



Una Propuesta Mexicana para una Teoría del Derecho.

A Mexican Suggestion for a Law Theory.

DOI: 10.32870/sincronia.axxvi.n81.26a22

Martín Moreno Reynaga

Posgrado en Derecho / Universidad de Guadalajara. (MÉXICO)

CE: a.j.moreno.r@hotmail.com / ID ORCID: 0000-0002-9548-3273

Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

Recibido: 13/04/2021

Revisado: 21/05/2021

Aprobado: 16/06/2021

RESUMEN

En el presente trabajo estudiaremos las tres principales teorías del derecho que tiene impacto en el derecho mexicano: el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo. Dicha actividad se emprende en atención al rápido cambio experimentado cotidianamente, implicando que el paradigma actual se supere por los nuevos modelos impuestos para su mejor desarrollo. Este estudio tiene la intención de brindar nuevos postulados que puedan fundamentar una nueva teoría capaz de explicar nuestro sistema jurídico, y a la par, retomar el debate sobre el diseño teórico del derecho con base en las manifestaciones actuales de lo que puede considerar el nuevo derecho mexicano.

Palabras clave: iusnaturalismo. Positivismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoría del derecho.

ABSTRACT

In this paper we will study the three main theories of law that have an impact on Mexican law: natural law, legal positivism and neo-constitutionalism. This activity is undertaken in response to the rapid change experienced on a daily basis, implying that the current



paradigm is overcome by the new models imposed for its better development. This study intends to provide new principles that can support a new theory capable of explaining our legal system, and at the same time, take up the debate on the theoretical design of law based on current manifestations of what the new Mexican law can consider.

Keywords: Natural law. Legal positivism. Neoconstitutionalism. Theory of law.

Valoración del Naturalismo Jurídico

La primera reducción sobre el derecho consistió en el iusnaturalismo, cuya característica consiste en el estudio del ordenamiento jurídico como manifestación de un orden superior, cuya teoría considera al derecho como una disciplina encargada de modelarlo por medio de la producción de la ley. Para ello, el derecho es vinculado con alguna fuente externa que dispone sus contenidos, la que debe ser observada para que este sea válido.

Ante la necesaria relación que se establece entre esta concepción del derecho, surgieron diversos problemas por la vinculatoriedad entre el derecho y su fuente de esencia ideal, ocasionando una dificultad para la comprensión sobre el origen del derecho, cual es el contenido con el que guarda relación, como se relaciona el resultado de la deliberación imperativa y cuál es la proporción entre el la ley y los órdenes ideales.

El Estado Mexicano fue participe de esta corriente de derecho en los albores de las leyes mexicanas, existiendo defensores en épocas modernas. Para comprender lo anterior, es preciso realizar la presente valoración, es menester precisar los postulados que los caracterizan:

1. El nexo entre derecho y moral;
2. La justicia del derecho;
3. La deducción a partir de la naturaleza humana;
4. El argumento teleológico del derecho;
5. La existencia de dos órdenes jurídicos (Vázquez, 2016, p. 19).



En primero de ellos fundamenta el pensamiento iusnaturalista al precisar que el derecho guarda una conexión con la moral. Este postulado surge como consecuencia de la lucha para la proclamación de los derechos, en atención a la premura de limitar poder absoluto que ejercía el soberano por conducto de la ley. En efecto, el derecho natural se impone al estado de naturaleza.

El diseño de este modelo consiste en la teoría de la vinculación, donde ambos conservan sus particularidades, pero se encuentran en constante comunicación para la validación del contenido del derecho. Mediante ella se pretende la obtención de leyes que permitan la regulación de las personas y la convivencia en sociedad a través del desarrollo de los ideales a los que aspira la persona en lo individual y agremiada en la colectividad, así como limitar el estado de naturaleza donde él más fuerte gobierna sobre el más débil, permitiendo que el uso de la fuerza atente en contra de los valores inmanentes de las personas, provocando la pérdida de su calidad *per se*.

Con ello la primera característica de esta concepción jurídica es el antropocentrismo, reforzando cualquier concepción del derecho al sometimiento de la moral, implicando su concepción como una parte de la razón. Ello exige que el derecho comprenda verdades trascendentales que existen en ordenamientos superiores a la propia ley, sea esta natural, racional o incluso divino, de lo contrario se legitimará la comisión de agravios en detrimentos de otros (García, 2013, p. 110).

El primer problema que se origina de esta característica, consiste en hacer cognoscible lo ininteligible. Ante la fundamentación de otro orden que regula la bondad del derecho sin especificar su naturaleza, los esfuerzos por determinar el alcance de ese contenido mediante una disciplina del conocimiento, se recurrió a la moral, cuya función es justificar la comprensión de lo ininteligible a cargo de aquella suficiente de estudiar los valores de lo bueno y de lo malo; lo justo y lo injusto.

Sin embargo, ante dicho esfuerzo se originó un conflicto entre la prosecución de su finalidad:

La teoría del derecho natural no discute —más bien promueve— la distinción o bifurcación entre validez (y obligatoriedad) (jurídica) intrasistemática y validez (y obligatoriedad) en sentido moral. Por cierto, no es irrazonable ver que tal distinción funciona en el famoso dicho “una ley injusta no es derecho [...]”. Así, también en el famoso dicho o



teorema: “ley injusta” (unjust law, lex iniusta) se habla de una regla u orden jurídica intrasistemáticamente válida, y “no derecho” (not law, non lex) significa que, habiendo sido transgredidos los límites morales, esa misma ley carece de validez (en cuanto ley) en sentido moral (es decir, legitimidad) y así, en cuanto tal, carece de obligatoriedad moral. (Finnis, 2017, p. 12).

Si la ley comprende es validada en su sentido natural, cabe su reconocimiento jurídico pleno, al no existen razones para desacatarla por ser el medio para la prosecución de una finalidad tanto jurídica como justa, necesaria para el desarrollo de la persona en su dimensión individual como en el interior de la sociedad. Pero ello implica también restringir el razonamiento interno del derecho, limitándonos solo a discernir su bondad, y no al conocimiento de lo que es la ley o el ordenamiento más que en su acepción como mecanismo para la consecución de bienes superiores.

Además, esta postura significa que derecho y moral la vinculación entre ambos provoquen el monismo del derecho mexicano, donde el derecho es el desarrollo teórico coercitivo de la moral, con la intención de asegurar la protección de ciertos valores. Ello ocasiona un problema, porque si el derecho depende de la existencia de un segundo orden, todo el contenido normativo es correcto al ser un derivado de aquel.

De ello se colige que todo ordenamiento jurídico mexicano sería una extensión de la moral; moral que se encargaría de definir lo justo y lo injusto, la norma correcta de la incorrecta por no coincidir con sus contenidos. Además, esta moral puede variar de no existir un consenso sobre dicho contenido, ocasionando una competencia para la imposición de los valores bajo el argumento de la legitimación por el tipo de origen del contenido moral que lo dicta.

El segundo es una consecuencia del anterior, que consiste en la justicia del derecho, que consiste en la cualificación de la realización de dichos bienes en el contenido de la ley. Ella impone dos extremos, uno que demanda el constante perfeccionamiento de la ley y otro que impone una expulsión ante su injusticia.



Ambas se fundamentan en la concepción de que el derecho natural vale y obliga por la bondad de sus contenidos sobre la producción legislativa, excluyendo el nivel jerárquico del ordenamiento en que fue establecida (García, 2013, pp. 111-112). Por lo que su construcción no deriva de un orden lógico, sino del contenido y la mayor realización de esos valores superiores que tienden a las que aspira el derecho.

Derivado de ello la ley es fuente de reglamentación de las personas, mientras que ciertos valores son lo que deben desarrollarse en su contenido, encontrando varios juristas esta función en la moderna actividad jurisdiccional encargada de escrudiñar el contenido de cada uno. Uno de esos principios consiste en la corrección de la norma.

Zorzetto (2019) la define como un concepto que presupone a toda ley como regla general que puede conflictuarse con la universalidad ante dichos concebidos por la moral, por lo que para superarlo es indispensable su adhesión a ellos mediante la interpretación que se haga de la misma para su aprobación (pp. 73-75). Ello implica que todas las leyes se encuentran en constante perfeccionamiento, al ser corregidas para su justiciabilidad y permanencia en la ley.

No obstante, el problema del argumento de la corrección atiende a la pregunta a qué contenido tienen que adherirse para poder considerarse justas, en ocasión a que esta teoría siempre señala la existencia de principios superiores que en todo caso son cognoscibles únicamente por medio de la moral.

Aunado a ello, este principio si no es debidamente argumentado, puede influir para la flexibilización la ley que se pretende utilizar, al estimarse que no prosigue la consecución de una finalidad inmanente al desarrollo del orden superior. Los argumentos pueden ser utilizados para que, por medio de este método, se adecue de forma tal que la fuerza de su contenido permita el mayor beneficio ante la volatilidad del partícipe y no la consecución de la verdadera intención del derecho.

El otro argumento consiste en la suprallegalidad del derecho, que postula que el derecho extremadamente injusto, es ilegal (Radbruch, 2013, p. 180). En él observamos la realización del iusnaturalismo, que pugna por la expulsión de toda ley que sea contraria a los ideales que lo rigen y



determinan el contenido. Su permanencia queda supeditada a la idoneidad que desarrolle para cada uno de sus contenidos. Empero, dicha postura es imposible de sostener ante un sistema monista, considerando que el derecho se desprende de la moral, porque reconocer una norma extremadamente injusta cuando existe una vinculación entre moral y derecho que implican un monismo, implicaría reconocer que el origen contiene un error.

Consecuentemente estas dos posturas producen un fenómeno particular. La justiciabilidad de la ley implica el sometimiento a la voluntad de lo perfecto, entendida como la sujeción del derecho y de su objeto de estudio, así como de aplicación a un ideal que demanda su adecuación para el reconocimiento de la ley buena sobre la ley mala. Esto pone en riesgo que nuestro derecho sea reduzca al constante esfuerzo para la realización de una utopía, haciendo que las leyes sean un experimento constante para su realización, de la que cada autoridad mexicana tiene el deber de pronunciarse para su perfectibilidad.

El tercer elemento representa un problema de la filosofía, que es naturaleza del hombre. En el iusnaturalismo deontológico consiste en los principios deducidos de la práctica para determinar dicho contenido superior. Para ello debemos comprender que el medio para tal deducción es la persona, en su vida cotidiana, puesto que en su constante desarrollo manifiesta dichos principios al desarrollar su entorno, transformando su realidad para la persecución de sus fines (Rescasens, 2013, p. 71).

Se otorgo un papel significativo a la persona, quien deja de ser considerada como una cualificación del derecho para representar al ente que los ejercerá, en todo caso, delimitará que es lo que debe de entenderse como contenido de aquel orden superior reflejado mayormente en la moral.

A la par, la vindicación que hace es la consideración del hombre como una finalidad *per se*, de la que emana toda ley sujeta a su mayor realización, y como destino final de los marcos regulativos. Ello implicó la relevancia en la ley de la siguiente manera:



- 1- Todo derecho garantiza la libertad de las personas y protege la dignidad para su realización;
- 2- Se amplía el catálogo de delitos, incluyendo aquellos que por su realización implican la deshumanización de la víctima;
- 3- El derecho penal debe proteger a las personas de imposición de penas arbitrarias (Radbruch, 2013, pp. 153 – 156).

Para el derecho mexicano cada uno de ellos es un ideal de difícil realización. Por un lado, no fue a partir de la implementación de otra teoría que se expondrá *vid supra* que fue reconocida la dignidad de las personas.

Por otro lado, si analizamos el desarrollo de la conducta de las personas en México, podemos observar una pluralidad de actos en las diversas entidades federativas, que implica una amplitud de bienes a desarrollar ante la idiosincrasia que caracteriza a cada región. Esto ocasiona la detección de diversas necesidades a partir de la vida de cada uno. Por lo que no se puede obtener una deducción general.

Pudiera subsanarse mediante la implementación del principio de equidad, donde las diferencias sean subsanadas mediante implementación de beneficios en las leyes mexicanas para obtener una igualdad sustancial. Pero el iusnaturalismo demanda una igualdad generalizada, por lo que en todo caso demandaría elaboración de clases de personas, lo cual, atendiendo a la dignidad, lo imposibilita. Por lo que no es viable la deducción, considerando que esta valoración debe realizarse por conducto de un orden general.

Tanto el cuarto y el quinto implican el estudio del contenido del orden superior. Entre ello existe un debate entre el naturalismo, el cual suele dividirse en ontológico y deontológico. El primero considera que solo existe un principio en el iusnaturalismo que es la realización del bien, y todo lo moral es aquello que sea buena; el segundo pregona que existen una pluralidad de principios ante la constante naturaleza cambiante de las personas, por lo que no existe un principio único (Vázquez, 2016, p. 19). Coincidimos con la propuesta deontológica en la existencia de varios



principios. Sin embargo, hay un punto en que ambos coinciden que se expresa de la siguiente manera: existen multiplicidad de principios, pero solo existe un orden de naturaleza superior.

El debate debe tomar como objeto la existencia de un orden superior y su contenido. Para su realización, debemos comprender el origen del sistema mexicano y su evolución, el cual está impregnado de ello. Desde sus albores, se distingue la pugna entre liberales y conservadores, incluso cuando cada uno arribó al poder, estableció el sistema a partir de su moral. Esto no es extraño en la época revolucionaria, donde la pugna se enfocó entre los revolucionarios y los porfiristas. Cuando los primeros se convirtieron en constitucionalistas, de nueva cuenta las leyes mexicanas se elaboraron a partir de sus convicciones. En la época posrevolucionaria existió un enfrentamiento constante entre la oposición y el gobierno en busca de la instauración de un sistema acorde a sus principios. Por último, existe una pluralidad que exige el reconocimiento de sus pretensiones por considerarlas correctas.

De ello vemos que es constante la concurrencia de diversos contenidos del mismo orden, lo cual incita a preguntarnos sobre la autenticidad de cada uno. La existencia de esta pregunta demerita el contenido de los principios, por lo que la moral cambiante puede resumirse simplemente en el conflicto de intereses, perdiendo la capacidad de valorar nuestras leyes.

Analizado lo anterior, el principal problema que enfrenta esta teorización es impregnación de la falacia *de argumento por ignorancia*, puesto que los principios que se consideran superiores e impregnados en las leyes mexicanas ante la consecución de la mora, son verdaderos puesto que no se ha probado la falsedad de los mismo (Copi & Cohen, 2014, p. 171).

Al aceptar dicha vinculación mediante la representación la teoría de los dos órdenes, cuando se prosiga la finalidad de uno de los principios por uno de los participantes, se deduce que es correcto, porque ante la deducción realizada de los actos se hace menester su reconocimiento para la prosecución de un bien. Sin embargo, al otorgársele certeza por su relación, la razón desaparece por la eliminación de su debate y falsación. Ello implica que no otorgue una descripción adecuada del derecho mexicano.



Crítica al Positivism Jurídico

El positivismo jurídico imperó en el sistema jurídico mexicano por un prolongado periodo de tiempo, ocasionando que el estudio del derecho se limitará a la norma *per se*, por lo que desarrolló los postulados que sirvieron para comprender su creación y los elementos de su estructura enunciativa –estática jurídica–, como su clasificación en los ordenamientos que constituyen el sistema jurídico –dinámica jurídica–.

Debido a la dificultad que significa el estudio normativo, el positivismo tuvo múltiples desarrollos, ocasionando una amplitud en la comprensión del derecho y con ello, diversas formas de ser aplicado ante los diversos aspectos que emergieron. Estos consisten en los siguientes: 1) un método de estudio del derecho; 2) una teoría del derecho y 3) una ideología del derecho (Bobbio, 2015, p. 103). Sin embargo, al fragmentarlo en tres comenzaron los problemas del mismo.

El positivismo como método de estudio del derecho consiste en asumir una posición ausente de cualquier elemento metateórico con el cual se realicen juicio de valor o ético sobre el contenido del derecho, considerando que su origen normativo surge de fenómenos verificables mediante la corroboración de la sensación perceptible y medible (Bobbio, 2015, p. 105).

Este aspecto del positivismo es conocido como ciencia jurídica o ciencia del derecho, cuya principal característica consiste en la delimitación del objeto de estudio, eliminando todos los elementos diferenciados que influían en el derecho, para imponer como categoría de estudio a la norma.

Para el derecho mexicano, esta postura impregno la necesidad de discernir ente el ser y el deber ser del derecho, delimitándolo solamente al derecho que es, el derecho positivo, que es el resultado de la producción jurídica con los mecanismos señalados en el propio sistema para ello. Esto impulso lo que se denominó como pureza del derecho, en un esfuerzo de excluir toda percepción externa, de la siguiente manera:

La ciencia del derecho intenta concebir “jurídicamente su objeto, es decir, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede decir otra



cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma del derecho (Kelsen, 2013, p. 83).

El anterior postulado sustenta dicho conflicto, el cual implicó que se considerara al derecho mexicano como un sistema cerrado, entendiéndose como aquel cuya producción es determinado por su propio contenido y mediante sus propias reglas de producción. Esto fue incentivo para reforzar las posturas lógicas del derecho, de las cuales se desprende que su producción es el resultado lógico de lo determinado, siendo representado bajo la ley de transitividad.

Ante ello, solamente puede ser regulado lo predispuesto en el mismo ordenamiento, pudiendo solamente considerarse con carácter jurídico a cualquier fenómeno relevante para el derecho por tener una singularidad que se relacionara a una clase jurídica existente.

Aquí es donde algunos aspectos inherentes al derecho conflictúan bajo el aspecto metodológico, puesto que no pueden ser perceptibles con los sentidos. Estos atienden en algunas ocasiones a la producción de facultades fundamentales cuya producción es anterior a cualquier hecho, el cual solamente constata la existencia de aquel por transgredirlo.

El segundo problema consiste en la postura que asumen las normas en el sistema jurídico mexicano. Como método de estudio del derecho, la norma es su objeto porque con esta se establece un mandato de manera clara, para atribuir una sanción específica a una conducta determinada percibida en la sociedad.

Conforme a este aspecto, las normas solamente prescriben una sanción para una determinada conducta manifestada en el exterior—cuando por sus cualidades fue reconocida como objeto de estudio del derecho—, y de la misma manera, cada norma solo sanciona el hecho considerado en ella, sin que exista otra norma para significarla (Kelsen, 2013, p. 214). Este principio es conocido como unidad lógica del orden normativo.

En nuestro derecho esto adquirió una fuerte influencia en el desarrollo de las fuentes del derecho y la individualización de cada norma. En nuestro sistema jurídico impero mediante la vindicación de la legislación como fuente formal del derecho mexicano (García, 2011, p. 52). Esta



era la fuente de la regulación primordial de la conducta de las personas, limitando el resto de las fuentes del derecho como una fuente de interpretación de la misma. La construcción escalonada se rige por el proceso establecido por la constitución, considerando en la época del positivismo como indebida a aquella que no fuera acorde a dicha construcción escalonada.

A la vez, de su producto solamente se aplicaba la norma que respondiera a ella mediante su aplicación mediante el razonamiento lógico del mismo. Este proceso consiste en identificar la norma que regula la conducta conflictuada con el derecho, para realizar la subsunción con la elaboración de los silogismos hipotéticos *modus ponendo ponens* y *modus tollendo tonens*, debido a la naturaleza del derecho mexicano, solamente se estipulaba la sanción en un enunciado coercitivo.

Sin embargo, una de las dificultades que enfrente en conjunto con los sistemas jurídicos en general, fue determinar de manera concluyente el significado la norma jurídica frente a los hechos. Siguiendo la anterior afirmación, resulta que existe una sola respuesta para cada caso, por lo que es incorrecto que la conducta actualice dos hipótesis normativas del mismo ordenamiento. Ante la dificultad para la atribución de significados a los hechos, el positivismo realizó una crítica a su postura cerrada, ante la dificultad de describir el supuesto normativo en el ejercicio de aplicación.

Esta crítica fue realizada por Hart (2012), quien preciso esto a partir de la generalidad que identifica a las normas de un sistema jurídico:

Todas reglas jurídicas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales (p. 153).

Dicha precisión conocida como textura abierta de la norma (Hart, 2012, 123) es el resultado de la reducción del derecho a lo medible mediante la reproducción de sus contenidos, caracterizándolo



como un sistema cerrado que solo permite la continuidad de lo que ha calificado como jurídico o de aquello que puede ser reconocido como tal, mediante normas que amplían las clases.

Con ello, su eficacia queda limitada a las contradicciones internas que originan la dificultad de precisar los alcances de su contenido. Ello se complica si, considerando nuevamente que el derecho es un sistema cerrado, la aclaración de sus propios contenidos se obtiene de la interpretación conjunta de las normas o sistemática. No obstante, esto no disminuyó las posibilidades que emergían en la concretización de la norma, debido a la contingencia en potencia de su contenido.

Esta contingencia se debe a que el derecho, a pesar de ser una reducción de lo perceptible, era manifestado mediante lenguaje, por lo que implicaba en el intérprete cometer los errores que se intentó eliminar con este aspecto, que es la remisión a las metateorías que combatía este aspecto. En el derecho mexicano es perceptible a través de las épocas jurisprudenciales, las cuales se han caracterizado por implementar un método que recurre a la utilización de ideas externas para darle vida a su contenido.

Por lo que el aspecto metodológico del positivismo jurídico no cumplió con sus objetivos, además de causar un conflicto constante entre el origen de lo que era cualificado como derecho, como en su aplicación, creando más problemas en su interior, como lo es la zona de penumbra (Hart, 2013, p. 167), lo cual dificultó el estudio del mismo.

Por otro lado, el positivismo entendido como una teoría jurídica, se avoca a la comprensión de la función del Estado y de instituciones con las que, mediante el uso de la coercibilidad, exigirá el cumplimiento del sistema jurídico que lo fundamenta, monopolizando el poder para la producción, aplicación y sanción de la norma bajo las condiciones y los procesos establecidos *a priori* (Bobbio, 2015, p. 106).

Este aspecto referido al Estado de derecho mexicano, implica que realiza su propia interpretación. Ello porque el anterior es un concepto variante, el cual modifica su definición con fundamento en las características temporales en las que se realizan interacciones al interior del derecho, para responder a los nuevos paradigmas que imperan en su formación (Zagrebelsky, 2011,



p. 21). En ese sentido, este fue quien absorbió el poder para la creación de la ley, dando origen a la fuerza pública para hacerla exigible.

Empero, bajo la concepción positivista, nuestro Estado adquirió un poder ilimitado, puesto que no existía límite suficiente ante las facultades de su poder, por lo que, al cumplir con los principios establecidos bajo el aspecto metodológico, la producción normativa era válida por ser el resultado de la percepción, establecida por el propio sistema.

Dicho poder se estableció debido a la dinámica jurídica, señalando Kelsen (2013) que la norma es válida “cuando se produce por la forma establecida y por el órgano establecido, siendo el único requisito observar lo establecido en la norma donde se autoriza la producción normativa” (p. 205). Al delegarse esta potestad a los órganos, surgió la voluntad del Estado expresada por sus mandatos.

Con ello, él se erigió como estado fuerte bajo el auspicio del propio sistema jurídico, mediante la ordenación competencial sobre la producción del derecho. Es bajo este aspecto que se refuerza la separación de poderes, donde cada uno tenía una función predeterminada en el proceso de aplicación normativa, el cual era exclusivo, estando los demás impedidos para ejercer una facultad de verificación de dichos actos.

La consecuencia de esta separación conlleva a que su voluntad los erigiera como estado total, mediante el reforzamiento de la soberanía con la producción de normas encargadas de su permanencia, ante la necesidad de excluir a las fuerzas internas y externas que se impusieran al propio sistema jurídico del que emanaba el estado.

Esto es señalado por Zagrebelsky (2011), de la siguiente manera:

Para los regímenes totalitarios se trataba de cualificarse no como una fractura del sino como la culminación en la legalidad de las premisas del Estado Decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitarios eran la restauración –tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización– del Estado de derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho



en las relaciones sociales, frente tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social (p. 22).

En esta categoría, el aspecto metodológico y teórico del positivismo jurídico permite su propia ruptura con el desarrollo de sus propios postulados de manera excesiva. Una muestra de ello es la consideración que al reforzar la capacidad de imponer la observancia de la norma sobre cualquier situación nuestro tipo de estado llegó al pináculo de la fuerza de nuestro sistema jurídico.

Además, esto permitió auspiciar la voluntad de los representantes bajo el contenido normativo, lo cual pone en riesgo tanto el propio estado como al sistema jurídico, creando la posibilidad de que el más fuerte gobierne ante la protección de la legalidad, suprimiendo la finalidad de aquel ante la permanencia de la volatilidad sobre la razón. Aunado a lo anterior, se dificulta distinguir entre la voluntad estatal con la voluntad del representante, ocasionando la confusión entre ambos y otorgando validez a cualquier norma que emanara del proceso establecido por el órgano estatal competente para ello.

Por ello el aspecto teórico del derecho centrado a los órganos encargados de la producción y aplicación de la norma representa un problema para nuestro derecho, debido a que, por motivo de las condiciones que caracterizan su contingencia, puede desarrollarse aquella que lo ponga en peligro, originando una crisis o incluso la pérdida de la legalidad.

Finalmente, el positivismo afirmado como ideología prescribe que el derecho tiene como intención cualificar el resultado de la producción normativa, señalándolo como válido cuando este se desarrollara dentro de los procesos establecidos por la autoridad señalada para realizarlo, sin atribuir valoración alguna relacionada con una metateoría. (Bobbio, 2015, p. 109).

Este aspecto comprende la dotación de características, las cuales, al ceñirse al aspecto metodológico del positivismo, se encargan de crear valores positivos para impedir la valoración externa al propio sistema de producción, otorgándole autonomía a nuestro derecho como ciencia, así como a su objeto de estudio. Con la intención de diferenciar los juicios valorativos, estos han sido nombrados como juicios facticos de la norma.



Esta valoración, como señala Prieto (2011) consiste en lo siguiente:

Básicamente, la norma es concebida como un mandato, el sistema, como pleno y coherente, las fuentes, bajo una absoluta hegemonía de la ley, y la interpretación, dominada por sucesivamente por el mecanicismo o deductivismo, y por la discrecionalidad (p. 324).

Cada uno de ellos se relacionó en el último aspecto del derecho, que es su aplicación ante el caso sometido a su regulación. Después de ser creada la norma, este aspecto visibilizó sus últimos conflictos.

El primer valor consiste en considerar que el derecho es un mandato, una norma que prescribe un patrón a realizar, al establecer que determinadas conductas están permitidas, prohibidas, o deber realizarse de manera obligatoria. Empero, no todas las normas contienen imperativos sobre cada hecho, sino que múltiples normas establecen definiciones de las instituciones jurídicas reguladas en el derecho o establecer procesos para el desarrollo de determinados actos, así como precisar los criterios para su aplicación y vigencia. Por lo que definir a toda norma como un mandato, significa excluir contenido del propio derecho, lo cual es un craso error puesto que necesita de todo el conjunto para poder desarrollarse adecuadamente.

El siguiente valor es la hegemonía de la ley, consistente en su imperio ante el poder que dimana de ella. Para atribuir dicho juicio *facto* fue indispensable otorgarle plena validez, por lo que la norma es considerada justa ante su sola vigencia, y este adquiere plena existencia al ser elaborada por el órgano *ex profeso* (García, 2013, pp. 12-13). Esto puede ser entendido bajo el axioma de la ley por la ley: es válida por el simple hecho de estar en un ordenamiento jurídico vigente en el sistema, y su cumplimiento no admite mayores excepciones que las previstas por el mismo ordenamiento. Por otro lado, esto implica que muchas normas sean aplicadas incluso si transgreden otras superiores cuando no existe un límite en su producción más que la autoridad que lo desarrolla. Esto implica otorgar validez a lo que puede considerarse ilegal, otorgando el deber de cumplirla por su positividad.



Otro valor consiste en el deductivismo, que significa la inferencia de la norma del mismo sistema, como consecuencia del aspecto metodológico. Ello implica que cualquier deliberación jurídica, sea para la producción de la norma o para su aplicación, dimana de él, y cualquier otra fuente es reducida a un nivel inferior al del conjunto de normas o ley.

Por último, la discrecionalidad como la capacidad para tomar decisiones en ejercicio de la ambigüedad del enunciado imperativo, cuando esta no sea contraria al contenido entendido sistemáticamente. Se relaciona con el segundo aspecto, permitiendo que la voluntad del partícipe intervenga en la decisión, siempre que no conlleve a los excesos descritos *vid infra*. A pesar de existir este juicio fáctico, debemos señalar que lo racional para un partícipe puede no serlo para otro, provocando que la arbitrariedad pueda impregnar el desarrollo del derecho.

En nuestro país cada uno de los valores se concretizó en el deber que recayó en cada autoridad de fundar y motivar por cada determinación por escrito, teniendo que aplicar la norma contenida en la norma que determina su competencia (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2021c, art. 16). En el derecho positivo mexicano cualquier deliberación dependía de la fundamentación y motivación que se realizara de los hechos sometidos a escrutinio jurídico, delimitando la obligación de precisar la norma y los hechos, dejando en libertad a la autoridad para realizar el análisis respectivo.

Esto se refleja en la amplia producción interpretativa de ello, resaltando diversas consecuencias ante ausencia de la fundamentación o motivación. Estas comprendían desde la imposición de este deber hasta las consecuencias cuando no se realizaba de manera suficiente, que implicaba su elaboración de manera indebida implicaba dejar insubsistente el acto y emitir uno donde la realicen de manera debida, o cuando hay falta de ella, se declara nulo (SCJN, 1988, p. 146; SCJN, 2008, p. 1964).

A pesar de ello la consecuencia se establece ante las carencias de su realización, pero se omite imponer lineamientos en la forma de realizar cada uno. Ello implica un aumento en el margen de discrecionalidad, que se refuerza con la hegemonía de la ley, que deber ser implementada bajo



cualquier designio. Por lo que la legalidad caracterizó el derecho mexicano, cerrando el debate a lo válido o inválido.

Ahora bien, de todo lo anterior es importante señalar que cada aspecto del positivismo causa un problema generalizado de todo pensamiento que intente calificarse como razonable. Debido al intento de formar un sistema cerrado, todas las deliberaciones y los juicios parten de aquellas realizadas por la autoridad. Esto provoca que el juicio jurídico se vea influenciado de la falacia *de apelación inapropiada de autoridad*, por hacer una apelación al razonamiento de la autoridad sin considerar su legitimación en el razonamiento realizado (Copi & Cohen, 2014, p. 173).

Esto acaece cuando en los procesos normativos fundamentamos el razonamiento en la deliberación emitida por una autoridad, pero esta no es considerada a partir de la materia, competencia o el proceso del que emanó, sino que se le otorga validez completa por provenir de una autoridad. Esto ocasiona que la razón disminuya, aceptando como válido lo discernido cuando puede contravenir el propio proceso de producción, significando una invalidez, sea sustancia, formal o ambas. Por ello el positivismo jurídico deja de ser un sistema jurídico apto para la explicación y función de nuestro derecho, ante la imposición de la coercitividad normativa en un proceso cerrado, donde todo es válido por dimanar de la norma y del órgano que ha realizado un acto enmarcado a ella.

Contraste del Neoconstitucionalismo

Una de las consecuencias del imperio de la ley que el positivismo provocó en el sistema jurídico mexicano, fue el cambio de paradigma como resultado de los excesos en que el Estado mexicano incurrió como ente encargado de elaborar las normas, justificando en todo momento la voluntad de los representantes como fundamento válido del derecho al justificar que la conducta que se normaría, era válida al deducirse del sistema existente. Con ello, se iniciaron una serie de modificaciones al derecho que culminarían con la implementación del neoconstitucionalismo.

Este cambio podemos dividirlo en dos reformas sustanciales que se realizaron en la CPEUM. La primera es la reforma al sistema de justicia penal realizada el 18 de junio del 2008, siendo el



principal cambio, desde un análisis teórico, como una manera de restringir la fuerza del estado para hacer efectivo sus mandatos, los cuales carecían de un límite de dichas facultades.

El otro proceso que apertura la transición fue la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio del 2011, modificando el primer apartado de la constitución para introducir los derechos humanos al sistema jurídico mexicano. Esta reforma modificó y complementó la iniciada en el año 2008, puesto que el nuevo contenido constitucional son derechos exigibles, imponiendo una doble carga a aquel: el primero de manera dogmática, que consiste en las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2011c, art. 1°); la segunda carga es de naturaleza teórica, puesto que el contenido sustantivo introducido en la constitución se erige como un límite al contenido normativo y de actuación del estado.

Sin embargo, el primer conflicto de la incorporación del neoconstitucionalismo en México consiste en que se fundamenta mayormente con los postulados del iusnaturalismo y en menor medida del positivismo jurídico. Para advertir lo anterior, bastará analizar los postulados desarrollados en esta teoría.

Para ello, Prieto (2013) afirma que el neoconstitucionalismo como teoría del derecho tiene las siguientes características:

Básicamente, aquí se trata de preguntar si nuestros conceptos tradicionales acuñados en el marco del positivismo jurídico resultan explicativos o suficientemente explicativos a la luz de esa nueva realidad dibujada al comienzo. Tales conceptos, por lo que ahora interesa, suponen una teoría de las fuentes, una teoría de la norma y del sistema jurídico, y una teoría de la interpretación; y, aun a riesgo de simplificar, podemos resumirlo en estas cinco palabras claves: legalismo o legicentrismo, coherentismo, reglas, subsunción y discrecionalidad. Como es natural, tampoco aquí las posiciones neoconstitucionalistas se muestran por completo uniformes, pero en líneas generales su teoría del Derecho puede resumirse en otras cinco palabras clave que en cierto modo se formulan como contrapunto a las anteriores: constitucionalismo en lugar de legalismo, conflictualismo en lugar de



coherentismo, principios en vez de reglas, ponderación frente subsunción y argumentación antes que discrecionalidad (pp. 37 – 38).

La primera palabra clave de esta teoría del derecho consiste en el constitucionalismo como principal atributo, siendo de gran relevancia para esta teoría del derecho porque enuncia su principal propuesta. Como una forma de superar los excesos que se cometieron con base en el positivismo jurídico, se propone que la ley sea relegada como fuente de derecho y origen de mandatos para la regulación de la conducta. En cambio, propone a la constitución como norma encargada de disponer el origen de toda regulación de la conducta, por lo que la ley no puede contener disposiciones que la contraríen.

En ese sentido, este principio conjuga dos posturas del iusnaturalismo y positivismo jurídico, donde se determina la sujeción de la norma a un ordenamiento superior para la declaración de validez del mismo, con lo que se pretende superar el conflicto ocasionado por la teoría de los dos órdenes (Vázquez, 2016, pp. 29 - 30). A pesar de que el contenido de la ley quedo supeditado a un ordenamiento positivo con una jerarquía superior por ser del que emana tanto la norma como la autoridad organiza encargada de la producción normativa y establecer los proceso, ahora se remite el problema del contenido de los imperativos constitucionales.

El contenido normativo de la constitución puede derivar de la materialización de principios metateóricos o de la voluntad del Estado, implicando que concurra la fuente moral de las leyes con la fuente perceptible de la conducta a normar. Incluso, ante la concurrencia de ambos, se permite la cualificación de la justiciabilidad de la norma, otorgando un valor moral a su contenido. Ejemplo de ello es el reconocimiento de la dignidad, defendida arduamente por el iusnaturalismo.

Además, podemos resaltar tal incorporación ante la apreciación que realiza Prieto (2013)

Adviértase que con ello se incorporan a la constitución contenidos que preceden directamente de la moralidad. El viejo anhelo de positividad del Derecho natural se vería así realizado y su tradicional función de servir como contrapunto crítico al derecho positivo se convertiría en condición de la validez jurídica de las leyes. La conclusión es que merced a las



constituciones, la moral –es decir, los venerables derechos naturales– ha hecho acto de presencia en el Derecho, más concretamente en la cúspide del derecho (p. 26).

Esto se desarrolla cuando persigue la realización de un fin *sine qua non* para la consecuencia de la persona, empero, refuerza el reconocimiento de dicho contenido a la voluntad de los representantes, quienes, partiendo de sus convicciones y fundándolo con el contenido de la constitución, pueden permear el sistema con sus ideales o sus experiencias, ocasionando una mutación al imperio de la ley, donde la constitución, mediante las adiciones que realicen los representantes, mute el significado de su contenido sustantivo.

Para prevenir que ello suceda, esta teoría del derecho postula un nuevo cambio en la significación del estado: el estado constitucional de derecho; para su realización de lo siguiente: implementar una constitución rígida, debiendo constar por escrito y estar exenta del poder de reforma ordinario, estableciéndose un proceso diferenciado y agravado para alterar su contenido (Guastini, 2013, p. 149).

Empero, esto no escapa al poder político dentro de los sistemas democráticos. La experiencia mexicana nos muestra que la mayoría relativa puede reformar la constitución con facilidad, al haberse reformado en 751 ocasiones diversas disposiciones constitucionales con la intención de adecuar el contenido a la voluntad de los representantes (Cámara de Diputados, 2021, s/p). Por lo que la disposición de un proceso agravado para su modificación no es suficiente cuando no existe un límite para la mayoría relativa en el proceso deliberativo. Por lo que el iusnaturalismo permite que uno de los problemas sucintos en el positivismo se traspasa al ámbito de la constitución.

El siguiente aspecto del neoconstitucionalismo es el reconocimiento de la contradicción del contenido normativo, en específico en aquellas de rango constitucional, señalado en la segunda de sus palabras claves. La contradicción surge ante la dificultad de responder un caso con una sola norma, propuesto por la unidad coherente del sistema jurídico, derivado de la construcción lógica del mismo. Ante ello, se estipulaba la imposibilidad de que una norma contradijera a otra, lo que



presuponía que la norma inferior era una deducción lógica de la superior, y la existencia de una sola respuesta contenida en una norma producida para sancionar la conducta por ella normada.

Sin embargo, uno de los postulados que rige al derecho es el principio de no contradicción ante el deductivismo, que se retoma en el debate de las antinomias o la actualización de dos normas para la sanción de una sola conducta con calificativos diferentes. Ante tal consecuencia se amplía el análisis lógico de la norma, al proponer como solución los criterios de solución de antinomias, que refuerzan, el principio lógico encargado de regular la producción y aplicación de las normas. A pesar de privilegiarse el contenido ante su validez, se refuerza la coercibilidad de la norma señalándose la necesidad de superar estos conflictos de su aplicación, imponiendo el deber de decidir sobre correcta aplicación de la misma.

A su vez, y como un nuevo efecto del rigor lógico que se funda la teoría –además de los sistemas jurídicos–, se modifica el estudio de la norma para distinguir sus clases, comprendido en la tercera palabra clave. Con ello se rompe un paradigma fuertemente arraigado en el sistema mexicano. Del estudio de la ley se transitó al estudio de la norma, la cual se amplía a esta distinción donde se distingue en esta contingencia. Para ello, debemos discernir entre el concepto de los principios y de las reglas.

Los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 2014, p. 67). Es necesario comprender que son el producto de las diversas a la teoría de la norma, ante la dificultad de precisarlas con capacidad de brindar un resultado completo a las situaciones de hecho.

Por el contrario, la regla es un “enunciado condicional que conecta una determinada consecuencia jurídica a una clase de hecho” (Guastini, 2014, p. 183). Estas son las normas tradicionales que regulan la conducta de las personas, mediante su producción reglada por la constitución y limitada al contenido sustantivo de ella, expresada en los principios

Esta distinción cambia la concepción de la norma, al considerar la prevalencia de los hechos sobre la conducta, para determinar el ámbito de aplicación de cada una. En el caso de los principios, tienen la encomienda de enunciar los derechos fundamentales, disponiéndose como consecuencia



que deben ser cumplidos en la mayor medida de las circunstancias posibles, porque el contenido que tutelan surge de la materialización de la constitución, contienen en su mayor parte bienes o valores de carácter superior que deben ser protegidos e impuestos al estado, considerados mayormente de índole moral. Como deben ser cumplidos en todo tiempo, para todas las personas, el cumplimiento se encuentra supeditado a las posibilidades reales y ante los cambios que afecten su desarrollo.

En el sistema jurídico mexicano ocasiona una múltiple significación del contenido de los principios cuando se actualizan ante un supuesto fáctico. Con ello se provoca otro problema en el sistema mexicano, al permitir que cualquier atribución de conceptos se realice con fundamento en una premisa legal, política, moral, económica, cultural o tendenciosa, siempre que las conclusiones sean definitivas, esto es, que no dejen lugar a la duda razonable sean aceptadas por el público que participa en ellas.

Ante la pluralidad de significados crece la incertidumbre del contenido de estos enunciados, por lo que cualquier persona, ante la excitativa de la autoridad que decida, les asista cuando demuestren la veracidad de sus pretensiones, ampliando la voluntad que, de quedar limitada a los representantes, incluye a los participantes.

Para intentar modular ello, la teoría del neoconstitucionalismo considera en su cuarta palabra clave la necesidad de reforzar la ponderación. Este proceso es definido como la acción de evaluar imparcialmente los elementos contrapuestos de dos principios para conseguir el equilibrio entre el peso de los valores que protegen (Prieto, 2014, p. 189). Esta técnica es propuesta cuando en un caso jurídico dos principios se actualicen brindando una respuesta, las cuales se contradicen mutuamente. Al ser enunciados normativos que emanan del mismo ordenamiento, los criterios lógicos de solución no se aplican, además de que la inaplicación de uno debe ser justificada por representar la inobservancia por parte del estado. Ello motiva a que se utilice a efecto de establecer una fundamentación sobre cual principio debe prevalecer y aplicarse en el caso jurídico, determinando las razones constitucionales por las que el otro no es aplicado.



Así mismo, es importante señalar que Alexy (2014) ilustra que la ponderación se rige bajo la siguiente regla: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor importancia tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (p. 138).

En el sistema jurídico mexicano es conocido tanto como juicio de ponderación o test de proporcionalidad. Este fue determinado como una técnica de argumentación que puede ser utilizada en conjunto a otros métodos de argumentación. Así fue precisado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019a) en la jurisprudencia 2a./J. 10/2019 (10a.) (p. 838). El método diseñado por excelencia para la solución de problemas entre principios fue considerado como uno de tantos existentes por el órgano designado como corte constitucional, delimitándolo a violaciones al contenido sustantivo de la constitución, cuando su finalidad es resolver las antinomias entre ellos. Podemos observar cómo impera la discrecionalidad, cuando uno de los aspectos de esta teoría exige su superación.

Tal manifestación se expone en la quinta palabra clave sobre la debida racionalización de las actuaciones jurídicas. El objetivo que intenta desarrollar es que la sujeción al razonamiento. Cuando una autoridad emita un acto coercitivo, debe ser la conclusión de un proceso de razonamiento. Para comprender el proceso de razonamiento, Atienza (2013) propone existen:

[Los] argumentos concluyentes (la conclusión se infiere de manera necesaria o cierta) y no concluyentes (la conclusión es sólo posible o probable). Así, un argumento puede ser concluyente y substancial, como suele ocurrir no sólo en el campo de las ciencias, sino también en relación con las inferencias —con muchas de ellas— efectuadas por Sherlock Holmes; por ejemplo, cuando concluye, y no a partir de criterios analíticos, que “el ladrón tuvo que ser alguien que viva en la casa” (p. 92).

Su teleología es que cada determinación sea el resultado de un arduo proceso de aplicación normativa, lo cual, de conformidad a la construcción escalonada del derecho, es la última producción normativa y su última inferencia. Contrario a la discrecionalidad, cada deliberación permite la continuidad del contenido normativa, y en el esquema del neoconstitucionalismo, que



los contenidos de los principios se desarrollen en casos donde la ley se interpretó de conformidad a ellos, o en caso de actualizarse dos con respuestas contrarias, se asienten las razones de la aplicación de uno y la afectación del otro.

En principal conflicto de la argumentación es que mediante ella se puede reforzar la discrecionalidad de la autoridad con carácter de racional. Un ejemplo de ello lo consiste en la ejecutoria del amparo en revisión 579/2018 (SCJN, 2019b, p. 736), donde esta señala con argumentos concluyentes que el juez tiene amplia facultad para decidir cual método de interpretativo utilizar para resolver la constitucionalidad de una norma, explicando que el juicio de ponderación es uno de ellos y no es necesario utilizarlo ante el amplio bagaje existente, a pesar de que dos principios estén en colisión. Por lo tanto, la argumentación puede utilizarse para justificar el marco de discrecionalidad cuando los razonamientos convengan a todos los participantes, sin que medie el debate como lo es en el caso del amparo en revisión.

El segundo problema lo observamos en un fenómeno conocido como importación del derecho (Gargarella, 2015, p. 08). El neoconstitucionalismo deviene de los países europeos ante la urgencia de limitar el poder de la voluntad del estado manifestada en la experiencia del totalitarismo, considerado como una el perfeccionamiento del positivismo jurídico.

Como la fuerza que permeó en todos los países europeos, lo cual influenció a los sistemas jurídicos del continente americanos, del que México no fue ajeno, trasladándolo a nuestro sistema jurídico. Ante la influencia de una nueva teoría del derecho que pone su fundamento en la constitución, motivo que múltiples teorías del derecho europeo se importaran al derecho mexicano, sin advertir el peligro que se produce de ello, señalado por Cassagne (2018):

El peligro de trasplantar este nuevo constitucionalismo europeo a América no se encuentra entonces en la raíz del sistema adoptado sino en la incorporación de otras ideas al proceso de construcción e interpretación del derecho positivo constitucional (p. 05).

Al momento de implementar una teoría, no solamente devienen los postulados y axiomas que la conforman, sino que en dicho proceso se permean de manera inconsciente las fundamentaciones



epistemológicas que han desarrollado dichas reducciones, mismas que inevitablemente son el resultado de la cultura y experiencias de los lugares de donde surgen. Si la percepción teórica del derecho comprende el estudio de los hechos por conducto de la norma, resulta evidente que en ese estudio se sistematizan los fenómenos junto con el bagaje cultural y moral de la región.

Al introducir una teoría se tergiversa el sistema jurídico impactó al propio estado de derecho, elaborándose un complejo institucional diverso a la idiosincrasia del país. Con ello las instituciones existentes se conflictúan al converger en el mismo aspecto las finalidades natas de ellas, a las ideales o aquellas a las que aspiran en la nueva teoría, ocasionando una disminución en su eficacia.

Asimismo, es importante comprender que el neoconstitucionalismo es una teoría que, para el continente americano, en específico México, se encuentra superada. El origen del sistema jurídico mexicano siempre pugó por la supremacía constitucional ante las influencias del constitucionalismo americano. Este fenómeno se explica de la siguiente manera:

Encasillados con el nuevo esquema que han propuesto algunos teóricos europeos llamado 'neoconstitucionalismo', son pocos los que se han subrayado que la mayoría de los países de América (fieles a este punto de a la tradición y al sistema de la Constitución norteamericana) estuvieron regidos, desde sus orígenes, por principios de un sistema que, aunque con los vicios y defectos de los nuevos Estados, obedecía a la lógica de una arquitectura constitucional superior que, recién muchos años después, adoptaron las constituciones europeas de la posguerra (Cassagne, 2018, p. 03).

La importación del neoconstitucionalismo, sin la crítica suficiente para realizarlo, crea la posibilidad de la regresión en cuanto a la construcción teórica del derecho mexicano. Ello se debe a que, con anterioridad a la creación del Tribunal Constitucional de Austria en 1920, en nuestro sistema jurídico existía el juicio de amparo, dispuesto en la Constitución Federal de 1857, creando así un medio de control constitucional, que se reforzó a lo largo del tiempo hasta su estipulación en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.



Ello no implica disminuir las aportaciones realizadas al derecho mexicano, pero es importante la crítica considerando que México es un país constitucionalista desde el establecimiento de su sistema jurídico y que, ante las pugnas ocasionadas a lo largo de la historia, todas culminaban con el deber de observar el contenido de nuestra constitución.

El último problema es la concretización del neoconstitucionalismo. Esto se señalado por Carbonell (2009), quien precisa la existencia de múltiples neoconstitucionalismos ante la diversidad de diseños teóricos para su fundamentación (pp. 09-11). Con ello, podemos afirmar que existen múltiples teorías sobre ella, teniendo diversas inteligencias.

La finalidad de la teoría jurídica es la reducción del pensamiento en la integración una explicación que permita una comprensión sencilla del objeto de estudio. Empero, al existir diversidad de teorías, se dificulta la comprensión y con ello su aplicación.

La multiplicidad implica que todas las explicaciones desarrolladas tienen un nivel de validez para la comprensión del derecho, por lo que el nivel de falsación se reduce, por lo que cada explicación desarrollada puede ser utilizada para la defensa de una determinada aseveración, reduciendo la capacidad de debate y con ello la deliberación que se espera. Entonces, ante la producción de diversos resultados, el órgano encargado de deliberar tiene la decisión final, pero implicaría que se refuerce la falacia *de apelación inapropiada de autoridad*, aceptando como verdadero todo lo decidido con ella, bajo el riesgo que de sus argumentos no sean concluyentes, como sucedió en el positivismo.

Estos problemas potencian que todo juicio jurídico pueda afectarse de dos falacias: la primera es la de *pista falsa*, porque la convergencia de diversas fuentes y la existencia de múltiples teorías desvía la atención de los participantes, y la falacia de *hombre de paja*, puesto las características del neoconstitucionalismo permiten que cualquier postura pueda ser falseada con la utilización de otra, principalmente por la existencia de varias teorías con la misma validez que permiten calificar cualquier argumento de correcto y desacreditar el adverso sin el análisis apropiado (Copi & Cohen, 2014, pp. 155-158).



Contrario a las pretensiones del neoconstitucionalismo, existen mayores ambivalencias para la comprensión del significado del derecho en su debate o en su aplicación, debido a que su amplitud permite una constante modificación a su objeto de estudio, y con ello, que cada participante, desde el fundamento epistemológico que utilice, este tanto en lo correcto como en el error. A la vez, ello impide una conclusión certera sobre el derecho, creando un debate abierto y permanente sobre sus contenidos, los cuales cambian por la exposición de un mejor argumento, haciendo que las razones sean flexibles, cuando lo que se requiere, amén de continuar con la producción mediante razones fuertes, imponiendo el deber de superar cada razón anterior con una nueva razón que atienda a los aspectos teóricos como empíricos en los que se ve inmerso el derecho.

Además, al primar una supremacía constitucional, se puede utilizar como argumento principal cualquier interpretación que se realice de ella para invalidar otras razones, reforzando alguna en específico. Por ello, el neoconstitucionalismo se nos es presentado para reforzar algunos problemas del iusnaturalismo y del positivismo jurídico con el auspicio de los límites al poder y la implementación de la razón.

Propuesta para una nueva teoría del Derecho

Las teorías analizadas que influyen el derecho mexicano explican parcialmente los paradigmas que intervienen en una elaboración y aplicación, provocando que muchos hechos se impongan a él ante la dificultad de comprenderlos en su integridad desde la perspectiva jurídica. Por ello, es menester considerar la formulación de una nueva teoría del derecho, tomando en consideración el complejo sistema jurídico mexicano mediante los siguientes postulados.

El primer postulado implica que el objeto de estudio de derecho son las manifestaciones de las personas, en lugar de la conducta. Para ello es menester comprender que la conducta es la actuación voluntaria de una persona, por el cual, sea de manera activa o negativa, persigue la realización de un fin. Sin embargo, para que la conducta sea considerada en por las personas y consecutivamente, por el derecho debido a su impacto para el Estado.



Remitir el estudio a la norma a aquellas que contengan una regulación, cuando existe una variedad de enunciados normativos en el sistema jurídico mexicano. La taxonomía que existe es el siguiente:

- 1- Las reglas definitorias cuyo contenido explicita una actividad o una institución. Estas normas solemos encontrarlas en lo ordenamientos jurídicos señalados de naturaleza privada. Verbigracia: el Código Civil Federal (2021b) desarrolla el contenido de la compraventa señalando que es aquella donde una persona transfiere la propiedad de una cosa o un derecho a cambio del pago de un precio cierto (Nino, 2017, p. 67; CCF, 2021, art. 2248). Siendo esta la reducción de una manifestación generalizada para establecer sus inmanencias y con ello, significar toda manifestación que se realice de ella, en atención a que, si se vende un bien, consiste en una percepción sensible, mientras que de vender un a derecho, se realiza una percepción pura;
- 2- Las reglas técnicas que precisan los medios para alcanzar un fin. Estas normas son de naturaleza concionante, en las cuales se señala una serie de requisitos para acceder a un derecho. Verbigracia: el ramo de vejez establecido en la Ley del Seguro social (2021a) como condición para gozar de los derechos previstos en la ley, se requiere contar con sesenta y cinco años de edad y mil cotizaciones (Nino, 2017, p. 68; Ley del Seguro Social, 2021a, art. 162). En este caso no estamos ante un supuesto prescripción de la conducta, sino las condicionantes para que el cumulo de manifestaciones permitan la adquisición de un derecho, que conlleva la realización de diversos hechos;
- 3- Las normas prescriptivas que regulan, bajo esta propuesta, las manifestaciones que impactan al derecho. Son aquellas que regulan directamente la manifestación, imponiendo un deber hacia la persona que puede consistir en un permiso, una obligación o una prohibición. El derecho penal mexicano es una clara muestra de lo anterior, ejemplificándolo con el delito de fraude, el cual se define una manifestación –de naturaleza fáctica, que consiste en el engaño o se sirve del error para obtener un



beneficio—, calificándolo como una conducta prohibida, sancionada con una pena que va desde los tres días y puede llegar a los doce años de privación de la libertad, dependiendo la calificación que se le dé (Nino, 2017, pp. 70 – 71; Código Penal Federal, 2021, art. 386).

Por lo que la aseveración de que el derecho regulado solamente conductas, implica el desconocimiento de la clase de normas existentes en nuestro ordenamiento. Por ello se hace la propuesta de considerarlas como manifestaciones. Debemos entenderla como cualquier percepción sensible realizado por el hombre en el mundo, cuyo impacto trascienda a la sociedad.

Con esta categoría se propone la ampliación bajo dos conceptos: el fenómeno y el noúmeno. El primero es toda exteriorización de un hecho perceptible a los sentidos, desarrollándose en un tiempo y espacio, cuyos efectos impactan nuestro entendimiento (Kant, 2013, p. 65-66). Ello permite reconocer todo lo que acaece, sometiéndolo a un proceso riguroso una vez manifestado para su conceptualización. Además, con ello cualquier acto que se realice, no queda limitado a la individualidad del sujeto, puesto que demanda la comprensión de su consecución, implicando que, al manifestarse en distintos puntos del espacio, se deben considerar como uno solo, requiriendo la valoración jurídica para su inclusión. En ella se incorporan todas las reglas jurídicas.

El otro consiste en la percepción de lo inteligible, mediante la percepción razonada de un objeto ideal que implica la representación de un concepto que implica la representación del mundo (Kant, 2013, pp. 268-269). Bajo esta clase se incorporan los principios, cuya encomienda es la protección de los derechos fundamentales. Estos bienes no son perceptibles por los sentidos de las personas, pero si por conducto del razonamiento. La libertad, la igualdad, la equidad, la seguridad y la vida son bienes no tangibles, pero si inteligibles necesarios para el desarrollo de cualquier persona. Si consideramos que son una conducta, limitaríamos el estudio del derecho a la significación de actos que nos conduzcan a la regulación por partes de cada uno, limitando nuestro objeto de estudio.



Además, nuestro sistema jurídico demanda dicho estudio al imponer el deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales (CPEUM, 2021, art. 1°), lo cual no puede realizarse si el ejercicio se limita a la percepción fenomenológica. Por lo tanto, es el propio sistema jurídico mexicano el que demanda el estudio de las manifestaciones y no de la conducta.

El segundo postulado de ellos consiste en el reconocimiento de la contingencia del derecho mexicano. Esta es la manifestación de la posibilidad y de la voluntad: la selección de una acepción emanada del derecho de un complejo, por lo que derecho llega a ser a pesar de que pueda ser de otra forma (Luhmann, 2005, p. 64). El derecho como se nos es dado es el resultado de la posibilidad existente dentro de las percepciones realizadas. La determinación implica la deliberación abierta y permanente sobre la modificación del derecho, ante nuevas manifestaciones que trascienden al derecho. Con la aceptación de la contingencia, el sistema jurídico mexicano reconoce su apertura ante la constante mutación de su objeto de estudio.

Una muestra de ello es la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) (SCJN, 2014, p. 202). Originada ante el debate de la recepción del derecho internacional de derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, la SCJN conoció de una contradicción de tesis donde existía conflicto entre la aplicación o no del contenido de las fuentes internacionales. La resolución represente un cambio de paradigma en el país, donde se decidió que deben aplicarse, pero en los casos donde exista una restricción por la constitución, debe observarse.

En este caso vemos que el proceso resultó de una contingencia, donde ya existían diversas posibilidades en las que se podía resolver, lo cual incluía que se optaran aspectos sumamente amplios sobre dicha determinación, pero se optó por la contenida en la jurisprudencia indicada. Mas ello no implica que dicha contingencia terminé, sino que se refuerza, por lo que el derecho mexicano debe implementarlo en una nueva teoría que permita su mejor entendimiento y explicación.

El tercer aspecto que debe considerar es el estudio del sistema jurídico sobre la ley. Su acepción es doble: implica el estudio de las normas integradas en un sistema que diferencia los órdenes que los integran mediante una relación e interacción entre cada uno, y por el otro significa



el complejo de enunciados imperativos dinámicos que responden a las manifestaciones para la atribución de una clase jurídica (Prieto, 2011, p. 111; Luhmann, 2005, p. 146).

La mejor comprensión del derecho implica considerarlos como un todo; el sistema jurídico representa una universalidad intercomunicada, en el que no solamente los enunciados jurídicos importan, sino que en su conjunto se encargan de regular una manifestación en su amplitud. El monopolio ejercido por una materia para la regulación de una manifestación se elimina, puesto que diversas materias pueden considerarla para regularla, sin que ello implique una antinomia.

Verbigracia: la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (2018b), establece que los títulos de crédito son aquellos que permitan a una persona ejercer el derecho contenido en él, consistente en el pago de una cantidad líquida (LGTOC, 2018, art. 5°). El contenido que le atribuye es la capacidad de ejercer un derecho de pago cuando no sea cubierta la cantidad adeudada. A la par, el CPF (2021) señala en el artículo 387 fracción III que se equiparará a fraude cuando quien lo suscriba sepa que no tenga solvencia para cubrir el importe señalado. La misma manifestación es considerada por dos ordenamientos del sistema jurídico mexicano, lo que no implica que se regule de manera contradictoria, sino que ambas regulaciones son el resultado de la contingencia que implica un título de crédito, por lo que debe considerar el sistema en su unidad, superando la concepción del conjunto de leyes.

Además, esto refuerza el desarrollo del propio sistema normativo, al poder relacionar las manifestaciones inteligibles con el contenido del mismo. No es de extrañar que el contenido de dichos principios deba ser desarrollado por otros ordenamientos para su mejor regulación. Ferrajoli (2010) lo menciona con el nombre de garantías: toda técnica que tiene como objeto la regulación de un derecho subjetivo para su desarrollo en el sistema jurídico (p. 60). Basta mencionar la amplitud de leyes generales que tutelan derechos fundamentales consagrados en la CPEUM. Pero esto es la consecuencia de considerar el sistema jurídico como un todo.

El tercer postulado implica el estudio de la norma. Aunado a los estudios existentes, es menester reforzar el estudio de esta a partir de los elementos existentes que la conforman, mediante su estudio como enunciados normativos. Estos elementos son:



- 1- Operados deóntico: significativo con el cual se cualifica la manifestación normada. Esto se realiza por medio de los verbos modales obligar, prohibir, permitir o habilitar;
- 2- Sujeto normativo: el ente al que se exige el desarrollo de la manifestación regulada;
- 3- Supuesto normativo: la enunciación de la manifestación que por su impacto trasciende al derecho:
- 4- Condiciones de aplicación: circunstancias en las que se exige el cumplimiento de la norma (Corredor, 2013, p. 427);
- 5- Sanción: consecuencia jurídica del cumplimiento de la norma.

Implementar esto en los enunciados normativos del derecho mexicano permite distinguir entre las reglas y los principios: los primeros son razones suficientes que implican un mandato por comprender la totalidad de los elementos constitutivos de la norma, encargados de explicitar la manifestación regulada, mientras que los segundos son aquellos enunciados normativos cuya razón es *prima facie* y derrótales, por regular la manifestación con la ausencia de uno o más elementos que conforman la norma.

En especial, el contenido de las reglas es característico de los códigos y leyes mexicanas, mientras que los principios se encuentran en la CPEUM y en los tratados de los que el Estado Mexicano es parte. Al implementar este postulado permite la aplicación de cada uno a partir de su estructura, ampliando la dinámica jurídica para una mayor eficacia de la misma.

Por último, el quinto postulado implica el sometimiento del derecho a la razón. Con se mencionó *vid infra*, en cada uno de las teorías jurídicas se ve inmersa algún tipo de voluntad con potencia de modificar el derecho. Uno de los fundamentos debe ser la razón, intentando evitar la influencia injustificada que conduzca a los extremos de cada teoría jurídica.

El derecho es considerado como razón pública y como razón práctica. De las dos concepciones, resulta apropiada aquella que considera al derecho como un medio que regula nuestra vida por medio de la razón (Fiss, 2007, p. 15; Habermas, 2010, p. 63). En ello se demuestra la



constante lucha por excluir cualquier manifestación de la voluntad que pueda afectar la forma de producir y aplicar el derecho.

Un intento de reducir dicha voluntad, identificada constantemente con la discrecionalidad, es la argumentación jurídica expuesta *vid infra*. Ese camino impera incluso el presente desarrollo teórico sustentado en nuestro sistema jurisprudencial, porque la finalidad de esta técnica es el fomento del debate entre los participantes con la intención de arribar a una conclusión una vez agotados los razonamientos existentes.

En ello se refuerza que cada decisión debe ser concluyente, sin que deje dudas sobre la consistencia de sus premisas. No obstante, la argumentación implica superar cualquier verdad que pueda desprenderse del derecho. Como se expuso, fue utilizada para fortalecer la discrecionalidad otorgándole definitividad. Ahora, la modificación consiste en la falsación de cada determinación, pudiendo someterse bajo las condiciones legales y fácticas que permitan cuestionar la aseveración.

Se desarrolló en México mediante la contradicción de tesis y la sustitución de la jurisprudencia (Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2018a, arts. 225 y 230). Sin embargo, ante la implementación del sistema de precedentes se reforzará el uso de la razón sobre la voluntad, puesto que dicha implementación demanda su completo imperio al momento de emitir una determinación. Dado que la experiencia mexicana se desarrolló con la jurisprudencia, la reducción sobre el debate de cada criterio ante la apertura de la razón, debe permear en el marco de la argumentación jurídica y fortalecer su razonabilidad.

Conclusiones

El derecho mexicano desarrolló un sistema particular ante la constante adecuación de su contenido y la recepción de diversas influencias que justificaron su paradigma. A pesar de ello, su evolución implica que todas las teorías existentes expliquen en parte cada uno de sus aspectos por su dinamismo peculiar, además de implementar instituciones que actualmente incitan postulados, los cuales fueron desarrollados ampliamente en nuestro derecho. Por ello, es necesario retomar el



debate teórico del derecho, reduciéndolo de nuestro basto sistema jurídico. Por ello, se formulan los postulados como resultado de una crítica a aquellos que en su momento lo justificaron, los cuales permitan la elaboración de una nueva teoría desde el derecho mexicano.

Referencias

- Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. (2° ed.). España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2013). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. España: Trotta.
- Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (2018a). Cámara de Diputados.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_de_Amparo_Reglamentaria-Articulos_103_y_107.pdf
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (2018b). Cámara de Diputados.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf
- Ley del Seguro Social*. (2021a). Cámara de Diputados.
<https://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf>
- Código Civil Federal*. (2021b). Cámara de Diputados. Recuperado de:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (2021c). Cámara de Diputados.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
- Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. (4° ed.). España: Trotta.
- Cassagne, J. (2018). *Los grandes principios del derecho público*. Colombia: Editorial Temis.
- Copi, I., y Cohen, C. (2014). *Introducción a la lógica*. (2° ed.). México: Limusa.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. (2° ed.). España: Trotta.



- Finnis, J. (2017). *Estudios de teoría del derecho natural*. México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. España: Marcial Pons.
- García, E. (2011). *Introducción al estudio del derecho*. (63° ed.). México: Porrúa.
- García, E. (2013). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. (9° ed.). México: Fontamara.
- Gargarella, R. (2015). *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Argentina: Katz.
- Guastini, R. (2013). *Estudios de teoría constitucional*. (4° ed.). México: Fontamara.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (6° ed.). España: Trotta.
- Hart, H. (2012). *El concepto del derecho*. (3° ed.) Argentina: Abeledo Perrot.
- Kant, I. (2013). *Crítica de la razón pura*. México: Taurus.
- Kelsen, H. (2013). *Teoría pura del derecho*. (16° ed.). México: Porrúa.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. (2° ed.). México: Herder – Universidad Iberoamericana.
- Nino, C. (2017). *Introducción al análisis del derecho*. España: Ariel.
- Prieto, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho*. (6° ed.). España: Trotta.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. España: Trotta.
- Radbruch, G. (2013). *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rescasens, L. (2013). *Tratado general de filosofía del derecho*. (21° ed.). México: Porrúa.
- Semanario Judicial de la Federación* (1988). Suprema Corte de Justicia de la Nación. (1988).
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/231062>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2008). *Semanario Judicial de la Federación*.
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170307>



- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Semanario Judicial de la Federación*.
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006224>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2019a). *Semanario Judicial de la Federación*.
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019276>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2019b). *Semanario Judicial de la Federación*.
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/28324>
- Vázquez, R. (2016). *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*. México: Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (10° ed.). España: Trotta.