dos perspectivas corresponden a dos diferentes visiones acerca de lo que es derecho: una visión restrictiva y una visión comprensiva*”¹⁷² en la que, el no-positivismo incluyente, muestra una visión comprensiva, es decir, más amplia, ya que incluye la dimensión ideal que se explicó en el apartado anterior.

La postura de Robert Alexy, reconoce que el derecho tiene una dimensión real o fáctica, la cual, se compone —como ya se mencionó en el apartado 3.3.1—, por la coerción, la institucionalización de procedimientos de creación y aplicación de normas, y la aceptación u obediencia al derecho. Aunado a los elementos anteriores, Robert Alexy señala que el derecho, está

¹⁷⁰ Ibidem, p. 66.

¹⁷¹ Alexy, Robert, “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: La crítica de Bulygin” en *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad. Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95.

¹⁷² Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza... cit.*, nota 110, p. 96.

constituido por una dimensión ideal, la cual se integra por la fórmula Radbruch y la pretensión de corrección. El reconocimiento de la dimensión ideal, influye en la dimensión real, al grado tal, de crear una teoría diferente al positivismo jurídico.

Para resaltar las diferencias entre las dos versiones del positivismo jurídico y el no-positivismo incluyente de Robert Alexy, se realizó el siguiente cuadro que pretende aclarar de forma esquemática el tema:

Diferencias entre el Positivismo y el No-Positivismo Incluyente			
Teoría	Límites en el contenido del derecho	Contenido implícito del derecho	Vínculo conceptual con la moral
Positivismo excluyente.	No hay límite.	No hay un contenido implícito. (Con excepción de Joseph Raz, que señala que hay una pretensión de Autoridad en el derecho.	No hay una vinculación entre derecho y moral.
Positivismo incluyente.	No hay límite; sin embargo, se reconoce que el derecho tiene un contenido mínimo de derecho natural.	No hay un contenido implícito.	Solo hay una vinculación contingente.
No-positivismo incluyente de Robert Alexy.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La fórmula Radbruch. ▪ No puede contradecir la pretensión de corrección. 	<p>La injusticia extrema no es derecho.</p> <p>El derecho erige una pretensión de corrección.</p>	Hay un vínculo conceptual con la moral.

Cuadro 2. Diferencias entre el positivismo y el no-positivismo incluyente de Robert Alexy.

El esquema anterior, se puede observar con claridad que, las diferencias entre las teorías son de grado; sin embargo, esas diferencias hacen que los principios de la teoría cambien tanto, que dan pie a la creación de una nueva. Por ejemplo, la frase representativa del positivismo excluyente, consistente en que *“Cualquier contenido puede ser derecho”*¹⁷³, con la cual, el no-positivismo incluyente, está totalmente en desacuerdo, ya que

¹⁷³ Kelsen, Hans, *Teoría pura... cit.*, nota 41, p. 83.

argumenta que, la justicia extrema no es derecho y que no se puede contradecir a la pretensión de corrección del derecho. Estos dos elementos marcan la diferencia con el positivismo jurídico —en sus dos variantes—; pero, la potencia de dichos elementos, hace que surja una nueva teoría del derecho.

Es necesario precisar que, tanto las teorías positivistas como el no-positivismo incluyente, sirven para explicar el derecho, con cualquiera de las dos teorías, se puede sistematizar las normas de un país y coordinar las relaciones sociales; la diferencia se encuentra en que tan bien puede hacerlo. La elección de una teoría jurídica, muchas veces depende de una perspectiva subjetiva, de una determinada visión, que muchas veces no tiene nada que ver con el objeto de estudio.

3.4 Los límites de la teoría positivista

El postulado básico del positivismo metodológico, que señala que, una cosa es el derecho real y otra muy diferente es el derecho ideal —en su versión iusnaturalista—, es muy importante, es un muy buen punto de partida para realizar un buen análisis del derecho. Reconocer que son dos entidades diferentes ayuda a aclarar las ideas sobre el derecho. Sin embargo, intentar excluir de la reflexión jurídica, por ejemplo, a la justicia, al bien común, a la idea de libertad, por ser entidades diferentes al derecho positivo, hace que esos conceptos no evolucionen. En el caso de nuestro país, existe una diversidad de conflictos que necesitan respuesta, por ejemplo, los conflictos ambientales, luchas ejidales, luchas feministas, la defensa de la salud, etc. Cuando se solicita la opinión de juristas, generalmente, se da una respuesta técnica, tomando en cuenta solo a nuestro sistema jurídico; lo cual, en apariencia es deseable, pues parece que se actúa con objetividad, independencia y neutralidad; sin embargo, el derecho no es neutral e imparcial, ya que es un producto humano, y en el caso mexicano es creado por legisladores, que al mismo tiempo son políticos.

Aunado a lo anterior, decir como *es* el derecho, ha sido una tarea que no ha sido cumplida a fondo; ya que, en primer lugar, los estándares para hacer ciencia del derecho no se siguen; en segundo lugar, la mayoría de los libros en México, solo se reducen a dar definiciones y clasificaciones de una determinada rama del derecho, sin buscar llegar a principios; y en tercer lugar, las descripciones del derecho que se dan son abstractas e inconexas, ya que por un lado hay una descripción de las normas; pero, tal descripción no concuerda con lo que pasa en los tribunales, con el derecho en acción. Como resultado de lo anterior; por un lado, se tienen a las normas jurídicas; y por el otro, la aplicación de estas, lo cual genera dos mundos diferentes, uno sobre lo que señalan las normas, y otro sobre lo que realmente se aplica. Los pensadores positivistas, autoritativamente señalan que, el derecho se reduce al derecho positivo, y el derecho positivo son las normas creadas por el legislador, cuyas características son la coercibilidad, heteronomía, bilateralidad, la regulación de conductas exteriores, la estatalidad, etc., pero, no se dan cuenta que solo hablan en abstracto del derecho. Cuando se describe en abstracto a un objeto de estudio, se omiten las características más concretas, como los señalamientos de los casos en que el derecho actúa de forma parcial, cuando actúa de forma represiva, cuando genera miedo o incertidumbre, o si está cumpliendo con una verdadera función social.

El positivismo jurídico, como teoría, logró ser la más utilizada en el derecho a partir del siglo XIX, ya que se adecuó mejor a los estándares de la ciencia empírica, y asociado a que en casos de estabilidad y normalidad de un sistema jurídico, da respuesta a los problemas jurídicos; sin embargo, en el siglo XX la humanidad vivió eventos sin precedentes, la inclusión de normas extremadamente injustas —como el exterminio de personas por cuestiones de raza—, se empleó el derecho como instrumento para asesinar¹⁷⁴, y el desamparo teórico y práctico de los juristas ante las atrocidades

¹⁷⁴ Vid. El caso de del funcionario judicial Puttfarken citado en el libro de Gustav Radbruch, "Arbitrariedad legal... *cit.*, nota 144, pp. 214-217.

establecidas en las normas jurídicas, son casos que hacen replantear la conveniencia de la teoría del positivismo jurídico.

Después de los eventos señalados con anterioridad, resulta indudable que la ciencia del derecho deba evolucionar, y reconocer una nueva característica del derecho, ya que es un fenómeno histórico creado por la humanidad. La ventaja del no-positivismo de Robert Alexy se encuentra en que es un avance en el derecho, que toma en consideración las enseñanzas que surgieron de las atrocidades que se volvieron ley positiva durante el periodo de la Alemania Nazi.

La dimensión ideal del derecho, se puede decir, que es el resultado de la asimilación racional de las enseñanzas de la historia de la humanidad. Surge de la reflexión de un caso, en que el poder absoluto y autoritario, somete al derecho, modificando institucionalmente al mismo derecho. En el régimen del tercer Reich o del dominio nazi en Alemania, juristas como Gustav Radbruch vivieron en carne propia los abusos de ese tipo de derecho, producto de los cambios introducidos por aquel régimen político. Alexy como discípulo de Gustav Radbruch, reflexiona sobre dichos acontecimientos y crea la teoría de la naturaleza dual del derecho.

Negar los avances descubiertos por Robert Alexy, es no querer reconocer una manifestación más moderna y desarrollada del derecho. En específico, se dejan de lado dos cuestiones; en primer lugar, se niega que se descubrió que en los casos cuando el derecho está sometido por un poder autoritario o totalitario que no reconoce los estándares mínimos de los derechos humanos, las normas extremadamente injustas que creen, no son derecho, ya que atentan contra el derecho mismo. El segundo punto que es negado, consiste en que el derecho contiene dentro de sí, de forma implícita, una pretensión de corrección, y esa pretensión, está vinculada de forma conceptual con la moral.

IV. PRINCIPALES OBJECIONES A LA TEORÍA DE LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DERECHO

4.1 Preámbulo

En este apartado se expondrán las principales objeciones realizadas a la teoría de la doble naturaleza del derecho y sus respectivas respuestas proporcionadas por Robert Alexy. Como resultado de dicha exposición, quedará en evidencia, que después de cada crítica y observación, su teoría de la doble dimensión del derecho, se desarrolla y explicita con más detalle, al grado tal, que tiene como consecuencia indirecta, que su teoría se vea fortalecida.

El orden de exposición de las objeciones se realizará de forma cronológica. Debido a que el tema más polémico de la dimensión ideal es el referente a la pretensión de corrección del derecho, nos enfocaremos en desarrollar más las críticas realizadas a dicha idea.

Cabe destacar, que el contenido de este apartado, se compone en su mayoría de debates; sin embargo, como la crítica de Alfonso García Figuerola no ha tenido una refutación, y debido a su relevancia, se le dedicará un mayor espacio para exponer sus planteamientos, y luego, se intentará hacer una contra réplica a las observaciones críticas expuestas por dicho autor español.

4.2 La polémica Alexy-Bulygin

Se puede considerar que este es el debate más importante, no solo por el número y su desarrollo en el tiempo, sino porque Eugenio Bulygin, se centró en realizar objeciones a la raíz de los principales argumentos de la teoría de Robert Alexy, teniendo como centro de los debates, principalmente, la conexión necesaria del derecho y la moral; los ejemplos paradigmáticos para hacer explícita la pretensión de corrección; la idea de justicia; la necesidad de una moral objetiva; y finalmente, la perspectiva del observador y el participante.

4.2.1 El primer debate

El primer debate entre Robert Alexy y Eugenio Bulygin comenzó cuando este, en 1993 publicó un artículo intitulado *Alexy y el argumento de la corrección*¹⁷⁵, en el cual realizó principalmente dos críticas a la teoría del no-positivismo incluyente; en primer lugar, pone en duda la idea de la conexión clasificatoria y cualificatoria entre el derecho y la moral, al señalar que “*si la satisfacción del criterio moral no es necesaria, entonces la conexión no es analítica sino sintética, es decir, fáctica*”¹⁷⁶, ya que cuando se habla de conexiones cualificatorias “*la pretensión de corrección no es necesaria en el caso de normas jurídicas aisladas; ellas son normas jurídicas, aun cuando no formulen tal pretensión.*”¹⁷⁷ Para Bulygin existe una contradicción en la idea de la pretensión de corrección, porque por es una característica de un sistema jurídico, pero no es una característica definitoria de las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas.¹⁷⁸

La segunda crítica de Eugenio Bulygin, se enfoca en los ejemplos paradigmáticos en los que apoya la idea de la pretensión de corrección del derecho, es decir, a los siguientes ejemplos:

(1) X es una república soberana, federal e injusta.¹⁷⁹

(2) X es un estado justo.¹⁸⁰

(4) El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua.¹⁸¹

Al respecto, Eugenio Bulygin señala que es “*posible interpretar los enunciados como (1) y (2) no como órdenes (normas), ni como descripciones, sino como declaraciones políticas. Como se sabe, ocurre con bastante*

¹⁷⁵ Bulygin, Eugenio, “Alexy y el argumento de la corrección” en *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad. Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 41-51.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 44.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹⁷⁸ Cfr. *Ídem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 46.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 49.

*frecuencia que las constituciones contengan declaraciones políticas e incluso como enunciados teóricos).*¹⁸²

En respuesta a las críticas realizadas por Eugenio Bulygin, Robert Alexy en 1997, publicó un artículo intitulado *La crítica de Bulygin al argumento de la corrección*¹⁸³, en el cual, respondió a las críticas, señalando que el argumento de la corrección se conforma de dos partes. La primera parte señala que las normas jurídicas, las decisiones judiciales aisladas y los sistemas jurídicos en tanto un todo, necesariamente formulan una pretensión de corrección; de esta manera se puede distinguir al derecho en comparación con la fuerza bruta.¹⁸⁴ Además añade que, *“Formular una pretensión de corrección no quiere decir que al mismo tiempo se la satisfaga.”*¹⁸⁵ Es decir, no es una incoherencia que un sistema jurídico formule una pretensión de corrección y a la vez esa pretensión no se cumple en algunas normas jurídicas, ya que la formulación de la pretensión de corrección marca la pauta para distinguir, de forma general, al derecho del poder o la fuerza bruta. Y la no satisfacción de la pretensión de corrección da la pauta para señalar la deficiencia de una norma jurídica en particular sin privarle el carácter de jurídico.

Robert Alexy insiste en señalar que, el aspecto clasificatorio es muy importante, ya que resalta la necesidad de la dimensión ideal debido a que hasta *“Los peores tiranos generalmente se esfuerzan por obtener una legitimización por medio de argumentos, aunque apenas con consecuencias prácticas. [...] El derecho obtiene a través de ella [de la pretensión de corrección] una dimensión ideal necesaria.”*¹⁸⁶

¹⁸² *Ibidem*, p. 48.

¹⁸³ Alexy, Robert, “La crítica de Bulygin al argumento de la corrección” en *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad. Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 53-84.

¹⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 54-55.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 55.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 56.

En relación con la segunda crítica realizada por Eugenio Bulygin, a los ejemplos paradigmáticos, en los que se niega explícitamente la pretensión de corrección, Rober Alexy responde que, cuando se niega explícitamente se da *una falla conceptual* ya que:

Con el acto de la sanción de una constitución está vinculada necesariamente la pretensión de corrección que, en este caso, es una pretensión de justicia. Un constituyente comete una contradicción performativa cuando el contenido del acto constituyente niega esta pretensión, a pesar de que con su ejecución la formula.¹⁸⁷

En la cita anterior, Robert Alexy, muestra que, la creación de una constitución, contiene implícitamente una pretensión de justicia; la cual entraría en conflicto con un artículo que, de manera explícita, señale que *X es un Estado es injusto*, ya que surgiría una contradicción performativa.

4.2.2 El segundo debate

En 1998 Eugenio Bulygin realizó un segundo bloque de críticas¹⁸⁸ a Robert Alexy, esta vez cuestionando puntualmente a la pretensión de corrección de derecho, sintetizados en dos argumentos, el primero consiste en lo siguiente:

[...] dudo mucho de que todas las autoridades jurídicas pretendan que sus normas sean moralmente correctas o justas. Al menos, es muy dudoso en los casos de Calígula o Nerón, y, aun así, es difícil negar que en Roma hubo un sistema jurídico bajo esos emperadores.¹⁸⁹

En el anterior argumento, Eugenio Bulygin señala un buen ejemplo, en el que a su parecer existe una contradicción ya que, una autoridad jurídica, —como lo eran Calígula y Nerón en la Roma antigua—, no tenían la mínima pretensión de que sus actos y normas fueran moralmente correctas o justas; y sin embargo, no se puede negar que en esa época hubo un sistema jurídico.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 73.

¹⁸⁸ Bulygin, Eugenio, “La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral” en *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad. Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 85-93.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 87.

El segundo argumento, en el cual hace una crítica a Robert Alexy es el siguiente:

[...] aún si admitimos que todas las autoridades jurídicas (reyes, emperadores, dictadores, presidentes, legisladores, jueces, etc.) necesariamente formulan la pretensión de que las normas emitidas por ellos son moralmente correctas o justas, ¿Qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por ‘corrección moral’ o ‘justicia’? ¿Es la misma idea de justicia que movió a Ghengis Khan, Felipe II de España, Enrique VIII de Inglaterra, Khomeini o Pinochet para promulgar normas jurídicas?¹⁹⁰

En dicho argumento, Eugenio Bulygin, señala que, aun aceptando que las autoridades jurídicas formulan una pretensión de corrección, no es posible establecer que todos tengan el mismo significado de corrección moral y el mismo concepto de justicia, que sea el mismo no solo en las diferentes personas, sino en las distintas épocas. Esta argumentación y crítica de Eugeni Bulygin es muy importante, porque implícitamente subyace la idea de la necesidad de contar con una moral objetiva, y Robert Alexy está obligado a demostrar su existencia.

En su respuesta, Robert Alexy acepta que, los actos de Nerón y Calígula, no formulaban una pretensión de corrección; sin embargo, eso no es suficiente para refutar la tesis de que el derecho formula una pretensión de corrección.

La argumentación de Robert Alexy es la siguiente:

Respecto al ejemplo Nerón, Alexy señala que una sentencia de pena de muerte arbitraria, que pronuncia simplemente para su diversión y demostrar su poder. Con respecto a casos como este, Bulygin está en lo correcto sosteniendo que no se formula una pretensión de corrección. Pero esto no es suficiente para refutar la tesis de que el derecho necesariamente formula una pretensión de corrección. Que esto no es suficiente puede demostrarse a través de dos distinciones.

La primera, consiste en *“la distinción entre una formulación subjetiva o personal y una formulación objetiva u oficial de la pretensión de corrección.”*¹⁹¹

Con estos dos tipos de formulaciones señalados por Robert Alexy, logra superar la primera crítica en este segundo debate. Lo anterior debido a que, Nerón por ser una persona formula una pretensión de corrección subjetiva,

¹⁹⁰ Ibídem, p. 88.

¹⁹¹ Alexy, Robert, “Sobre la tesis... *cit.*, nota 171, pp. 103-104.

pero, como al mismo tiempo actúa como una autoridad jurídica, su pretensión de corrección se conecta objetivamente a su rol en el sistema jurídico. De ahí que a nuestro parecer nos resulte escandaloso el actuar del emperador Nerón.¹⁹²

La segunda distinción, con la que Robert Alexy contraargumenta, consiste en que, hay que distinguir, por un lado, a los actos jurídicos y normas jurídicas aisladas; y por el otro, al sistema jurídico como un todo. Recordemos que los actos jurídicos y las normas aisladas, cuando no formulan una pretensión de corrección no pierden su carácter jurídico, por lo cual, los actos de Nerón y Calígula, aunque no formulen una pretensión de corrección, son actos jurídicos defectuosos, pero, siguen siendo actos jurídicos. Caso contrario sería que hubiera tal cantidad de actos jurídicos y normas jurídicas que no formulen una pretensión de corrección, al grado que uno pueda decir que todo el sistema jurídico abandone tal pretensión; tal sería el caso que la mayoría de los jueces renunciaran públicamente a cumplir con los tres *iuris praecepta* de Ulpiano.¹⁹³

Respecto a la segunda crítica de Eugenio Bulygin, sobre la necesidad de contar con una moral objetiva, Robert Alexy responde que, *“Una conexión necesaria entre el derecho y la moral no presupone una moral efectivamente compartida por todos. Es compatible con la disputa moral.”*¹⁹⁴

Además, señala que, *“La pretensión de corrección formulada en el derecho no es idéntica a la pretensión de corrección formulada en la moral. [...] La razón de ello es que las pretensiones jurídicas están engarzadas en el contenido institucional de un sistema jurídico.”*¹⁹⁵ Es decir, las pretensiones en el derecho no se refieren a lo que sea correcto en sí mismo, sino que están en sintonía con la ley y el precedente de un sistema jurídico determinado.

¹⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 104.

¹⁹³ Cfr. *Ibidem*, p. 105.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 107.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 107.

Termina su razonamiento añadiendo que lo que hace que exista una conexión necesaria entre el derecho y la moral, son tres temas; el primero, “la aplicación del derecho implica argumentos morales, por lo menos en los casos difíciles”¹⁹⁶; el segundo, “la legislación pretende ser moralmente justificable incluso en caso de compromiso político”¹⁹⁷; y el tercero, la pretensión de corrección “atañe a la corrección moral de usar el derecho como tal, o la forma del derecho, para resolver problemas sociales.”¹⁹⁸

4.2.3 El tercer debate

El tercer debate tuvo lugar en un congreso en Girona, España, en el año 2010, en el cual Eugenio Bulygin señaló que:

*“El reconocimiento de que ‘la tesis positivista de la separación es desde el punto de vista del observador esencialmente correcta’, pone fin al debate entre el positivismo y el no positivismo al menos en lo concerniente a el concepto de derecho, porque el positivismo no está interesado en la aplicación del del derecho, sino en su identificación.”*¹⁹⁹

Por otro lado, Eugenio Bulygin llega a las siguientes conclusiones:

Cuando se compara las ideas de Kelsen o Hart con las de un no-positivista como Alexy, llega a resultados extraños.

[...]

2. Ambos bandos están de acuerdo en que (1) en la perspectiva del observador, e. g., de un jurista, el concepto de derecho no incluye ningún elemento moral, y (2) que los sistemas jurídicos, así como las normas particulares, pueden ser inmorales sin perder su carácter jurídico.²⁰⁰

Finalmente, Eugenio Bulygin señala que, “Del libro de Alexy se sigue claramente que, para un observador externo, que solo quiere describir el derecho, es posible identificar todas las normas jurídicas sin recurrir a valores morales. [...] Esto significa que la ciencia jurídica es, o más bien, puede ser, puramente descriptiva.”²⁰¹

¹⁹⁶ Ibidem, p. 108.

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ Ídem.

¹⁹⁹ Bulygin, Eugenio, “Alexy entre el positivismo y el no-positivismo”, en Ferrer Beltrán, Jordi et al. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons, España, 2012, p. 72.

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ Ídem.

En respuesta, a este tercer bloque de críticas, Robert Alexy señala que hay tres razones para rechazar la tesis de Bulygin relativa al final del debate entre el positivismo y el no-positivismo; la primera, por las implicaciones de la siguiente tesis:

‘Todo sistema jurídico eleva una pretensión de corrección’ [lo cual tiene] consecuencias sistemáticas significativas. Específicamente, ello excluye del concepto de derecho aquellos sistemas de normas que no elevan la pretensión. De esta manera, ‘se restringe en buena manera la tesis de la separación positivista incluso desde la perspectiva del observador’.²⁰²

La segunda razón consiste en que:

[...] el concepto de derecho no es, de ningún modo, solo preocupación del positivismo. [...] Ante todo, desde la perspectiva del participante los argumentos normativos están necesariamente incluidos en el concepto de derecho [...] La fórmula [Radbruch] no dice ‘la injusticia extrema no debería ser derecho’ sino que ‘la injusticia extrema no es derecho’.²⁰³

Finalmente, Robert Alexy acepta que en su teoría recupera muchos elementos del positivismo jurídico, pero tal situación no significa que acepta que el derecho no tiene también una dimensión ideal:

Desde luego, la versión del no-positivismo que defiende contiene fuertes elementos positivistas. [...] No obstante, esta inclusión no significa que el derecho se reduzca a una dimensión real, como la definida por el ejercicio de la autoridad y la eficacia. La dimensión ideal, tal como es definida por la corrección, está viva también.²⁰⁴

4.3 La crítica de Alfonso García Figueroa

En su tesis doctoral, publicada después por el Centro de Estudios constitucionales en 1998, Alfonso García Figueroa, realizó importantes observaciones a la teoría de Robert Alexy, las cuales, con posterioridad fueron retomadas por autores como Jerónimo Betegón y Juan Cianciardo.

Debido a que no se llevó a cabo un debate entre Robert Alexy y Alfonso García Figueroa, se realizarán comentarios a las observaciones críticas de

²⁰² Alexy, Robert, “¿Entre el positivismo y el no positivismo? Tercera replica a Eugenio Bulygin”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons, España, 2012, p. 89.

²⁰³ *Ibidem*, p. 90.

²⁰⁴ *Ídem*.

este, a modo de una contrarréplica; por lo cual, se requerirá de más citas para exponer, con claridad y precisión, sus argumentos.

4.3.1 Exposición de la crítica de Alfonso García Figueroa

Alfonso García Figueroa comienza con la idea de la influencia de la teoría de la argumentación en la teoría del derecho de Robert Alexy:

[...] no debemos olvidar que la teoría de la argumentación repercute directamente sobre la teoría del derecho, porque Alexy concibe el estudio del derecho desde su “lado activo”, es decir, considerando al derecho, como un conjunto de procedimientos y no exclusivamente, desde su “lado pasivo”, esto es, como conjunto de reglas y principios.²⁰⁵

Continúa precisando su argumento de la siguiente forma:

De este modo, si el razonamiento jurídico es un caso especial del práctico y el concepto de derecho se vincula al razonamiento práctico y el concepto de derecho se vincula al razonamiento jurídico en cuanto que este rige los procedimientos que atañen al derecho, entonces es comprensible que, consecuentemente, la juridicidad sea contemplada como un caso especial de la moralidad e incluso, como consecuencia de ello [...]

El sistema de procedimientos que sugiere Alexy evoca la dimensión interpretativa del derecho, en contraste con su lado pasivo, reflejo de las fuentes del derecho. Alexy desde el ‘lado activo’ agrupa y confunde las fuentes (reglas y principios) y la argumentación.²⁰⁶

Continuando con su argumento, Alfonso García Figueroa señala que “*La asunción del lado activo en Alexy y del lado pasivo en el positivismo es relevante porque el primero favorece la inmisión en el derecho de elementos morales e ideológicos, cuya presencia, por otra parte, no ignora el positivismo jurídico en la interpretación del derecho.*”²⁰⁷ Entonces, debido al enfoque activo de Alexy, la moral y la ideología se insertan en el derecho, sin embargo, el positivismo solo las acepta en la interpretación del derecho.

La parte final del argumento crítico de Alfonso García Figueroa, señala que, el derecho y la aplicabilidad son dos cuestiones diferentes, y que si se

²⁰⁵ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 365.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 366.

²⁰⁷ *Ídem*.

elimina los límites entre el derecho (como conjunto de principios y reglas) y la aplicabilidad, es decir, el derecho como una serie de procedimientos, la moral se introduce necesariamente en el derecho:

La diferencia fundamental reside en que el positivismo jurídico circunscribe, mediante su tesis de la discreción, la moral a la interpretación y mantiene además cierta independencia entre la pertenencia al derecho y la aplicabilidad. Si se difumina la frontera entre pertenencia y aplicabilidad, entonces, la moral tiende a introducirse necesariamente en el concepto de derecho y la teoría del derecho pasa a convertirse en buena medida en una teoría de la argumentación como propone la perspectiva de estudio desde el lado activo de Alexy.²⁰⁸

4.3.2 Observaciones a la crítica de Alfonso García Figueroa

Una vez desarrollado en su totalidad este argumento crítico de Alfonso García Figueroa, en contra del pensamiento de Robert Alexy, es necesario realizar, sin que se considere una falta de respeto a la gran trayectoria del profesor español, dos observaciones críticas al razonamiento de Alfonso García Figueroa; en primer lugar, una tesis diferentes del pensamiento de Robert Alexy, y en razón de ello, llaga a conclusiones equivocadas; en segundo lugar, una cosa es que en el derecho se realicen argumentaciones y otra cosa muy diferente es que el derecho sea solo argumentación.

La primera observación crítica, va dirigida al comienzo del argumento de Alfonso García Figueroa, cuando señala que, “*Alexy concibe el estudio del derecho desde su ‘lado activo’, es decir, considerando al derecho como un conjunto de procedimientos*”²⁰⁹, en apariencia dicho razonamiento es correcto; sin embargo, no lo es. La primera razón de la incorrección de dicho argumento consiste en que Robert Alexy en su definición no-positivista del derecho, no concibe al derecho como un conjunto de procedimientos, sino, señala que “*El derecho es un sistema de normas [...]*”²¹⁰; y si bien es cierto que, en la parte final de dicho concepto, se hace alusión procedimiento de

²⁰⁸ Ídem.

²⁰⁹ Ibídem, p. 365.

²¹⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la validez... cit.*, nota 28, p. 123.

aplicación del derecho, no es la característica esencial que distingue al concepto.

La segunda razón por la que no se es correcto dicho argumento, consiste en que, una cosa es decir que el derecho es un conjunto de procedimientos — como afirma Alfonso García Figuerola— y otra muy distinta es que, en el derecho, se pueda emplear una teoría procesal de la argumentación en la que “*un enunciado normativo es correcto [...] cuando puede ser resultado de un determinado procedimiento, es decir, desde un discurso racional*”²¹¹ —que es la propuesta de Robert Alexy—.

La segunda observación crítica que se puede realizar, estriba en que, cuando señala que en el pensamiento de Robert Alexy “*la teoría del derecho pasa a convertirse en buena medida en una teoría de la argumentación*”²¹², surge la pregunta ¿realmente esa es la propuesta de Robert Alexy? Para responder, se debe distinguir dos cuestiones que son diferentes; una cosa es que en el derecho se argumente, y otra muy distinta es que, la teoría del derecho se subordine a la teoría de la argumentación. En el derecho como en todas las demás ramas del saber, hay argumentación, hay que respaldar y defender argumentativamente las tesis y las proposiciones, y no por eso, hay que afirmar que, hay una subordinación a la argumentación.

Finalmente, resulta relevante, traer a colación un fragmento de la introducción del libro “*Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*”²¹³, en el cual, Alfonso García Figuerola, en un acto de ética intelectual, nos habla sobre la evolución de su pensamiento a diez años después de manifestar sus observaciones:

En este volumen recojo algunas conclusiones de una evolución que mis planteamientos han experimentado durante los últimos diez años, los transcurridos

²¹¹ Alexy, Robert, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto, (comp), *Derecho y filosofía*, México, Fontamara, 1988, p. 46.

²¹² García Figuerola, Alfonso, *Principios y positivismo... cit.*, nota, p. 366.

²¹³ Vid. García Figuerola, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, España, Editorial Trotta, 2009.

tras la publicación de mi libro *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. En aquel trabajo, sustancialmente mi tesis doctoral, traté de sostener una posición positivista clara y rotunda y, consecuente con ella, expuse una crítica a los autores citados en su subtítulo. Desde entonces he cambiado de opinión radicalmente. Ahora creo que yo estaba equivocado o al menos creo que aquella postura era menos plausible que la que defiendo hoy en este volumen y que, por cierto, no debería interpretarse ahora como una ciega entrega a las teorías que en aquel entonces critiqué.²¹⁴

4.4 El debate de Robert Alexy con Joseph Raz

4.4.1 Las críticas de Joseph Raz

Joseph Raz, comienza el debate con Robert Alexy al realizar dos críticas, la primera consiste en señalar que el positivismo jurídico, representado por la frase de Hans Kelsen, —*cualquier contenido puede ser derecho*— la cual, de acuerdo a la propia teoría de Hans Kelsen, no es cierta; la segunda crítica, señala que *una banda de bandidos* si puede asumir una pretensión de corrección.

Sobre la primera crítica, Joseph Raz señala que, la tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, y su fundamento es una frase de Hans Kelsen: por lo cualquier contenido puede ser derecho.²¹⁵ A lo cual agrega: “*Es una lástima que el único punto de apoyo para esta afirmación es una declaración de Kelsen, la cual, de acuerdo con la propia teoría de Kelsen es manifiestamente falsa*”²¹⁶.

La segunda crítica relevante de Joseph Raz, señala que una banda de bandidos, sí puede expresar una pretensión de corrección —lo cual es contrario a lo que Robert Alexy sostiene—, la argumentación textualmente es la siguiente:

[Refiriéndose a la pretensión de corrección] En todo caso, niega que esta sea aplicable a las acciones de ‘un sistema de bandidos’. Pero es evidente que, si los bandidos

²¹⁴ *Ibidem*, p. 14.

²¹⁵ Cfr. Raz, Joseph, “El argumento de la justicia o cómo no replicar al positivismo jurídico”, en Pavlakos, George (ed.), *Derecho, Derechos y Discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, (Jorge Portocarrero trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 38.

²¹⁶ Cfr. *Ídem*.

actúan intencionalmente como bandidos, sus acciones expresan la tesis: los bandidos están obligados a la pretensión de lo que ellos hagan es apropiado (enriquecerse, cuidar de sus hijos, tomar venganza [...]) Quizá algunos bandidos se sientan culpables, al pensar que siempre hacen cosas malas. [...] aún más interesante es la posibilidad de que los bandidos no reflexionen sobre sus acciones en la forma que las describe Alexy. Ellos quizás puedan creer que están actuando de manera cristiana (quizás esta sea la manera en que Robin Hood y su banda entendía sus acciones. En ese caso pretenden corrección bajo ese estándar [...])²¹⁷

4.4.2 La respuesta de Robert Alexy

Robert Alexy hace un replica a los argumentos esgrimidos por Joseph Raz, en primer lugar. señala que la frase expresada por Hans Kelsen *cualquier contenido puede ser derecho*, sí es congruente con la totalidad de su pensamiento, para ello, cita, la página 198 de la Teoría Pura del derecho de Hans Kelsen: “*No hay comportamiento humano que pueda ser excluido de ser el contenido de una norma jurídica simplemente debido a la virtud de su substancia.*”²¹⁸

Con la transcripción de la anterior cita, se reitera que la frase de Hans Kelsen sobre que *cualquier contenido puede ser derecho*, sí es totalmente coherente con el pensamiento de dicho autor.

Respecto a la segunda crítica, Robert Alexy señala que la pretensión de corrección tiene la característica de estar dirigida a todos, por lo cual no hay pretensión de corrección de un grupo específico de personas, por tal razón una banda de bandidos carece de ella:

Raz menciona al ‘enriquecimiento’ como un posible estándar de adecuación que orienta la acción de un bandido. Este es un estándar que no puede ser aceptado por todos aquellos que son afectados por las actividades del bandido —por ejemplo, no será aceptado por sus víctimas—, sino solo por los propios bandidos. El asunto es completamente diferente en el caso de la pretensión de corrección. La pretensión de corrección está dirigida a todos.²¹⁹

²¹⁷ Ibidem, p. 49.

²¹⁸ Alexy, Robert, “Una respuesta a Joseph Raz”, en Pavlakos, George (ed.), *Derecho, Derechos y Discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, (Jorge Portocarrero trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 67.

²¹⁹ Ibidem, p. 78.

4.5. La crítica de Jan Sieckmann

Las críticas realizadas por Jan Sieckmann²²⁰, en sí, no se refieren propiamente al tema de la pretensión de corrección, sino a la forma de argumentar sobre ella. Por tanto, Jan Sieckmann, señala que el problema con la teoría procedimental, se debe, a que parte de aserciones o declaraciones hechas al principio del procedimiento, las cuales, se suponen que son verdaderas, por lo cual hacen al procedimiento justificatorio redundante:

El problema de asumir que los argumentos en una teoría procedimental de justificación tengan la estructura de proposiciones, consiste en cómo la declaración de un hecho normativo, el cual debe ser el resultado del discurso, puede ser hecha al inicio de un procedimiento justificativo. Los argumentos, que inician o continúan un procedimiento, no son declaraciones sobre el resultado de un procedimiento. Si fuese posible expresar el resultado de un procedimiento justificatorio, no habría necesidad de seguir el procedimiento. Las aserciones o declaraciones hechas al inicio de un procedimiento justificatorio suponen que algo es verdadero o existente; si se pudiese saber esto, el procedimiento justificatorio sería redundante. El primer problema con respecto a la concepción de Alexy sobre una necesaria pretensión de corrección consiste en que analizar las aserciones, él parece convertir la justificación procedimental en redundante.²²¹

En respuesta, Robert Alexy señala dos cuestiones sobre las aserciones; la primera, que alguien afirme algo no necesariamente significa que sea verdadero; y la segunda, consiste en que las aserciones deben ser el punto de partida y el resultado de un discurso:

Mi respuesta consiste en que las aserciones, como actos de habla, pretenden o buscan solo expresar una proposición verdadera o presentar un hecho. El mero hecho de que alguien afirme algo no implica que lo que se afirme es verdadero. Es posible afirmar algo falso. Sin embargo, no es posible afirmar que ese algo sea verdad. Las pretensiones, por su parte, pueden ser satisfechas o no. El discurso es un procedimiento que aspira a establecer que lo que se afirma es verdadero, sea realmente verdadero. Para esto, una aserción tiene que ser tanto el punto de partida del discurso como también su resultado.²²²

²²⁰ Vid. Sieckmann, Jan, “Derechos Humanos y la pretensión de corrección”, en Pavlakos, George (ed.), *Derecho, Derechos y Discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, (Jorge Portocarrero trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 255-275.

²²¹ *Ibidem*, p. 264.

²²² Alexy, Robert, “Trece respuestas”, en Pavlakos, George (ed.), *Derecho, Derechos y Discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, (Jorge Portocarrero trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 450.

4.6 El debate con Andrei Marmor

El 27 de mayo de 2005, se realizó un interesante debate entre Robert Alexy y Andrei Marmor; empero, debido a que varios de los temas de la discusión fueron ya abordados en los debates reseñados con anterioridad, para evitar ser redundantes, solo nos referiremos a los temas no debatidos hasta el momento. Cabe destacar que, en dicho debate, Jürgen Habermas estuvo presente y realizó una intervención muy importante sobre el tema de la fórmula Radbruch, la cual, fue explicada en el apartado 3.3.2.1 de esta investigación.

En la exposición de este debate, nos referiremos a dos temas; el primero, se refiere a la tesis social del derecho o el convencionalismo jurídico²²³; el segundo, consiste en el debate sobre el objeto de estudio del positivismo jurídico.

Como se mencionó, el primer punto de debate se refiere a la tesis social del derecho o el convencionalismo jurídico, tema que los neopositivistas han desarrollado en los últimos años. Dicho punto, hasta el momento, no había sido tema de debate con Robert Alexy. Andrei Marmor señala que Robert Alexy *“solamente niega la tesis de la separación y no la tesis social.”*²²⁴ Dicha tesis social del derecho, sucintamente *“señala que el derecho es, sobre todo y fundamentalmente, una práctica social, un fenómeno social, y una serie de factores sociales son los que en realidad determinan el derecho.”*²²⁵

En respuesta, Robert Alexy señala que el derecho efectivamente es una práctica social; sin embargo, en dicha práctica social las personas plantean una pretensión de corrección:

[...] la pretensión de corrección está conectada necesariamente con el derecho porque somos inevitablemente personas morales. Nosotros no hacemos el derecho como personas jurídicas y después, desde el exterior -divididos en dos tipos de personas-, lo criticamos como personas morales para hacerlo mejor. Por supuesto que es cierto que el derecho es una práctica social. Pero es una práctica social hecha por personas

²²³ Este tema fue desarrollado en el apartado 2.4.3 de esta investigación.

²²⁴ Alexy, Robert y Marmor, Andrei, “La Separación entre... *cit.*”, nota 141, p. 748.

²²⁵ *Ibíd.*, p. 747.

que plantean pretensiones que van más lejos. Gracias a estas pretensiones, el derecho tiene una dimensión ideal.²²⁶

En segundo lugar, Andrei Marmor manifiesta que el derecho tiene muchos aspectos, de los cuales, no todos van a ser materia de estudio del positivismo jurídico, ya que:

Éste no agota todo lo que se puede decir sobre el derecho. Es simplemente una teoría sobre un aspecto del derecho, la descripción de una teoría sobre la naturaleza del derecho. Hay muchos otros aspectos que nos interesan del derecho, algunos normativos y otros descriptivos. Podemos tener intereses descriptivos en el derecho desde un punto de vista sociológico, desde una perspectiva psicológica, económica, etc., y ninguno de ellos tendría que ver con el positivismo jurídico. Y desde luego que también podemos tener una gran variedad de intereses normativos en el derecho. Podríamos preguntarnos qué sería un derecho ideal, qué sería un buen derecho, qué sería un derecho justo, etc. De nuevo, nada de esto tendría que ver con el positivismo jurídico.²²⁷

En respuesta, Robert Alexy señala asertivamente que *“Si de lo que se trata es de la naturaleza del derecho, no puede ser que, como Andrei Marmor acaba de plantear, el positivismo sólo trate un aspecto. Tratar sólo un aspecto de la cosa no es tratar la naturaleza de ésta.”*²²⁸ Con tal respuesta, Robert Alexy da a entender, que el positivismo tiene la deficiencia como teoría explicativa, la de solo analizar una parte del fenómeno jurídico. Además, añade con posterioridad:

Corresponde a la naturaleza del derecho que tenga un carácter sistemático. Eso no excluye que, en determinadas circunstancias, se pueda utilizar un concepto de derecho más limitado, que se refiera exclusivamente a la promulgación dotada de autoridad y la eficacia social. No obstante, el derecho es un ente complejo; no se agota en estos rasgos. Su naturaleza sólo se puede entender por completo mediante un concepto comprensivo que incluya la moral.²²⁹

Como comentario final, sobre los cinco debates expuestos con anterioridad, se observa que, con cada objeción a la teoría de Robert Alexy, este realiza precisiones a su pensamiento; da más argumentos que no hubieran sido desarrollados sino hubiera existido una réplica; lo cual, tiene como

²²⁶ *Ibidem*, p. 755.

²²⁷ *Ibidem*, pp. 758-759.

²²⁸ *Ibidem*, p. 759.

²²⁹ *Ibidem*, p. 768.

resultado indirecto, de cada uno de los debates, un fortalecimiento de su teoría de la doble dimensión del derecho.

CAPITULO V.
CONCEPTOS QUE REFUERZAN LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN
DEL DERECHO

Preámbulo

En el capítulo tercero, se desarrolló los distintos tipos de teorías no-positivistas del derecho; se señaló la conveniencia del no-positivismo incluyente sobre las demás teorías; y se explicó que el derecho tiene una doble naturaleza; por un lado, una dimensión real o fáctica; y por el otro, una dimensión ideal. Uno de los dos elementos de la dimensión ideal, es la pretensión de corrección, y se puede decir, que tiene dos vertientes, una formal y otra sustancial. La parte formal de la pretensión de corrección consiste en que el derecho se debe aplicar de forma correcta, es decir, de acuerdo a las reglas de un sistema jurídico determinado. La parte sustancial, implica que, el derecho erige, de manera implícita, una pretensión de justicia.

La pretensión de corrección, en un primer momento, se puede utilizar para distinguir entre una ley que garantice los intereses comunes y otra que otorgue privilegios a un grupo fáctico; se opone a considerar como cierto, lo expresado por Kelsen, “*un contenido cualquiera puede ser derecho*”²³⁰, hay que aclarar, que de ninguna manera se hace responsable a Kelsen por lo que pasa en el día a día, simplemente se resalta, que una teoría formal y axiológicamente neutral, sirve para una población extremadamente ética y con un nivel alto de bienestar; pero en un país como México, donde alrededor de 50 millones de habitantes viven en pobreza²³¹, resulta muy problemático; razón por la cual, es necesario, hacer evidente que el derecho no es solo forma, sino también contenido; y en el mismo núcleo del derecho

²³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura... cit.*, nota 41, p. 83.

²³¹ <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>

hay cuestiones implícitas, que no pueden obviarse o suprimirse, sin antes destruir al derecho mismo.

La pretensión de corrección hace que el derecho se pueda distinguir del poder, la dominación y la obediencia irreflexiva. En ese sentido, existen teorías que están en armonía con la pretensión de corrección del derecho señalada por Robert Alexy, y que si bien, no existen vínculos directos, se complementan; nos referimos a la Reconfiguración Cooptada del Estado, al desvío de poder y la teoría de la legislación maximalista.

Antes de señalar la forma en que se relacionan las anteriores teorías con la pretensión de corrección, resulta conveniente explicar brevemente en qué consisten cada una en lo particular, para así estar en condiciones de señalar los nexos.

La primera teoría, que tiene relación con la pretensión de corrección, es la teoría de la legislación maximalista, la cual señala que en la creación de normas jurídicas se deben utilizar criterios o estándares éticos.

La segunda teoría, se refiere al concepto de Reconfiguración Cooptada del Estado, el cual, surgió de las reflexiones sobre la experiencia de la infiltración del narcotráfico y los movimientos paramilitares en Colombia en década de los 90's y da cuenta de cómo se intentaron cambiar las leyes y al Estado, mediante el financiamiento de candidatos a puestos políticos.

Finalmente, el desvío de poder es una idea que surgió en México a raíz de la sesión del Tribunal Permanente de los Pueblos durante el 2011-2014, en el cual investigadores mexicanos, de la mano con activistas de movimientos sociales, descubrieron que sistemáticamente las leyes mexicanas han cambiado de rumbo o dirección, dejando de lado el interés general, para beneficiar intereses particulares.

Ahora bien, *prima facie*, no parece que las anteriores teorías o conceptos, estén relacionadas con la pretensión de corrección del derecho; sin embargo, cuando tenemos presente que el contenido material de esta, se relaciona con

una pretensión de justicia, es más fácil poder relacionarla, ya que en los anteriores conceptos dan cuenta de diversas formas de violación de la justicia y la legitimidad del derecho.

Señalado lo anterior, es más fácil comprender el nexo de la pretensión de corrección del derecho, con los conceptos que se explicaran en los apartados siguientes. La relación consiste en que la figura del desvío de poder, señala que normas jurídicas han abandonado la trayectoria histórica del interés general, lo cual, se traduce en una injusticia para toda la población. Asimismo, la pretensión de corrección se relaciona con la teoría de la legislación maximalista, ya que, si en la creación de normas jurídicas no se aplican estándares éticos, es muy probable que se creen normas que contradigan a los criterios de la justicia. Finalmente, el concepto de Reconfiguración Cooptada del Estado señala que los agentes ilícitos buscan influir y cambiar las normas jurídicas de un país mediante la infiltración y adhesión de los políticos a sus filas, lo cual, genera la ilegitimidad de las instituciones.

5.1 La Teoría de la legislación maximalista

Antes de examinar en que consiste la teoría de la legislación maximalista, vale la pena reiterar, de una forma más detallada, como se relaciona con la teoría del no-positivismo incluyente de Robert Alexy. El punto en común se encuentra al señalar que, la teoría de la legislación maximalista, entre sus presupuestos teóricos, incluye el deber de crear normas jurídicas de acuerdo a una racionalidad ética y no solo como producto de una racionalidad formal. Entonces, el punto de conexión se encuentra en que es posible relacionar la idea de la pretensión de corrección del derecho, con el tema de la finalidad ética con que se deben crear las normas jurídicas, de conformidad a la teoría de la legislación maximalista.

La época contemporánea, se caracteriza por ubicar al juez, como el centro de atención de la teoría del derecho, dejando como un tema secundario la

creación de las normas jurídicas. No era de esperarse otra situación, ya bien había señalado “*Ilmar Tammelo: Puesto que sus servicios [los de los teóricos del derecho] raramente han sido requeridos [por el legislador], tampoco el interés de ellos por la legislación ha sido gran cosa.*”²³² Dicha tendencia, además, se ve reforzada por la influencia de los teóricos extranjeros, en el que su sistema se basa en el *common law*, en el cual, el derecho se crea por las decisiones de los jueces. Dicho lo anterior, hay un desentendido generalizado, —con sus honrosas excepciones—, por parte de los teóricos del derecho, sobre el proceso de creación de normas jurídicas, y no es hasta que se ha publicado la ley, cuando se comienza con las reflexiones teóricas serias.

Aunado a la problemática anterior, hay que agregar que, “*en un Estado constitucional la validez de la ley es una presunción; una presunción iuris tantum*”²³³, y las leyes, una vez promulgadas, se consideran en automático como válidas y vinculantes. Ahora bien, existe la posibilidad en la que, un grupo de poderes lícitos o ilícitos, se aprovechen de tal presunción, para crear normas jurídicas que beneficien a sus intereses, como bien se señalará con posterioridad en el apartado referente al análisis del concepto de desvío de poder.

La idea de una legislación minimalista y maximalista se debe al teórico “*Jerzy Wroblewski [ya que] denominó respectivamente: enfoque minimalista (que excluye R5) [la racionalidad ética] y enfoque maximalista (que sí incluye a la racionalidad ética).*”²³⁴ El enfoque minimalista se acopla perfectamente con los postulados de la teoría positivista, y el enfoque maximalista, con sus salvedades, concuerda con las teorías no-positivistas.

²³² García Figueroa, Alfonso, *Legislación y neoconstitucionalismo*, en Arana García, Estanislao, *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 24.

²³³ Marcilla Córdoba, Gema, “Justificación de las decisiones legislativas: un corolario del estado constitucional”, en Gascón Abellán, Marina (coord.) *Argumentación jurídica*, Tirant lo blanch, España, 2014, p. 474.

²³⁴ García Figueroa, Alfonso, *Legislación y... cit.*, nota 232, p. 36.

Para entender mejor la clasificación de los cinco niveles de racionalidad con que pueden crearse las normas jurídicas, existe un cuadro comparativo, que vale la pena reproducir, en el cual, Manuel Atienza, desarrolla los cinco tipos de racionalidad en la producción de normas jurídicas:

	Edictores	Destinatarios	Sistema jur.	Fines	Valores
R1	Emisor	Receptores del mensaje (legal)	Conjunto de enunciados (mensajes) y de canales para transmitirlos	Caridad, precisión.	Comunicación.
R2	Órgano al que se atribuye capacidad de producir D. legislado.	Individuos y órganos a los que se dirigen las leyes	Conjunto de normas (en sentido amplio) válidamente establecidas.	Sistematicidad: plenitud y coherencia.	Seguridad, previsibilidad.
R3	Órgano al que se presta obediencia (soberano).	Burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos).	Conjunto de normas eficaces (o bien de comportamientos).	Cumplimiento del D. (traducción de las normas en acciones).	Mantenimiento del orden, eficacia.
R4	Portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etc.).	Afectados por la regulación del interés o necesidad social.	Conjunto de medios (conocimiento psicológico, sociológico, económico, etcétera) para conseguir fines sociales.	Cumplimiento de objetivos sociales: redistribución de la riqueza, aumento o disminución de la protección social, reducción del desempleo, mantenimiento de ventajas políticas, económicas, etcétera.	Eficacia social o efectividad.
R5	Autoridad legítima.	Obligados moralmente a obedecer las leyes	Conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente.	Libertad, igualdad, justicia.	Naturaleza, dignidad humana, consenso, etc.

Cuadro 3. Niveles de racionalidad en la legislación.²³⁵

El nivel R5 corresponde al de “*racionalidad ética, pues a la ley se le presuponen valores (que se reflejan en su espíritu).*”²³⁶ Por tanto, no se puede

²³⁵ Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 54.

²³⁶ García Figueroa, Alfonso, *Legislación y... cit.*, nota 232, pp. 35-36.

crear leyes, en los cuales, sus fines estén en contra de la colectividad o del interés general, ni mucho menos, que den beneficios a determinados grupos económicos, generando un daño a la población.

Gema Marcilla Córdoba menciona que, *“En el nivel R5, una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque la haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescribe comportamientos inmorales, [...] bien porque persiga fines ilegítimos.”*²³⁷ Como se observa, la gama de la irracionalidad ética tiene tres vertientes, la primera, consiste en que la norma jurídica debe ser producida por quien está legitimado para realizarla, en nuestro caso sería el poder legislativo; en segundo lugar, se encuentra el ámbito de la prescripción de comportamientos inmorales, por ejemplo, que se permitiera el hostigamiento sexual; en tercer lugar, el referente a los fines ilegítimos de las normas, este punto es el que tiene mayor relevancia para esta investigación, ya que una ley con fines ilegítimos está en conflicto también con la pretensión de corrección, la cual señala que el derecho tiene un pretensión de justicia, además, se conecta también, con el tema del desvío de poder, porque un fin ilegítimo a la vez se aleja del interés general.

Dicho lo anterior, es necesario enfatizar que, si bien es cierto que hay una conexión entre la teoría de la legislación maximalista y la pretensión de corrección, también lo es que hay diferencias notables. Cuando a una teoría de la legislación, se le agrega esta carga axiológica, ya no es solo una técnica, una herramienta instrumental, pues se le ha agregado una finalidad de carácter ético. Conviene subrayar que, al agregar un complemento ético, puede surgir el problema, de caer en un tipo de iusnaturalismo, en el cual, desde fuera del derecho, se impongan una serie de parámetros que se deben cumplir a cabalidad, lo cual, tiene el problema de restarle autonomía e independencia al derecho; en otras palabras, se debe tener cuidado de no

²³⁷ Atienza, Manuel, *Contribución a una... cit.*, nota, 235, p. 39.

formular un catálogo de tópicos, donde existan *“fines prohibidos o incluso fines necesarios u obligatorios.”*²³⁸

Tomando en cuenta el problema anterior, Juan Antonio García Amado propone una teoría formal-normativa, ya que es un modo indirecto de limitar al legislador, en el cual existen *“Modos, formas o procedimientos exigidos por la racionalidad, que no podrían desembocar en ciertos contenidos de la decisión si no es a costa de la simulación, el autosabotaje o la contradicción performativa; de la irracionalidad, en suma.”*²³⁹ En otras palabras, la parte formal, consiste en la elaboración de procedimientos creados por una racionalidad; y la parte normativa, consiste en agregar una racionalidad dirigida a obtener fines de conformidad a la ética, sin que necesariamente se señalen de antemano cuales son dichos fines.

Desde la óptica maximalista *“la racionalidad legislativa depende no exclusivamente, pero sí en último término de la (posibilidad de justificar la) corrección de los fines.”*²⁴⁰ Se puede decir, que con tal postulado, hay una coincidencia muy amplia con la pretensión de corrección en la obra de Robert Alexy, sobre todo si recordamos que García Figueroa menciona que *“se suele contemplar el Derecho como un conjunto integrado de procedimientos discursivos, que incluía ya en los primeros escritos de Robert Alexy al procedimiento legislativo.”*²⁴¹ Siguiendo la pista a dicha idea, encontramos que efectivamente, Robert Alexy menciona en su artículo La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica que: *“El hecho de que P^d [la creación estatal del derecho], al igual que todo sistema de reglas, puede ser objeto de P^p [un procedimiento de argumentación].”*²⁴² Así que, la argumentación jurídica no es exclusiva de las decisiones judiciales, sino que

²³⁸ Marcilla Córdoba, Gema, *op. cit.*, p. 490.

²³⁹ García Amado, Juan Antonio, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 9, julio-diciembre de 2000, pp. 311-312, disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1406>

²⁴⁰ Marcilla Córdoba, Gema, *op. cit.*, p. 482.

²⁴¹ ²⁴¹ García Figueroa, Alfonso, *Legislación y... cit.*, nota 232, p. 31.

²⁴² Alexy, Robert, “La idea de una teoría... *cit.*”, nota 211, 56-57.

se puede y debe aplicar en los procedimientos de la creación de normas jurídicas.

Una teoría de la legislación maximalista, tienen la finalidad, en palabras de Gema Marcilla Córdoba:

Dar cuenta de los criterios de racionalidad legislativa, incluso los relativos a la posibilidad de plantear el problema de la racionalidad de los fines que las leyes determinan (también de la ilegitimidad en la que incurriría por omisión de leyes intermedias y necesarias para el cumplimiento de ciertos fines políticos). [...] diseñaría instrumentos o medios para mejorar la legislación en distintos niveles, tomando en consideración que la racionalidad de medios-fines es, en último término axiológico²⁴³

Se puede decir, que las tareas de una teoría de la legislación maximalista están todavía por realizarse, de hecho, esta investigación, junto con el concepto de desvío de poder, se puede tomar la base para el desarrollo de instrumentos que midan, de forma cualitativa, la evolución de las leyes en México.

Resulta interesante que, tanto la teoría de la legislación maximalista, como el no-positivismo incluyente de Robert Alexy, coincidan en el tema de encontrar procedimientos para la fundamentación, ya que, *“a los enfoques de tipo maximalistas subyace, [...] una metaética cognoscitivista-objetivista-constructivista, que defiende la posibilidad de encontrar procedimientos para fundamentar juicios de valor intersubjetivamente aceptables.”*²⁴⁴

Para finalizar con el tema de la legislación maximalista, citaremos el razonamiento de Alfonso García Figueroa, que hace explícito como el derecho presupone a un legislador racional:

Como es bien sabido, los clásicos métodos de la interpretación son recogidos en el 3.1 de nuestro código civil [español]:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

²⁴³ Marcilla Córdoba, Gema, *op. cit.*, p. 487.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 483.

Si lo pensamos bien, estos métodos de la interpretación presuponen cierta racionalidad por parte del legislador racional, pues el del legislador racional es otro presupuesto de la interpretación del derecho.²⁴⁵

En el mismo sentido, la racionalidad del legislador, también es presupuesto del derecho mexicano, ya que el primer método consiste en el significado de las palabras de acuerdo al contexto en que fue creada, luego los antecedentes históricos o legislativos, como bien señala el siguiente criterio:

INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE TEXTOS NORMATIVOS. ASPECTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA LOS PRINCIPIOS Y METODOLOGÍA APLICABLES.

[...] existen ciertos principios y metodología para interpretar textos normativos, para lo cual debe tomarse en cuenta el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu, funcionalidad, eficacia y finalidad de la institución regulada.²⁴⁶

5.2. La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado

El uso del derecho como instrumento viciado, no es un fenómeno contemporáneo; ya el barón de Montesquieu, había mencionado que, *“existen dos tipos de corrupción: uno, cuando el pueblo no cumple las leyes; otro, cuando es corrompido por ellas; mal, este segundo, incurable, porque está en el remedio mismo.”*²⁴⁷ La anterior cita, muestra dos formas de corrupción, de las cuales, la corrupción de las leyes es la más perjudicial, ya que vicia al derecho mismo, que es el instrumento por excelencia para resolver los conflictos, inclusive los referentes a la corrupción.

Resulta oportuno traer a colación, las palabras del prestigioso investigador, John Saxe-Fernández, que en una ocasión mencionó en su salón de clase que: *si queríamos saber cuál podía ser el futuro jurídico-político de México, teníamos que analizar lo que había pasado en Colombia, referente a las relaciones entre el narcotráfico y la política.* Muchos años después de aquel comentario, en esta investigación se sigue de manera exploratoria dicha

²⁴⁵ García Figueroa, Alfonso, *Legislación y... cit.*, nota 232, p. 35.

²⁴⁶ Tesis I.4o.A.90 K, Aislada (Materia común). Segunda Sala, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, marzo de 2010, p. 3002.

²⁴⁷ Marx, Karl, “Debates sobre la ley castigando los robos de leña”, en Marx, Karl, *Escritos de juventud*, FCE, México, 1982, p. 251.

idea, en lo referente a tratar de aclarar los conceptos sobre el fenómeno de la influencia de los poderes lícitos e ilícitos en el derecho mexicano.

Como es sabido, en las décadas de los 80s y 90s Colombia vivió los efectos de la delincuencia organizada y el narcotráfico como ningún país lo ha sufrido. El Estado, el derecho y la política no pudieron escapar a dicha influencia; por tal motivo, las instituciones se vieron afectadas en su legitimidad y legalidad gravemente, hasta el grado de que, narcotraficantes fueran electos como representantes populares; tal es el caso de *“Pablo Escobar, líder del Cartel de Medellín, el cual fue elegido en 1982 como representante suplente a la Cámara de Representantes, y Carlos Lehder, también del Cartel de Medellín, fue elegido diputado a la Asamblea del Quindío.”*²⁴⁸

En este orden de ideas, en este subcapítulo, comenzaremos con desarrollar el concepto de corrupción en el ámbito político, el cual tiene la virtud de englobar a los demás conceptos; sin embargo, por ser muy general, no permite explicar muchos fenómenos, por tanto, se describirán los conceptos de *Captura del estado, la Cooptación del Estado y la Reconfiguración Cooptada del Estado*, los cuales son más específicos.

5.2.1 La corrupción en el ámbito político

La corrupción política es un término muy general, que abarca el actuar de ciertos servidores públicos que se aprovechan de la su posición para obtener beneficios privados, el banco mundial la ha definido este concepto como:

[...] el abuso de una función pública para obtener beneficios privados y excluyentes (World Bank, 1997). Así, para el Banco Mundial, un funcionario público abusa de su función cuando acepta o pide sobornos para conceder beneficios de la administración pública o, simplemente, cuando lo hace para obtener beneficios privados. En este

²⁴⁸ Vargas Velásquez, Alejo, *“La influencia de los poderes ilegales en la política colombiana”*, en *Revista Nueva Sociedad*, No. 225, enero – febrero de 2010, disponible en: <https://nuso.org/articulo/la-influencia-de-los-poderes-ilegales-en-la-politica-colombiana>

sentido, por lo general, el mecanismo más común para establecer vínculos ilegales entre el sector público y el sector privado es el soborno.²⁴⁹

Este concepto de corrupción política, sirve como punto de arranque para el análisis del nuestro tema de investigación; ya que señala de manera general y amplia, la posibilidad de utilizar la función pública para obtener un beneficio privado. Este concepto ubica los reflectores en un problema que afecta a muchas sociedades modernas, como lo es, la corrupción en el ámbito político. Además, da la pauta para hacer una clasificación provisional respecto al grupo que se quiere influir en las decisiones públicas del Estado. Por un lado, se tiene a los grupos económicos; y por el otro, grupos de carácter ilícito, que, al reunir grandes capitales monetarios y humanos, comienzan a apoderarse de las instituciones de un Estado:

Al explorar la posible relación entre la corrupción y la mafia, se hace casi evidente que el amplio poder económico funciona como una fuerza corruptora incontrolable. Esto evidencia el hecho de que la corrupción no sólo puede ser desarrollada por grupos económicos legales, como usualmente se reconoce, sino que los actores ilegales, incluso con más poder económico, pueden generar mayores niveles de corrupción mediante sobornos de alta cuantía.²⁵⁰

Ahora bien, aunque el concepto es muy descriptivo, solo se puede utilizar como punto de inicio de las investigaciones, ya que tiene el inconveniente de ser todavía un concepto muy general; entonces, hay que realizar una búsqueda de otro concepto que dé cuenta de la problemática de una forma más concreta y detallada.

La producción teórica de los autores colombianos, retoma la idea de los dos grandes grupos que buscan influir en las decisiones de un Estado. Por lo cual, utilizan el concepto de *Captura del Estado*, para señalar las diferentes formas de influencia provenientes de los poderes lícitos en las decisiones del Estado; y para el caso de los poderes ilícitos utilizan el concepto de

²⁴⁹ Garay Salamanca, Luis Jorge y Salcedo-Albarán, Eduardo, *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados. El caso Colombia*, Colombia, Fundación VORTEX, 2012, p 19.

²⁵⁰ Garay Salamanca, Luis Jorge et al., *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*, Colombia, Grupo MÉTODO-AVINA y Transparencia por Colombia, 2008, p. 9.

Cooptación del Estado. En los siguientes dos apartados se expondrán dichos conceptos.

5.2.1 La Captura del Estado

Ya que el Estado es el gran regulador de las relaciones sociales, para algunas corporaciones económicas, les parece muy conveniente poder influir en las decisiones públicas, por su carácter vinculante. Cuando una empresa logra tener el poder de influencia sobre el tipo de normas jurídicas que se crean en una sociedad, se da el fenómeno de captura regulatoria, “*entendida como colusión entre el regulador y la empresa o industria que regula (Becker, 1976; Stigler, 1971, Laffont y Tirole, 1991); es decir, la captura regulatoria se refiere únicamente a la regulación económica*”²⁵¹. Ahora bien, el concepto de *Captura del Estado*, deriva del anterior concepto, solo que este además alude a la captura legislativa y jurisdiccional en la generación e interpretación de leyes, decretos y políticas públicas, en general. Comenzó a usarse en la década de los 70s, para referirse al sometimiento del Estado a los intereses de determinadas empresas, generalmente para que se agilizaran los trámites burocráticos.²⁵² Dichos actos de sometimiento tienen la característica de ser generados por poderes lícitos, por ejemplo, las grandes empresas.

La Captura del Estado, da cuenta de los abusos del poder y de las formas en que las élites económicas influyen en la toma de decisiones de un Estado. Los mecanismos de captura por lo general son tres: la financiación, los lobbies y la puerta giratoria.²⁵³ La financiación es una forma directa de aportación económica para la campaña política de un candidato a un puesto de elección popular. Esta forma de financiación, se encuentra reforzada por los altos costos que implica una campaña política. Los lobbies consisten en el dialogo directo y los acuerdos que se toman entre los gobernantes y los

²⁵¹ Ibidem, p. 19.

²⁵² Cfr. Ídem.

²⁵³ Para mayor desarrollo de estos conceptos Vid. Durand, Francisco, *Cuando el poder extractivo captura el estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú*, OXFAM, Perú, 2016, pp. 65-68.

poderes económicos. El mecanismo de Captura del Estado conocido como puerta giratoria, consiste en evidenciar como una persona pasa de tener un puesto directivo alto en una corporación, a un puesto de decisión en el gobierno, y cuando termina de ocupar dicho cargo, vuelve a la iniciativa privada.

La importancia del concepto de Captura del Estado estriba en dar cuenta de las formas de como los poderes lícitos, como lo son los económicos, obtienen un gran poder de decisión en el Estado y sus instituciones, obteniendo así beneficios ilegítimos, aunque revestidos de legalidad.

5.2.3 La Cooptación del Estado

El término de *Cooptación del Estado*, da cuenta no solo del fenómeno de interacción de los poderes lícitos con las autoridades de un Estado, sino que muestra, como los grandes grupos de delincuencia organizada, influyen en las decisiones del Estado, hasta el nivel de apoderarse de las instituciones jurídico-políticas.

La diferencia entre los conceptos de *Captura del Estado* y *Cooptación del Estado*, se encuentra en que la Captura señala la forma en que los organismos lícitos influyen en las decisiones de un Estado, y en la Cooptación, trata de agentes ilícitos, que en general, son grupos delictivos articulados de una forma compleja, como los grandes grupos de delincuencia organizada; *“es posible encontrar escenarios en los que agentes con funciones públicas inician la interacción necesaria con grupos-agentes ilegales para aprovechar el ejercicio de la violencia. En este último caso ya no se habla de captura, en estricto sentido, sino de cooptación.”*²⁵⁴

La finalidad que busca el agente que coopta al Estado consiste en obtener un beneficio de *“de poder político, impunidad legal y legitimidad social. En cierto sentido, el poder y la legitimación política y social, junto a la impunidad, son complementos ideales del beneficio económico generado por medio de*

²⁵⁴ Garay Salamanca, Luis Jorge y Salcedo-Albarán, Eduardo, *op. cit.*, nota 249, p. 22.

acciones ilícitas”²⁵⁵. De la cita anterior, se puede apreciar que, los agentes ilícitos buscan que sus actos se legitimasen mediante el sometimiento de las instituciones legales.

5.2.4 La Reconfiguración Cooptada del Estado.

Una vez que sucede el fenómeno de la Captura del Estado o la Cooptación del Estado, inclusive los dos a la vez; el resultado lógico es la modificación de las normas jurídicas o en la elección del rumbo de las políticas públicas del Estado; de este efecto o resultado da cuenta el concepto de *Reconfiguración Cooptada del Estado*:

“La acción de organizaciones legales e ilegales, que a través de prácticas ilegales buscan sistemáticamente, desde adentro, modificar el régimen político e influir en la formulación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas del juego y las políticas públicas. Estas prácticas se desarrollan con el propósito de obtener beneficios sostenidos y asegurar que sus intereses sean validados política y legalmente, así como obtener legitimidad social en el largo plazo, aunque esos intereses no sigan el principio fundamental del bienestar social.”²⁵⁶

La *Captura del Estado* o la *Cooptación del Estado*, busca reorganizar las leyes; las decisiones judiciales más relevantes; las instituciones; y en general, a las políticas públicas del Estado; por medio de la utilización de los funcionarios legitimados para ello. Este es el peligro que evidencian los conceptos de Reconfiguración Cooptada del Estado y el desvío de poder.

5.3 El Desvío de poder

Los problemas de la democracia y la representación política se acentúan cada vez más. Formalmente se puede decir que existe en México un modelo de representación política, pero, como bien señala Diego Valadés, en la vía de los hechos, nuestro modelo de representación política es “*materialmente de gestión. Los representantes y los gestores deciden en nombre de terceros, pero, en el primer caso lo hacen por el acuerdo de los representados, y, en el*

²⁵⁵ Garay Salamanca, Luis Jorge et al., *op. cit.*, nota 250, p. 84.

²⁵⁶ Ídem.

*segundo, por la voluntad de los gestores*²⁵⁷. Cuando a los legisladores, se les objeta sobre las irregularidades de sus actos, recurren a la legitimidad del procedimiento por el que fueron electos, apelan a actos del pasado para justificar los presentes, con mucha regularidad, actúan como si estuvieran revestidos con la facultad de realizar nuevas leyes o reformas, cambiando a discreción el sentido de las normas, teniendo solo como límite, las reglas procedimentales sobre la creación de leyes.

México atraviesa una crisis en sus instituciones jurídicas. Los cambios que se realizan a las normas jurídicas, no están articulados en un proyecto que sobrepase a los sexenios presidenciales. Ante el contexto jurídico mexicano actual, caracterizado por la inactividad del Estado, en donde el acceso a la justicia se aleja de las instituciones jurídicas, los derechos humanos se violan sistemáticamente, los delitos se toman con resignación y la devastación ambiental avanza en silencio, la población se ve en la necesidad de romper el cerco mediático y el silencio, por tal motivo, se acudió a una organización internacional, llamado Tribunal Permanente de los Pueblos, del cual, su contexto se describirá en el apartado siguiente.

5.3.1. El Tribunal Permanente de los Pueblos

Lo primero que debemos decir sobre el Tribunal Permanente de los pueblos, está relacionado en que no es un tribunal de estricto derecho con resoluciones vinculantes, —aunque las acusaciones se estructuran conforme al derecho nacional e internacional—, sino que se forma con jueces que valoran las acusaciones entre las que hay abogados e intelectuales de diferentes ámbitos del saber, se podría decir que una de sus funciones es hacer explícitas las violaciones a los derechos fundamentales, que por una u otra forma, se encuentran fuera del foco mediático.

Podemos definir al Tribunal Permanente de los Pueblos como:

²⁵⁷ Valadés, Diego, y Serna de la Garza, José María, (Coords.) *Federalismo y regionalismo*, México, UNAM-IIJ, 2005, p. X.

“un tribunal ético internacional de carácter no gubernamental, que, como tal, examina las causas de la violación de los derechos fundamentales de los pueblos, determina si, en efecto, han sido violados tales derechos y, finalmente, denuncia ante la opinión pública internacional a los autores de dichas violaciones; [...]”²⁵⁸

En ese sentido, el Tribunal Permanente de los Pueblos a la vez que determina las violaciones a los derechos fundamentales, tiene el efecto en los participantes de tomar conciencia sobre que el derecho, no solo es un instrumento del Estado, sino que también, puede ser retomado al servicio del interés general y de la población, que no es un objeto enajenado, sino que puede proteger a la población de los abusos del poder y proteger a la naturaleza.

El Tribunal Permanente de los Pueblos surgió en *“Boloña para dar continuidad a la experiencia del Tribunal Russell I sobre Vietnam (1966-67) y del Tribunal Russell II sobre América Latina (1973-76). Lelio Basso, que fue miembro y relator, propuso la transformación de estos célebres tribunales en una institución permanente, [...]”*²⁵⁹ y a la fecha ha realizado 48 sesiones.²⁶⁰

5.3.2 Sesión en México del Tribunal Permanente de los Pueblos

Durante el 2010 y 2011, un grupo de activistas, asociaciones e investigadores realizaron las gestiones para que el Tribunal Permanente de los Pueblos sesionara en México y no fue hasta el 21 de octubre de 2011 que se presentó formalmente la documentación para el inicio de la sesión en México, en un evento en el auditorio Alfonso Caso de la UNAM, lo cual marcó el inicio formal del capítulo México del Tribunal Permanente de los Pueblos.

En relación con el desvío de poder legislativo, se denunció que *“el Estado mexicano ha desnaturalizado el proyecto jurídico que emanó de la Revolución*

²⁵⁸ <http://www.tppmexico.org/que-es-el-tpp/>

²⁵⁹ <http://permanentpeopletribunal.org/?lang=es>

²⁶⁰ Cfr. <http://permanentpeopletribunal.org/category/sessioni-e-sentenze-it-es-es/?lang=es>

mexicana, con la confección de normas o regulaciones,²⁶¹ que en la actualidad tienen un sentido contrario al de su origen, es decir, contrario al beneficio de la sociedad y del interés general.

La figura del desvío de poder da cuenta de *“la utilización de la ley como instrumento para impedir la justicia.”*²⁶² En ese sentido, denuncia el fenómeno en el cual, aunque se recurre al derecho para dirimir las controversias, no se obtiene justicia ya que las normas están viciadas y moldeadas para negarla o beneficiar a un grupo reducido de la población.

Gustav Radbruch ya había dado cuenta de la utilización del derecho para la realización de un crimen. El caso en concreto se refiere al caso en que un funcionario judicial condenó a un comerciante por escribir: *“‘Hitler es un genocida y culpable de la guerra’, en esa época se sabía que, con seguridad, si alguien era acusado de eso, el castigo sería la muerte.”*²⁶³ El caso anterior es solo una muestra de cómo el derecho puede ser utilizado para cometer un delito, en este caso, el de homicidio.

Regresando al tema del Tribunal Permanente de los Pueblos, la sesión en México tuvo la finalidad de *“visibilizar la situación de violencia estructural, sistemática y continua que se vive en México, agravada por la firma de numerosos tratados de libre comercio, [y señalar] los mecanismos de simulación y desvío de poder que sistemáticamente ejerce el Estado mexicano”*²⁶⁴ para lo cual estructuró siete audiencias temáticas:

1. Guerra sucia como violencia, impunidad y falta de acceso a la justicia
2. Migración, Refugio y Desplazamiento Forzado
3. Femicidio y violencia de género
4. Violencia contra las y los trabajadores (as)
5. Violencia contra el maíz, la soberanía alimentaria y la autonomía
6. Devastación ambiental y derechos de los pueblos.

²⁶¹ Tribunal Permanente de los Pueblos, capítulo México, Boletín No. 2, p. 1, disponible en: <http://www.tppmexico.org/documentos/boletines/>

²⁶² Tribunal Permanente de los Pueblos, capítulo México, Boletín No. 2, p. 2, disponible en: <http://www.tppmexico.org/documentos/boletines/>

²⁶³ Radbruch, Gustav, “Arbitrariedad legal... cit., nota 130, pp. 214-217.

²⁶⁴ <http://www.afectadosambientales.org/convocamos-a-la-preaudiencia-despojo-y-envenenamiento-de-las-comunidades-por-mineria-y-basura/>

Uno de los cuatro ejes transversales consistió en la crisis del sistema jurídico mexicano, en el cual, el empleo de la figura del desvío de poder fue indispensable para demostrar la crisis de las instituciones jurídicas, la impunidad de las arbitrariedades del poder y en qué medida las normas jurídicas en lugar de proteger al pueblo obstaculizan la justicia.

5.3.3 El concepto de desvío de poder

Se puede decir que hay un concepto general del desvío de poder y varios conceptos específicos o aplicados a una rama del saber, es decir, hay un desvío de poder en el ámbito político, legislativo, en la comunicación, etc. Entonces podemos comenzar con decir que el desvío de poder en general, consiste en:

[...] el uso, por parte de los gobiernos, representantes políticos, autoridades y poderes fácticos, de las capacidades económicas, políticas, culturales y jurídico-institucionales del Estado, con el propósito de satisfacer o beneficiar intereses privados y particulares, locales o extranjeros, en contra o en detrimento del interés público y general de la población, y a costa de desatender las condiciones mínimas de reproducción y desarrollo de la vida social y de supeditar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de las personas a dinámicas económicas ajenas a sus intereses.²⁶⁶

De la descripción anterior, se pueden identificar varios elementos del concepto de desvío de poder en general. En primer lugar, consiste en el uso de las instituciones de un Estado; en segundo lugar, no hay un sujeto definido que manipula a las instituciones; pero, se puede señalar que, principalmente son las autoridades del Estado y poderes fácticos; en tercer lugar, el propósito es beneficiar intereses privados, ya sean locales o extranjeros; en cuarto lugar, el beneficio va en contra del interés general.

Conviene subrayar, que el desvío de poder da cuenta del fenómeno del uso faccioso del Estado para el beneficio de intereses particulares, da cuenta del

²⁶⁵ Tribunal Permanente de los Pueblos, capítulo México, Boletín No. 2, p. 6, disponible en: <http://www.tppmexico.org/documentos/boletines/>

²⁶⁶ Barreda Marín, Andrés (coord.), *op. cit.*, nota 3, p. 43.

cambio de rumbo de las acciones de gobierno que, en épocas pasadas, en general, buscaba un beneficio para la sociedad. Lo anterior, no significa que los gobiernos pasados no realizaran actos perjudiciales para la sociedad, sino que, simplemente, no estaban coaccionados o manipulados de manera directa, para realizar determinados actos en detrimento del bien común.

En la intervención de Primavera Téllez, en la fiscalía sobre el desvío de poder comunicativo, lo caracterizó como:

[...] la utilización de los poderes del Estado en detrimento del bien común, del bien de una comunidad y/o en beneficio de un sector privilegiado ligado a los sectores que ocupan los poderes del Estado, lo cual significa el uso de las instituciones para fines distintos de aquéllos para los que fueron creadas.²⁶⁷

Dado que el desvío de poder, como ya se mencionó, se puede extender a todos los ámbitos de acción del poder Estatal; tales como el poder político, judicial, económico, legislativo, etc., solo nos enfocaremos en esta investigación al desvío de poder legislativo, debido a que nos puede ayudar a reforzar la teoría de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy.

5.3.4 El desvío de poder en el ámbito Legislativo

Una vez que se mencionó el concepto de desvío de poder en general, y se señalaron cuáles son sus elementos, se puede decir que, el desvío de poder en el ámbito legislativo, consiste en la utilización de las facultades para legislar de un Estado, para la creación, cambio o armonización de las normas jurídicas, con la finalidad de privilegiar intereses privados o particulares, en detrimento del interés general.

Dichas acciones legislativas que, aunque respetan las reglas del sistema, tienen el objetivo de viciar de origen a las normas jurídicas. Lo anterior, tiene la finalidad de ir moldeando al derecho en favor de intereses privados. Así cuando surja una controversia y se solicite que se aplique el derecho para resolver los conflictos, este ya se encuentre estructurado, de forma tal, que

²⁶⁷ Téllez, Primavera, “Desvío de poder comunicativo a los poderes fácticos mediáticos” en Barreda Marín, Andrés (Coord.), *La audiencia final. Sentencias, fiscalías y relatorías del capítulo México del Tribunal Permanente de los Pueblos*, Ítaca, México, 2016, p. 267.

resuelva los problemas en favor de quien manipuló de antemano a las normas jurídicas. Dichos actos logran que el derecho esté de parte de intereses privados que, a su vez, se revisten de legalidad para solicitar el respaldo del monopolio legítimo de la fuerza.

Llegados a este punto, una de las importantes funciones sociales del derecho, es ser el instrumento por excelencia para resolver los conflictos; sin embargo, tal función, se ve erosionada, ya que dejó de ser un instrumento neutral. La falta de neutralidad trae como consecuencia que, cada día más, las personas quieran resolver los conflictos fuera de la legalidad, ya que por ese camino tienen más oportunidad de obtener mejores resultados. Lo anterior es una de las razones por las cuales, cada vez es más común, ver actos al margen de la ley, pues las personas se ven orilladas a transitar por la vía de la simple legitimidad, aun a costa de realizar actos ilegales.

La historia del constitucionalismo mexicano se ha caracterizado, por el reconocimiento y la protección de los derechos sociales. En 1917 se dio inicio a una nueva era del derecho constitucional a nivel mundial, con la creación de los derechos sociales, que protegían a la educación, a los derechos de los campesinos y a los derechos de los trabajadores, en los artículos 3, 27 y 123 de la constitución mexicana. Sin embargo, a partir de 1982, se puede ir detectando, de manera definida, una serie de reformas que sexenio tras sexenio, se han encargado de debilitar tales derechos.

Como una muestra representativa del desvío de poder, en el ámbito legislativo, expondremos la evolución a *grosso modo* del artículo 27 constitucional, para señalar el cambio de dirección que, a partir de 1982, ha tenido el derecho social que protege a los campesinos y la propiedad de la tierra:



Cuadro 4 Evolución del desvío de poder legislativo.

Cuadro 4. Evolución del desvío de poder en el artículo 27 constitucional.

En el cuadro anterior, se muestra gráficamente como el artículo 27 constitucional fue reformado por más de 65 años en un solo sentido, protegiendo el del interés general; en contraste, con la 15ª reforma de 1992, y a partir de la cual, se registró un cambio de rumbo que contradice y discrepa radicalmente, no solo con la trayectoria de todas las reformas anteriores, sino con el sentido original de dicho artículo.

Se puede apreciar que, con la 15ª reforma, no solo se cancela el reparto de tierras a campesinos, terminando con una práctica que ocurría desde 1917; sino que, al reconocerse la propiedad de las tierras a los núcleos agrarios, se reubica en el mercado de nueva cuenta, a las tierras de campesinos, ya que, al poder venderse a un tercero, se da pie nuevamente a permitir la concentración de las tierras en pocas personas, lo que originó en un principio, a la revolución mexicana. Además, con la reforma de diciembre de 2013, los hidrocarburos y a la generación de energía eléctrica se garantizan las inversiones y negocios de los particulares²⁶⁸ en lugar del interés general de la población mexicana.

5.3.5 Distinciones con conceptos similares

En este apartado se abordarán diversos conceptos que, por su semejanza, podrían causar confusión con los tres conceptos expuestos anteriormente, por lo cual, es necesario, hacer un deslinde respecto a ellos, para evitar confusiones.

5.3.5.1 El desvío de poder como acto administrativo

En el ámbito del derecho administrativo, a nivel internacional y nacional, existe una figura llamada desvío de poder, que podría dar pie a confusión, ya que tienen el mismo nombre; sin embargo, son muy distintos. Sobre este concepto, a nivel internacional, encontramos que Maurice Hauriou lo define como:

²⁶⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional de 2013*, México, UNAM-IIJ, 2014, p. 55.

[...] el hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia, con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio.²⁶⁹

Como se puede observar, el ámbito de aplicación del concepto se restringe al derecho administrativo, excluyendo todas las demás ramas del derecho. Asimismo, aunque el concepto de desvío de poder, en la teoría internacional, es un concepto que da cuenta del uso del poder para fines distintos a los conferidos para el cargo, lo hace de forma casuística; y no de forma sistemática y con una visión de conjunto, como el desvío de poder propuesto en el marco del Tribunal Permanente de los Pueblos.

Respecto al desarrollo del concepto de desvío de poder, en el derecho mexicano, encontramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en varias tesis aisladas correspondientes a la quinta época, circunscribe el concepto a la materia fiscal. Al respecto sobresalen los siguientes dos criterios:

MULTAS FISCALES, DESVÍO DE PODER EN LA IMPOSICIÓN DE.

El desvío de poder a que se refiere el artículo 56 de la Ley de Justicia Fiscal, como causa de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo, existe cuando las sanciones impuestas por infracciones a las leyes fiscales, no corresponden a la gravedad de estas infracciones, o exceden de la posibilidad económica del infractor.²⁷⁰

MULTAS FISCALES, DESVÍO DE PODER EN LA APLICACIÓN DE LAS.

De la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal, antecedente del Código Fiscal en vigor, se desprende que el legislador entiende que las autoridades incurren en desvío de poder, cuando al imponer una sanción, se apartan de las normas implícitas que regulan el ejercicio de la facultad discrecional. Una de tales normas previene que el desvío de poder existe en el caso de que estableciendo la ley un máximo y un mínimo para la sanción, dentro de cuyos límites puede fijar la autoridad respectiva el monto de aquélla, se aplique el máximo a la infracción cometida por primera vez, ya que, para determinar la cuantía de la multa, debe tomarse en cuenta la importancia del negocio, la gravedad de la infracción, y el hecho de que ésta sea cometida por primera vez. Por tanto, si aparece que el causante no incurrió anteriormente en la misma infracción por la cual se le castiga, de acuerdo con la regla citada, la autoridad fiscal no debe aplicar el máximo autorizado por la ley, pues

²⁶⁹ Fierro Rodríguez, Diego, *La desviación de poder en el Derecho Administrativo*, disponible en: <http://www.eljurista.eu/2014/12/01/la-desviacion-de-poder-en-el-derecho-administrativo/>

²⁷⁰ Tesis Aislada (Administrativa). Segunda Sala, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, Tomo LXV, agosto de 1940, p. 1533.

al proceder en contrario, incurre en el desvío de poder a que se ha hecho alusión, y ello amerita la concesión del amparo que por tal motivo se solicite.²⁷¹

De los anteriores criterios, se puede observar que, nuestro máximo tribunal, ubica el tema del desvío de poder, en los caos en que existe una facultad discrecional para imponer multas, y no se realiza una valoración para establecerla adecuadamente; es decir, cuando se impone la multa de manera arbitraria, sin tomar en consideración la capacidad económica del infractor o la gravedad de las infracciones.

5.3.5.2 El desvío de poder de acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sobre el tema del desvío de poder, existe otro caso en el derecho internacional; en el Informe N° 43/96 de fecha 15 de octubre de 1996, referente al caso del general Gallardo, se cita en tres ocasiones, dicho concepto, aunque con matices distintos al concepto planteado, en el marco del Tribunal Permanente de los Pueblos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos emplea el concepto de desvío de poder en los párrafos 46, 113 y 114, en los siguientes términos:

46. [...] En este sentido, la Comisión considera que ha existido una actitud anómala por parte del Estado mexicano, que configura una desviación de poder, la cual se traduce en indudables acosos y hostigamientos en contra del antes citado General.

113. [...] La Comisión observa que son precisamente los 16 procesos abiertos, algunos cerrados, otros sobreseídos, los que evidencian una sucesión ilógica de causas, configurando una situación irrazonable de "desviación de poder", para perseguir la finalidad de mantener procesado al General Gallardo, privándolo de su libertad personal, y violándole los demás derechos humanos que han sido establecidos por esta Comisión.

114. [...] Asimismo Alibery ha dicho que "la desviación de poder es el hecho del agente administrativo, que realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido

²⁷¹ Tesis Aislada (Administrativa). Segunda Sala, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, Tomo LXIV, mayo de 1940, p. 2320.

conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. [...] ²⁷².

De las anteriores citas, se observa que, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el desvío de poder significa, una actividad anómala del Estado que, aunque respetando la formalidad de las leyes, busca causar un perjuicio a los ciudadanos, distorsionando los fines del mandato. Esta noción se refiere a principalmente al abuso del mandato para causar un perjuicio a una persona determinada.

5.3.5.3 Semejanzas y diferencias con el concepto de desvío de poder

En este apartado, se realizará un deslinde, entre los conceptos antes mencionados, con el de desvío de poder, creado en el marco del Tribunal Permanente de los Pueblos. Respecto al concepto de corrupción en el ámbito político, al ser un término muy general y amplio, se puede decir, que engloba a todos los conceptos antes mencionados, ya que se pueden catalogar como corrupción a cualquier abuso de la función pública. Aunque la virtud del concepto de corrupción política, es el de ser muy general, al grado de poder incluir a todos los demás; tiene el inconveniente de incluir a una gran cantidad de fenómenos, lo que dificulta centrar el foco de atención en cuestiones específicas.

El concepto de *Captura del Estado* y el de *desvío de poder*, se asemejan en que los dos términos, señalan que existe una pérdida de independencia en la toma de decisiones del Estado, pero se diferencian en que, la *Captura del Estado* solo abarca fenómenos provenientes de agente lícitos o económicos; y el desvío de poder incluye además a los agentes ilícitos.

En referencia a los conceptos creados con base en la experiencia colombiana, se encuentra en primer lugar, el término de *Cooptación del Estado*, el cual señala que existe una dependencia en la toma de decisiones

²⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe no. 43/96*, Caso 11.430, contra México, 15 de octubre de 1996, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Mexico11430.htm>

del Estado respecto a agentes lícitos e ilícitos. La diferencia con el concepto de desvío de poder, se encuentra en que este concepto solo señala que el Estado está sometido, pero *el desvío de poder* da cuenta además de actos posteriores a dicho sometimiento, como el cambio de las normas jurídicas.

En segundo lugar, existe otro concepto de cuño colombiano, el cual comparte muchas semejanzas con el desvío de poder. Los dos conceptos dan cuenta de la influencia de agentes legales e ilegales; los dos comparten la misma intencionalidad: el cambio del Estado desde la subordinación de sus propias instituciones; en los dos se señala la generación de beneficios privados a costa del interés general. La única diferencia que se puede encontrar con el término de *Reconfiguración Cooptada del Estado*, es el desarrollo empírico en cada país, es decir, el marco de interacciones entre activistas, movimientos sociales y académicos.

Ahora bien, en relación con el concepto de desvío de poder como acto administrativo, salta a la vista el carácter formal o legal del término, pues se circunscribe a arbitrariedades del poder, en la cual se transgrede a una normatividad determinada, principalmente en materia fiscal.

Para terminar este apartado, en el marco de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se encuentra una mención al concepto de desvío de poder, como una actividad anómala del Estado, en que se respeta la formalidad de las normas, pero se contraviene los fines conferidos al mandato. La semejanza con el desvío de poder, surgido en el marco del Tribunal Permanente de los Pueblos, se encuentra en que en los dos hay una transgresión a los fines del derecho, pero en todo lo demás aspectos son distintos.

5.4 Vínculos con la teoría de la doble dimensión del derecho

Al inicio de este capítulo, se establecieron los vínculos entre la pretensión de corrección del derecho con los conceptos expuestos en los apartados anteriores. Ahora, en este apartado final, es necesario precisar la forma en

que pueden usarse para fortalecer la teoría de la doble dimensión del derecho.

Los conceptos y teorías analizados a lo largo de este capítulo, parten a su modo, del presupuesto que el derecho es un instrumento que debe buscar el beneficio general de la población. Dicho presupuesto es desarrollado por la teoría de la doble naturaleza del derecho. En ese sentido, se puede decir, que los conceptos encuentran su fundamento teórico en la teoría del no-positivismo incluyente de Robert Alexy.

Ahora bien, la teoría de la legislación maximalista del derecho, da argumentos en favor de legislar con parámetros que incluyan una racionalidad ética, los cuales pueden trasladarse, en apoyo al argumento de la injusticia —o fórmula Radbruch—, ya que esta señala que la injusticia extrema no es derecho; en ese sentido, cuando se le exige al legislador una racionalidad ética, al mismo tiempo, se le limita a realizar normas jurídicas que incluyan el umbral de la injusticia extrema.

En la fórmula Radbruch, se señala que uno de los criterios para distinguir cuando se está en presencia de un acto de arbitrariedad legal, se da, cuando *“ni siquiera hay una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra al núcleo de la justicia, fue negada conscientemente”*²⁷³, de igual forma, dicho contenido de injusticia extrema, tampoco se podría dar en el derecho, si se legisla con un criterio que incluya la racionalidad ética.

El no-positivismo incluyente de Robert Alexy, esboza el contenido y forma de la pretensión de corrección del derecho y su inherente finalidad, como medio legítimo de resolución de conflictos. Por su parte, el concepto de Reconfiguración Cooptada del Estado, da cuenta, de la forma en que los poderes ilícitos, buscan apropiarse de las instituciones del Estado, mediante la inclusión de los políticos en sus filas, para que desde dentro de las instituciones, se reconfiguren las leyes y políticas públicas, para el beneficio

²⁷³ Radbruch, Gustav, “Arbitrariedad legal... *cit.*”, nota 130, p. 220.

de dichos poderes ilícitos. Este concepto, no solo señala los beneficios que se pueden obtener por parte de los agentes ilícitos, sino los beneficios de contar con la legitimidad de las instituciones del estado, entre las que sobresale el derecho. Los agentes ilícitos tienen muy claro la legitimidad que da el derecho y la aceptación de la población hacia el contenido de las normas jurídicas. El concepto de Reconfiguración Cooptada del Estado explica las formas en que los poderes ilícitos se revisten con la legitimidad y corrección del derecho. Sin tener contacto entre los conceptos y teorías, juntos se complementan ya que uno es el fundamento y el otro su desarrollo, aunque en forma negativa.

Respecto del apoyo a la teoría de la doble dimensión del derecho, mediante el concepto de desvío de poder, se encontró, que es posible reproducir la trayectoria normativa, en la cual, se dé cuenta, sobre como las normas jurídicas cambian de dirección abandonando los criterios de la pretensión de corrección del derecho. En específico, en el apartado 5.3 de esta investigación, se señaló, poniendo de ejemplo la trayectoria de las reformas del artículo 27 constitucional, en el cual, queda en evidencia que, desde el decreto de reforma del 6 de enero de 1992 a dicho artículo, hubo un desvío de poder en perjuicio del interés general, lo cual es contrario a la pretensión de corrección del derecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Antes de que el positivismo surgiera como teoría jurídica, las teorías materialistas predominaban en el ambiente cultural internacional, dentro de las cuales, el positivismo de Augusto Comte tuvo una gran influencia en la creación del positivismo jurídico. Dicha influencia se vio reflejada, principalmente, en dos aspectos; el primero, el metodológico, es decir, la forma empírica de acceder y analizar el conocimiento; el segundo, toma como objeto de estudio a un objeto dado, en el caso en concreto del derecho, son las normas jurídicas creadas por el legislador.

SEGUNDA. Las escuelas o corrientes de pensamiento jurídicas del siglo XIX, tales como la escuela histórica del derecho, la escuela de la exegesis y la jurisprudencia analítica, a pesar de haber surgido en diferentes países, coincidieron en dos puntos muy importantes para la ciencia jurídica. La primera coincidencia, consiste en que el derecho es un producto completo y terminado; la segunda, la ciencia del derecho no construye su objeto de estudio, sino que es una ciencia que reflexiona sobre un objeto ya dado.

TERCERA. Existen diversas posturas sobre el significado del positivismo jurídico. Para superar la multiplicidad de conceptos, Juan Carlos Bayón propone no olvidarse de la lección metodológica que dejaron H. L. A. Hart y Norberto Bobbio, la cual se puede resumir en dos ideas; la primera, radica en que la expresión positivismo jurídico se estaba usando para indiscriminadamente para designar tesis lógicamente independientes, y que las críticas a algunas tesis no necesariamente afectan a las otras; y la segunda, señala que se debe entender por positivismo jurídico al positivismo metodológico, es decir, a la corriente de pensamiento jurídico que no admite que el derecho natural y el derecho positivo, sean derecho en la misma forma, y además, afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo.

CUARTA. El problema del positivismo jurídico, como teoría identificatoria y explicativa del derecho, consiste en que solo estudia una parte del derecho,

el aspecto formal, negándose a incluir en su estudio a la parte material o al contenido del derecho.

QUINTA. De acuerdo a la teoría del no-positivismo incluyente de Robert Alexy, la conexión necesaria entre el derecho y la moral se ubica en el tercer nivel del concepto de moral, es decir, la moral entendida como el conjunto de principios, valores y argumentos; los cuales, permiten evaluar, justificar y criticar a la moral personal y la moral positiva.

SEXTA. Las teorías positivistas excluyen del concepto de derecho a los elementos morales. Las teorías no-positivistas definen el concepto de derecho incluyendo a elementos morales. La diferencia entre las posturas no-positivistas, radica en el grado en que los defectos morales afectan al derecho.

SÉPTIMA. El positivismo jurídico tiene dos vertientes, el positivismo excluyente y el positivismo incluyente. Así mismo, las posturas contrarias al positivismo son tres; el no-positivismo excluyente, el no-positivismo súper-incluyente y el no-positivismo incluyente.

OCTAVA. El iusnaturalismo no abarca todas las posturas del no-positivismo jurídico.

NOVENA. El iusnaturalismo y el no-positivismo incluyente de Robert Alexy son teorías jurídicas diferentes. Tienen en común que las dos forman parte de las teorías que sus postulados son contrarios a la teoría del positivismo jurídico; sin embargo, entre ellas son muy diferentes. Las diferencias principales entre el iusnaturalismo y el no-positivismo incluyente de Robert Alexy son dos; la primera, el iusnaturalismo señala que existe una relación de dependencia y subordinación del derecho positivo a ciertos principios de justicia, por tanto, el derecho queda reducido a una rama del saber con poca independencia. El no-positivismo incluyente de Robert Alexy, señala que dentro del mismo derecho hay una pretensión de justicia, por tanto, no hay una relación de dependencia externa al derecho, sino que, desde la misma

organización interna del derecho, hay una cierta inclusión de la justicia, lo cual, da pie a que el derecho mantenga su independencia.

La segunda diferencia se encuentra en que, el no-positivismo incluyente de Robert Alexy, solo considera dos casos en los cuales a una norma jurídica no puede ser llamada derecho: cuando se transgrede a la fórmula Radbruch; y cuando se contradice la pretensión de corrección. Dichos límites al derecho, no son arbitrarios, sino que son deducidos del mismo derecho, lo cual, hace que se pueda distinguir al derecho de las meras expresiones de poder. El iusnaturalismo no es tan preciso en el señalamiento de los límites del derecho.

DÉCIMA. Para Robert Alexy, la doble naturaleza o dimensión del derecho está integrada por una parte real o fáctica, y una parte ideal. La dimensión real, se integra por la coerción, la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas; y la efectividad del derecho. La dimensión ideal está integrada por el argumento de la injusticia (la fórmula Radbruch) y la pretensión de corrección.

DÉCIMO PRIMERA. La dimensión real del derecho es muy importante; no es posible hablar propiamente del derecho, sin referirnos al derecho positivo y a la coerción; sin embargo, dichos elementos no son suficientes para describir al derecho.

DÉCIMO SEGUNDA. La fórmula Radbruch, como límite del derecho, no agrega al derecho temas de la moral en su segundo nivel, es decir, temas de moral positivizada o crítica. Es el resultado de una ponderación entre los principios de justicia y seguridad jurídica.

DÉCIMO TERCERA. El argumento de la injusticia o la fórmula Radbruch surge de la reflexión sobre la experiencia de la legislación nazi. Negarse a reconocer tal manifestación del pensamiento jurídico, —en terminología de Hegeliana— sería negarse a reconocer una determinación del derecho, que

se ha manifestado en la historia de la humanidad; es obviar una característica de un eslabón, de esa la larga cadena llamada derecho.

DÉCIMO CUARTA. La pretensión de corrección, es un argumento que no se encuentra en un solo libro, sino que fue desarrollándose y explicitando a lo largo de la obra de Robert Alexy, por tal motivo, era necesario hacer una sistematización de lo expresado del tema.

DÉCIMO QUINTA. La pretensión de corrección en la moral, no es la misma que la pretensión de corrección del derecho. La pretensión de corrección de la moral trata sobre lo que es *esencialmente* correcto; la pretensión de corrección del derecho trata sobre lo que es correcto; pero, a la vez, debe ser coherente con el sistema jurídico, es decir, debe estar en armonía con las normas jurídicas y el precedente judicial.

DÉCIMO SEXTA. La pretensión de corrección, tiene dos vertientes: una formal y otra sustancial. La parte formal de la pretensión de corrección consiste en que, el derecho se debe aplicar de forma correcta, es decir, de acuerdo a las reglas de un sistema jurídico determinado. La parte sustancial, implica que, el derecho erige, de manera implícita, una pretensión de justicia.

DÉCIMO SÉPTIMA. La dimensión ideal del derecho genera una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Dicha conexión necesaria, se da con el tercer nivel de la moral, no así, con el primer y segundo nivel.

DÉCIMO OCTAVA. Para el positivismo jurídico el derecho puede tener cualquier contenido. Para el no-positivismo incluyente de Robert Alexy el derecho no puede incluir dentro de sí, a un contenido contrario a la pretensión de corrección y a la fórmula Radbruch.

DÉCIMO NOVENA. El problema del positivismo jurídico como teoría, consiste en que en los casos límites o extremos, falla como teoría explicativa del derecho; ya que identifica mal a lo que es el derecho; cuando se apoya

en el presupuesto de neutralidad y objetividad, indirectamente se toma posición en contra del bien común o de las personas.

VIGÉSIMA. Con cada una de las críticas a su teoría y con los debates, Robert Alexy tuvo la oportunidad de explicitar y desarrollar su teoría de la doble dimensión del derecho.

VIGÉSIMO PRIMERA. Los conceptos de desvío de poder, Reconfiguración Cooptada del Estado y la teoría de la legislación maximalista, aunque fueron creadas en contextos diferentes a la teoría de Robert Alexy, no solo es posible establecer conexiones o vínculos entre ellas, sino que dichos conceptos refuerzan su teoría.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto, (comp), Derecho y filosofía, México, Fontamara, 1988, pp. 45-59.
- , “La tesis del caso especial”, Isegoría, España, núm. 21, 1999, pp. 23-55, disponible en: <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21>
- , “Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: La crítica de Bulygin” en La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre el derecho y la moral, trad. Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 95-115.
- , “La crítica de Bulygin al argumento de la corrección” en La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre el derecho y la moral, trad. Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 53-84.
- , “Derecho y corrección”, en Alexy, Robert, La institucionalización de la justicia, 3ª edición, trad. José Antonio Seoane et al., Granada, editorial Comares, 2005, pp. 27-46.
- , y Marmor, Andrei, “La Separación entre el derecho y la moral. Debate entre Robert Alexy y Andrei Marmor”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, España, núm. 39, diciembre de 2005, pp. 743-768, disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1042>
- , “Derecho y moral”, en Alexy, Robert, La institucionalización de la justicia, 3ª edición, trad. José Antonio Seoane et al., Granada, editorial Comares, 2005, pp. 15-25.
- , El concepto y la naturaleza del derecho, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, 98 pp.

- , “Una defensa de la formula Radbruch”, en Vigo, Rodolfo Luis (coord.), La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy, México, Fontamara, 2008, pp. 355-391.
- , El concepto y la validez del derecho, trad. Jorge M. Seña, Argentina, Gedisa editorial, 2008, 211 pp.
- , “La doble naturaleza del derecho”, en Bernal Pulido, Carlos (coord.), La doble dimensión del derecho. Autoridad y Razón en la obra de Robert Alexy, Perú, Palestra editores, 2011, pp. 29-58.
- , “¿Entre el positivismo y el no positivismo? Tercera replica a Eugenio Bulygin”, en Ferrer Beltrán, Jordi et al. (eds.), Neutralidad y teoría del derecho, Marcial Pons, España, 2012, pp. 75- 91.
- , “Una respuesta a Joseph Raz”, en Pavlakos, George (ed.), Derecho, Derechos y Discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy, (Jorge Portocarrero trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 61-85.
- , “Trece respuestas”, en Pavlakos, George (ed.), Derecho, Derechos y Discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy, (Jorge Portocarrero trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 431-471.
- , “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, en Alexy, Robert, La doble naturaleza del derecho, Madrid, Trotta, 2016, pp. 25-46.
- , “El no-positivismo incluyente”, en Alexy, Robert, La doble naturaleza del derecho, Madrid, Trotta, 2016, pp. 73-83.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, Manual de filosofía del Derecho, Argentina, editorial Juris, 1998, 456 pp.
- ATIENZA, Manuel, Contribución a una teoría de la legislación, Madrid, Editorial Civitas, 1997, 109 pp.

- , *Introducción al Derecho*, 5ª reimpresión, México, Fontamara, 2008, 352 pp.
- APEL, Karl Otto, *La transformación de la filosofía*, Trad. Adela Cortina et al., Madrid, Taurus, 1985, Tomo II, 429 pp.
- AUSTIN, John Langshaw, *Hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabosi, Barcelona, Ediciones Paidós, 217 pp.
- BARREDA MARÍN, Andrés (coord.), *La audiencia final. Sentencias, fiscalías y relatorías del capítulo México del Tribunal Permanente de los Pueblos*, Ítaca, México, 2016, 560 pp.
- BAYÓN, Juan Carlos, “El contenido mínimo del derecho positivo”, en Zapatero Gómez, Virgilio (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Vol. 2, 2002, pp. 33-54.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, México, Facultad de derecho de San Luis Potosí, 2007, 193 pp.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy”, en Bernal Pulido, Carlos (coord.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y Razón en la obra de Robert Alexy*, Perú, Palestra editores, 2011, 285 pp. 7-27.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 3ª ed., México, Fontamara, 1994, 246 pp.
- BULYGIN, Eugenio, “Alexy y el argumento de la corrección” en *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad. Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 41-51.
- , “La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral” en *La pretensión de corrección del derecho. La polémica*

- Alexy/Bulygin sobre la relación entre el derecho y la moral, trad. Paula Gaido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 85-93.
- , “Alexy entre el positivismo y el no-positivismo”, en Ferrer Beltrán, Jordi et al. (eds.), Neutralidad y teoría del derecho, Marcial Pons, España, 2012, pp. 61-74.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, Manual de argumentación jurídica, México, ed. Porrúa-UNAM, 2014, 403 pp.
- , Jaime, Crítica a la reforma constitucional de 2013, México, UNAM-IIJ, 2014, 238 pp.
- CARPINTERO, Francisco, La ley natural. Historia de un concepto controvertido, España, ediciones Encuentro, 2008, 407 pp.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid, Marco Analítico de la Tesis de la Vinculación y de la Tesis de la Separación, Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo, Vol. 2, núm. 4, año 2010, pp. 73-98.
- CHIASSONI, Pierluigi, El discreto placer del positivismo jurídico, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2016, 547 pp.
- COPI, Irving y COHEN, Carl, Introducción a la lógica, 2a edición, México, Limusa, 2013, 808 pp.
- DURAND, Francisco, Cuando el poder extractivo captura el estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú, OXFAM, Perú, 2016, 95 pp.
- FIERRO RODRÍGUEZ, Diego, La desviación de poder en el Derecho Administrativo, disponible en: <http://www.eljurista.eu/2014/12/01/la-desviacion-de-poder-en-el-derecho-administrativo/>
- GARAY SALAMANCA, Luis Jorge y Salcedo-Albarán, Eduardo, Redes ilícitas y reconfiguración de Estados. El caso Colombia, Colombia, Fundación VORTEX, 2012, 79 pp.

- , Luis Jorge et al., *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*, Colombia, Grupo MÉTODO-AVINA y Transparencia por Colombia, 2008, 168 pp.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 9, julio-diciembre de 2000, pp. 299-317, Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1406>
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 444 pp.
- , *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, España, Editorial Trotta, 2009, 268 pp.
- , “¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas” en Gascón Abellán, Marina (coord.) *Argumentación jurídica*, Tirant lo blanch, España, 2014, pp. 191-220.
- , Alfonso, “Legislación y neoconstitucionalismo”, en Arana García, Estanislao, *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 19-64
- , Alfonso, *Praxis. Una introducción a la moral, la política y el derecho*, España, ed. Atelier, 2017, 330 pp.
- HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ediciones Península, Barcelona, 1985, 219 pp.
- HART, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Argentina, ediciones Depalma, 1962, 138 pp.
- , *El concepto de Derecho*, 3ª edición, trad. De Genaro Carrió, Argentina, editorial AbeledoPerrot, 2012, 332 pp.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Lecciones sobre la historia de la filosofía, tomo I, décima reimpresión, México, FCE, 2018, 327 pp.
- HOYER, Andreas, “De la relación entre derecho, moral y punibilidad”, Revista Penal México, año 7, número 13, septiembre de 2017-febrero de 2018, pp. 35-44.
- HUERTA OCHOA, Carla, Lógica jurídica, México, Porrúa-UNAM-Facultad de derecho, 2015, 182 pp.
- INDAVERA STIEBEN, Leandro Gastón. La existencia de contradicciones performativas y su importancia para la crítica al falibilismo ilimitado en Karl-Otto Apel, Cuadernos del Sur, n. 39, 2010, disponible en: http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-74342010001100007&lng=es&nrm=iso
- KELSEN, Hans, “¿Qué es el positivismo jurídico?”, Revista de la Facultad de Derecho, México, núm. 61, pp. 131-143, disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26290/23671>
- , ¿Qué es la justicia?, trad. Albert Calsamiglia, España, Planeta-Angostini, 1993, 286 pp.
- , Teoría pura del derecho (1934), trad. Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, España, editorial Trotta, 2011, 150 pp.
- , Teoría pura del derecho, 16ª reimpr., trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2011, 364 pp.
- LORA MUÑOZ, Rosa Hilda, El Positivismo. Augusto Comte, disponible en: <https://www.aiu.edu/publications/student/spanish/el-positivismo-augusto-comte.htm>
- Marcilla Córdoba, Gema, “Justificación de las decisiones legislativas: un corolario del estado constitucional”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), Argumentación jurídica, Tirant lo blanch, España, 2014, pp. 459-493.

- MARTÍNEZ TORRES, Ismael, Una interpretación convencionalista de la validez jurídica en la teoría institucional del derecho, SCJN, Núm. 4, 195 pp., disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/node/207>
- MARX, Karl, “Debates sobre la ley castigando los robos de leña”, en Marx, Karl, Escritos de juventud, FCE, México, 1982, pp. 248-285.
- NAVA TOVAR, Alejandro, La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy, México, Anthropos-UAM-I, 215, 347 pp.
- NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, 3ª reimpresión, Barcelona, Ariel, 2016, 477 pp.
- OLLERO, Andrés et al., Derecho y Moral: una relación desnaturalizada, México, editorial Fontamara, 2013, 322 pp.
- PASUKANIS, Evgeni, Teoría General del Derecho y el Marxismo, Trad. Virgilio Zapatero, España, Editorial Labor Universitaria, 1976, 163 pp.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, Apuntes de teoría del derecho, 2 edición, España, Trotta, 2007, 331 pp.
- RUIZ MORENO, Martin, “el derecho y la moral”, Lecciones y ensayos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, núm. 161960, pp. 7-27.
- ROSS, Alf, El concepto de validez y otros ensayos, 4ª reimpresión, Trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, México, editorial Fontamara, 2006, 115 pp.
- RADBRUCH, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal” en Paulson, Stanley L., La Filosofía del Derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch, Trad. Alejandro Nava Tovar, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 213-225.
- , “Cinco minutos de Filosofía del derecho” en Paulson, Stanley L., La Filosofía del Derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra

- de Gustav Radbruch, Trad. Alejandro Nava Tovar, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp.
- RAZ, Joseph, “El argumento de la justicia o cómo no replicar al positivismo jurídico”, en Pavlakos, George (ed.), Derecho, Derechos y Discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy, (Jorge Portocarrero trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 35-59.
- SIECKMANN, Jan, “Derechos Humanos y la pretensión de corrección”, en Pavlakos, George (ed.), Derecho, Derechos y Discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy, (Jorge Portocarrero trad.), Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 255-275.
- SIURANA, Juan Carlos, Fundamentos filosóficos en el pensamiento de Karl-Otto Apel para una educación crítica, postconvencional y corresponsable, Revista de educación y pedagogía, año 2000, vol. 12, No. 26-27, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2564183>
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Introducción analítica al estudio del derecho, segunda edición, México, Editorial Themis, 2011, 431.
- VALADÉS, Diego, y SERNA DE LA GARZA, José María, (Coords.) Federalismo y regionalismo, México, UNAM-IIJ, 2005, 757 pp.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo, “La influencia de los poderes ilegales en la política colombiana”, en Revista Nueva Sociedad, No. 225, enero - febrero de 2010, disponible en: <https://nuso.org/articulo/la-influencia-de-los-poderes-ilegales-en-la-politica-colombiana>
- VIGO, Rodolfo Luis, Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 248 pp.
- VILAJOSANA, Josep M., La construcción social de la realidad jurídica, Prisma Social: revista de ciencias sociales, N° 4, junio 2010, 45 pp., disponible en:

<http://www.isdfundacion.org/publicaciones/revista/numeros/4/narracion-construccion-social-realidad.html>

VON WRIGHT, Georg Henrik, Norma y acción, trad. Pedro García Ferreró, España, Editorial Tecnos, 1970, 216 pp.

CIBERGRAFÍA

H. Congreso de la Unión, Código Civil Federal, México, 27 de marzo de 2020, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<http://permanentpeopletribunal.org/?lang=es>

<http://permanentpeopletribunal.org/category/sessioni-e-sentenze-it-es-es/?lang=es>

<http://www.afectadosambientales.org/convocamos-a-la-preaudiencia-despojo-y-envenenamiento-de-las-comunidades-por-mineria-y-basura/>

<http://www.tppmexico.org/que-es-el-tpp/>

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Mexico11430.htm>

<https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>