

## HACIA UN POSITIVISMO CRÍTICO

Verónica HERNÁNDEZ ALCÁNTARA

El derecho constituye una realidad social; es una realidad, en virtud de que comprende la totalidad de cuanto existe. El derecho constituye un producto cultural que se encuentra estrechamente vinculado con factores de la más diversa índole, entre ellos elementos históricos, sociológicos, psicológicos, ideológicos, económicos, etcétera. Sin embargo, los factores aludidos, que finalmente conforman la realidad, no representan por sí mismos el derecho, en virtud de que el derecho es una realidad compleja a la cual le son inherentes dimensiones múltiples que entre sí guardan armonía. Tal es el caso de las dimensiones valorativa, práctica y normativa, mismas que deben interpretarse de una forma integral, con un sentido reflexivo y crítico.

Para integrar el todo que comprende la ciencia jurídica, además del estudio de factores axiológicos y antológicos revestidos de esencia jurídica, deben necesariamente converger en el ente central; esto es, el hombre como causa y efecto del fenómeno jurídico, en atención a su naturaleza social y racional.

El hombre es el centro en torno al cual giran todas las instituciones jurídicas; no es solamente "...el sujeto portador del derecho, sino también su primer fundamento y su punto de referencia último. El derecho, por tanto, no puede vivir en las obras como pueden ser las leyes, códigos o reglamentos, sino en las conductas de los hombres, en sus conciencias".<sup>1</sup>

En la actualidad se presentan día con día diversos paradigmas, dentro de los cuales se ubica el desfase entre lo que se encuentra plasmado en los códigos, leyes, reglamentos y demás ordenamientos análogos, y la contraposición con la realidad social.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Investigación jurídica*, México, Oxford, 1995, pp. 198 y 199.

<sup>2</sup> A propósito de esta temática, Thomas Kuhn afirma: "... principalmente me asombré ante el número y alcance de los desacuerdos patentes entre los científicos sociales, sobre la naturaleza de problemas y métodos científicos aceptados. Tanto la historia como mis conocimientos me hicieron dudar de que quienes practicaban las ciencias naturales

La situación descrita se explica dentro del ámbito del derecho si se atiende el problema desde su origen. Es indiscutible que a los alumnos que cursan la licenciatura en derecho se les obligue a memorizar de manera mecánica, reflexiva y acrítica la información que se contiene en los textos y ordenamientos jurídicos, sin que exista la preocupación por incentivar su capacidad imaginativa y discursiva.

Consecuentemente, los estudiantes retienen positivamente un sinnúmero de disposiciones formalmente vigentes, pero que en la realidad presente no se respetan ni aplican.<sup>3</sup>

Si se concede la justa dimensión a lo anterior, se justifica la respuesta al cuestionamiento relativo al por qué actualmente existe un enorme número de licenciados en derecho, pero sólo un pequeño sector cuenta con todos aquellos conocimientos destrezas, habilidades, visión, aptitudes, valores, perfil, etcétera, indispensables para desempeñar profesionalmente la formación que han recibido. Por esta razón, la búsqueda de auténticos juristas dentro de nuestro ámbito es limitada.

En la actualidad, los diversos estudios jurídicos afrontan una serie de rupturas a los esquemas que en el transcurso del tiempo habían prevalecido hasta cierto grado sin lugar a cuestionamientos; sin embargo, la modernidad exige replantear instituciones que son fundamentales para sustentar todo un sistema jurídico. Baste mencionar aspectos como la crisis del Estado, la transformación del antiguo concepto de soberanía, el replanteamiento de la democracia, la nueva legalidad, la globalización y regionalización jurídicas, entre otras tantas. Estas problemáticas enunciadas generan una serie de inquietudes que se traducen en la construcción de un nuevo escenario para los científicos sociales, y entre ellos un rol fundamental lo desarrollamos los licenciados en derecho.<sup>4</sup>

poseyeran respuestas más firmes o permanentes para esas preguntas que sus colegas en las ciencias sociales... al tratar de descubrir el origen de esta diferencia, llegué a reconocer el papel desempeñado en la investigación científica, por lo que, desde entonces, llamé (paradigmas). Considero a estos como realizaciones científicas universalmente reconocidas, que durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica. Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 13.

<sup>3</sup> Witker, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho", disertación expresada en el ciclo de conferencias *Metodología de la Enseñanza e Investigación Jurídica*, organizado por la Escuela de Derecho y S. C., y el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CIJP) de la UAP, Puebla, México, 22 de marzo de 1991.

<sup>4</sup> La investigación jurídica es una de las áreas menos consideradas en la formación e información de los abogados y juristas en América Latina. Esto se explica por varias cau-

Por tal motivo, este estudio postula la necesidad de superar los contenidos jurídicos tradicionales y dogmáticos que condenan a los licenciados en derecho a ser simples intérpretes de los ordenamientos legales, amén de la subordinación a las teorías académicas atrasadas, pero, sobre todo, a separar los textos jurídicos del contexto social; por lo tanto, este tema de estudio entabla una íntima relación con el derecho constitucional, con la sociología jurídica, sociología política y filosofía jurídica, principalmente, y, por ende, con todas las ramas que conforman el sistema jurídico mexicano.<sup>5</sup>

En atención a lo anteriormente expuesto, la justificación de la temática encuentra su punto de partida en la situación que caracteriza tanto a estudiantes de la licenciatura en derecho como a quienes ejercen la misma en sus diversos ámbitos de acción, en el sentido de reducir la ciencia jurídica a simples interpretaciones literales del texto legal, sin profundizar en la razón de ser, en su verdadera esencia.

Indudablemente, esta postura es apoyada por juristas destacados, posturas que coinciden en el sentido que se apunta.<sup>6</sup>

sas: docencia memorística y repetitiva, contenidos jurídicos tradicionales y dogmáticos, pasividad y subordinación de los estudiantes a rutinas académicas atrasadas, separación de los textos jurídicos del entorno social e internacional y maestros que encaminan más su trabajo a los contenidos que al aprendizaje del estudiante. El momento actual de los estudios jurídicos que encarnan rupturas epistemológicas fundamentales: crisis del Estado, extinción de la soberanía clásica, legislaciones zonales e internacionales de eficacia real, formas alternativas para la resolución de controversias, transacciones de intangibles y servicios, trato nacional al ejercicio profesional de extranjeros, etcétera. Exige y replantea un cambio radical en las facultades y escuelas de derecho de la región americana.

Un nuevo escenario despusa para el ejercicio de la abogacía, en donde la autoformación que supone la tarea de investigación pasa a jugar un papel fundamental. Llevado por esa visión de la nueva legalidad que empieza a emerger en México y en toda América...". Witker, Jorge, (comp.), *Antología de estudios sobre la investigación jurídica*, México, UNAM, 1995.

<sup>5</sup> Es verdad que el personal docente y los estudiantes deben tener un contacto permanente y más profundo con la sociología, la economía, la ciencia política y aun con la psicología y la antropología sociales, puesto que el conocimiento del derecho no se agota exclusivamente en la normatividad. Estas disciplinas deben completar los conocimientos jurídicos que se imparten en nuestras universidades, debiendo insistirse particularmente en el conocimiento de las técnicas y los métodos de las referidas ciencias sociales, a fin de que puedan aprovecharse sus enseñanzas para la comprensión del fenómeno jurídico en el contexto social, económico y político al que pertenece. Fix-Zamudio, Héctor, "En torno a los problemas de la metodología del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 1976, t. XXI, núm. 62, pp. 212-214.

<sup>6</sup> Preocupación que guarda empatía con el argumento sustentado por José Francisco Velázquez Mejía, catedrático de la Facultad de Derecho de la UAEM, en el sentido de

Por lo tanto, al vivir en sociedad, el hombre necesita reglas de comportamiento, en especial normas jurídicas que inspiradas en la justicia social organicen a la sociedad con miras a obtener el bien común.<sup>7</sup>

Las normas jurídicas cobran sentido cuando se relacionan con la conducta efectiva de los hombres, cuando se individualizan en virtud de decisiones judiciales.

Las normas jurídicas se crean con base en las necesidades sociales, circunstanciales e históricas, en fines estimados justos, de ahí que su función sea valorada por los efectos que produce en la vida real, es decir, su

que: “el estudiante de la licenciatura en derecho, desde el inicio de la carrera se familiariza más con el tratamiento del derecho desde el punto de vista teórico, dogmático o positivo e incluso filosófico, de esta suerte, a partir de los primeros semestres de la carrera, desarrolla una idea del derecho vinculada única y exclusivamente en el ámbito de la norma del derecho positivo, por ello piensa o cree que no es posible encontrar relaciones sociales jurídicas fuera de ese ámbito. Al ponerse en contacto con la sociología del derecho, al final de la carrera lleva aquella idea muy arraigada, de tal manera que le cuesta demasiado trabajo entender siquiera una definición sociológica del derecho”. Velázquez Mejía, José Francisco, *Fundamentos sociológicos del derecho*, tesis de maestría, Facultad de Derecho UAEM, 1995.

<sup>7</sup> *Justicia social*, se entiende el criterio que rige las relaciones entre los individuos y la sociedad, sea considerando el punto de vista de los derechos de la sociedad (justicia legal o general), sea considerado el punto de vista del derecho de los individuos (justicia distributiva). Esta justicia social se opone a la justicia particular, o privada que rige las relaciones de intercambio de bienes entre los particulares. Algunos autores, como Klein-happl, Gandía y Gómez Hoyos (citados por Preciado Hernández, p. 226) estiman que además de las tres especies conocidas de justicia (legal, distributiva y conmutativa) existe una nueva especie, la “justicia social”. Para ellos ésta tiene como objeto la repartición equitativa de la riqueza superflua. Los poseedores de ella son los sujetos pasivos de la relación. Los indigentes son los sujetos activos, o sea, quienes tienen el derecho de exigir el reparto. Parten de la concepción de estar la sociedad dividida en dos clases: los capitalistas, quienes tienen los medios de producción, y los proletarios, que sólo cuentan con su trabajo. La justicia social es, en este esquema, el criterio conforme al cual ha de repartirse la riqueza a fin de superar el antagonismo entre capitalistas y trabajadores. La justicia social, opinan estos autores, se distingue de la justicia distributiva y de la justicia legal, por las relaciones y por sus objetos formal y específico. La justicia distributiva y la justicia legal tienen como sujetos relacionados a los individuos y a la sociedad, mientras que la justicia “social” contempla las relaciones entre poseedores (capitalistas) e indigentes (trabajadores). La justicia distributiva tiene como objeto material el bien común distribuable y como objeto formal el derecho de los ciudadanos; la justicia legal tiene como objeto material los bienes de los particulares y como objeto formal el derecho de la sociedad; mientras que la justicia social tiene como objeto material la riqueza superflua y como objeto formal el derecho de los indigentes. Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, 8a. ed., México, Jus, 1976.

dimensión dinámica depende de la actividad que provoca; si se olvida esta realidad, se cae en concepciones erróneas de ellas, como las de quienes consideran dichas normas como si fueran verdades definitivas.<sup>8</sup>

En este orden, son dos las ideas que caracterizan el pensamiento jurídico moderno:

- a) La restricción de todo el derecho a las normas, que inicia con las teorías sustentadas por Kant, Agustín, Gerber y Kelsen.
- b) Las teorías que consideran al derecho como un hecho, y que por lo tanto guarda íntima relación con la sociología Durkheim,<sup>9</sup> Weber, Toenies.

<sup>8</sup> El vocablo griego “historia”, que significa “conocimiento a través de una indagación”, deriva de *histor*: “sabio o conocedor”. El término latino “historia” fue adoptado en casi todos los idiomas occidentales, con excepciones como la del alemán (*Geschichte*). La historia es una disciplina que se ocupa del estudio de los acontecimientos relativos al hombre a lo largo del tiempo, tomando como base el análisis crítico de testimonios concretos y verídicos. En su orientación pragmática, la historia se ha considerado siempre como portadora de valores de tipo ético, político o religioso, fundamentales para la transmisión de la ideología social. El historicismo es un subrayar exagerado y frenéticamente la dimensión histórica del hombre con la hipérbole que indica el “lismo”. Cronológicamente, el historicismo, o mejor dicho, los historicismos procedieron más de un siglo a la filosofía de la historicidad. Los historicismos, que empezaron a apuntar a fines del siglo XVIII y a desenvolverse en el primer tercio del siglo XIX, representaron una reacción violenta contra el racionalismo y el intelectualismo de la cultura moderna, especialmente contra lo que pudiéramos llamar el espíritu de la Ilustración. El historicismo jurídico y sus formas principales. En el campo del derecho y de la política, con el nombre de historicismo jurídico se designan las varias oposiciones contra las doctrinas del derecho natural comprendidas bajo el nombre de racionalismo. En la dirección del historicismo político-jurídico hay que distinguir tres corrientes: a) El historicismo romántico de la Escuela alemana de Savigny; b) el historicismo filosófico de Schelling y Hegel, y c) el historicismo del tradicionalismo político, en la forma moderna de Burke, y en la forma extrema de la Escuela francesa de la restauración y de sus similares españolas y alemana. *Savigny* fundó la historia del derecho. El derecho no puede idearse en un gabinete de especulaciones racionales, sino que es el producto del espíritu colectivo de cada pueblo. No hay otro derecho que el positivo; ni otro ideal de justicia que el de la conciencia popular histórica.

<sup>9</sup> Contribuyó vigorosamente al desarrollo de la sociología sistemática, estudia las relaciones de las especies del derecho con las formas de solidaridad (sociabilidad) y de la sociología jurídica diferencial de las sociedades globales. El problema de la relación entre formas de sociabilidad y especie de derechos se considera justamente en la división del trabajo social, como punto de partida de la investigación. “El símbolo visible de la solidaridad social (concedida como solidaridad de hecho, es decir, como forma de sociabilidad), es el derecho”. Podemos estar seguros de encontrar reflejadas en el derecho todas las variedades esenciales de la solidaridad social.

De lo anterior deriva la necesidad inminente de lograr superar la involución que implica el guardar un excesivo culto a la ley y sus principios. Es obvio que es indispensable para la construcción de todo orden jurídico la presencia de los preceptos legales, pero no debe perderse de vista que los mismos deben responder a las necesidades que el sistema social reclama, y que además sólo constituyen una parte de la gran dimensión que conforma la ciencia del derecho.

Asimismo, resulta importante mencionar que en virtud de la dinámica que se gesta en la sociedad contemporánea, la cual reclama grandes transformaciones, tanto en estructura de las instituciones como en sus funciones, es obvio que no puede ignorarse el impacto e influencia socioeconómica y sobre todo jurídica que traen aparejados los tratados y convenios internacionales, en virtud de la inserción de nuestro país en un contexto global.

Aquí surge entonces la gran problemática y el reclamo: ¿cómo lograr conjugar armónicamente los aspectos descritos a fin de que nuestro orden jurídico realmente aporte respuestas concretas a los conflictos y controversias que se generan?, ¿cómo transformar la visión de los licenciados en derecho a fin de que se invistan de la naturaleza social, que le es inherente y no anteponer la ley al fenómeno social?, ¿cómo concebir y ubicar al derecho como una auténtica ciencia social y que como tal no siempre resolverá todas las contingencias que se presenten?

De lo anterior aparece la necesidad inminente de propiciar una transformación tanto en la percepción de la realidad social como en la evaluación de los elementos que la conforman; por lo tanto, el derecho como ciencia social debe enfocar sus esfuerzos hacia la búsqueda de nuevas líneas de investigación con vasto contenido sociológico.

Bajo esta óptica, el derecho positivista y neopositivista se transforma en un mero instrumento para imponer la voluntad estatal, dejando en plan secundario su naturaleza racional reguladora de una convivencia social armónica.

Aunado a lo anterior, al analizar al positivismo jurídico que concibe al derecho como mandato directo del Estado, como un orden coactivo, desprovisto de contenido social reforzaré mi tesis en contra de la aseveración vertida al inicio.

El análisis y descripción de la evolución histórica de las corrientes positivistas y neopositivistas, considero pueden contribuir al esclarecimiento de las condiciones teóricas que permitieron su conformación, desarro-

llo y consecuente inclusión dentro de los sistemas jurídicos del mundo y en particular en el sistema jurídico mexicano.

Estimo conveniente exponer diversos escenarios, entre ellos los enfoques estático y dinámico del método estructural funcionalista. El enfoque estático se preocupa por determinar cómo es un objeto, que en el estudio en comento se ubica a la construcción del sistema jurídico mexicano; se expresa dentro de una concepción formal y permite entender el modo como están dispuestas las partes.

Por otra parte, los análisis estructurales dinámicos se realizan abstraendo conceptualmente la conformación de las partes de un todo a partir de la manera como se relacionan; es decir, su preocupación se centra en determinar la actividad que realiza ese objeto de estudio.

Dentro del contexto descrito aprecio la necesidad de aplicar mi postura dentro del estudio de las estructuras institucionales; a través de las cuales se desarrollan los fenómenos de poder. Una segunda posibilidad es el análisis, no de las partes formales a través de las cuales se presentan los fenómenos del sistema jurídico mexicano, sino de los conjuntos reales que determinan las decisiones del poder para construir todo el sistema jurídico mexicano.

La noción “función” se introdujo a las ciencias sociales particularmente desde el campo de la biología. El sociólogo inglés Herbert Spencer desarrolló en el siglo pasado una analogía entre los organismos vivos y la sociedad; a esta escuela se le ha llamado, por esta razón, “organicista”, y por la misma influencia del estudio biológico.<sup>10</sup>

El funcionalismo, al plantearse como problema principal lo que cada una de las partes hace respecto del todo, tiene que considerar también la estructura. De alguna manera podríamos decir que todo estructuralismo es funcional y que todo funcionalismo es estructural.<sup>11</sup>

Son las tres principales corrientes del funcionalismo:

Primera. Funcionalismo absoluto. Atribuye a todos y cada uno de los elementos del conjunto una función especializada

<sup>10</sup> Se desarrolló la idea de función, efectuada por las distintas partes que conforman el organismo social.

<sup>11</sup> Talcot Parsons es considerado el autor de la teoría del estructural funcionalismo; la cual sostiene que para cualquier conocimiento de la realidad social se debe partir de ciertos principios teóricos, los cuales entre más científicos sean la realidad se conocerá mejor.

Segunda. Funcionalismo relativo. Robert K. Merton señalaba que no es posible afirmar que todo elemento social o cultural realice necesariamente una función indispensable, y, que además, puede hablarse de disfunciones cuando una parte del todo, en vez de colaborar al proceso general, actúa de manera que se convierte en obstáculo del mismo.

Tercera. Funcionalismo estructural. Que enfatiza la relación entre las funciones y las partes del todo que las desarrolla.<sup>12</sup>

En este orden de ideas se entrelaza necesariamente otro escenario que se vincula con esta investigación: la teoría de sistemas, la cual es un enfoque metodológico, una herramienta para aprender y describir de manera fructífera ciertos sectores de la realidad. El pensamiento sistemático sirve para apreciar los fenómenos complejos y dinámicos.

Considero oportuno mencionar que un ejemplo notable de la utilidad de la teoría general de sistemas es su aplicación para comprender los fenómenos sociales y entre ellos la generación de normas jurídicas.

Entre los sistemas normativos, el derecho, la moral, los principios religiosos y los usos sociales son fenómenos que se insertan en una realidad colectiva, y que buscan en ella su justificación y sus objetivos.

Es cierto que cada sistema puede ser estudiado aisladamente. Cuando un abogado lee un tratado de derecho civil se sitúa intelectualmente dentro del sistema jurídico, y pretende ante todo conocer el modo en que las leyes vigentes regulan ciertas conductas en un lugar y en un tiempo determinados.

Este es un enfoque indudablemente útil e incluso indispensable dentro de la profesión del abogado, pero sólo en relación con el fin propuesto.

Si como juristas pretendemos lograr una visión amplia para entender cabalmente aquello que se desconoce, necesitamos ubicar e interpretar las normas jurídicas dentro del contexto social, económico y valorativo en el que se insertan y al que sirven.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Derivado de lo anterior considero que un sistema social será funcional cuando la internalización de las normas de conducta que se adquieren en una sociedad determinada y en un momento histórico concreto sirven para conservar el propio sistema. En consecuencia, la tarea de nosotros como científicos sociales es el determinar las normas de conducta que son aceptadas; es decir, comprobar su funcionalidad, tanto de las normas, ideas y patrones culturales a través de los roles y *status*.

<sup>13</sup> Por lo tanto, la teoría de sistemas es un instrumento puramente intelectual, un enfoque metodológico que se inscribe en una epistemología o teoría de la ciencia.

Dentro de un sistema social se pueden encontrar distintos subsistemas. Un claro ejemplo es la organización del gobierno.<sup>14</sup>

Casi todas las funciones reguladoras ejercidas por los organismos gubernamentales se ejercen mediante la creación de normas. El conjunto de todas estas normas, en un mismo ámbito de regulación, constituye a su vez un sistema, pero no en el mismo sentido que la teoría general de sistemas asigna a esta palabra, sino en un significado más tradicional.<sup>15</sup>

Los sistemistas consideran los sistemas deductivos como sistemas estáticos, porque no se modifican en el tiempo. Los sistemas integrados son siempre dinámicos; existen en el espacio y en el tiempo, mantienen su equilibrio dinámico y evolucionan frente a las variaciones del entorno. Y, sin embargo, los sistemas normativos desempeñan un papel importante en el sistema social. Uno de los fines de este trabajo es analizar cómo estos sistemas normativos se insertan en el sistema social.

Para la teoría de sistemas, una de las funciones de un subsistema regulador es percibir los cambios en el entorno y en el interior del propio sistema. Otra, tener presente un modelo de equilibrio ya establecido para advertir cuándo alguno de aquellos cambios constituye o puede constituir una amenaza de desequilibrio. Por último, ejercer una retroacción para prevenir, corregir o compensar ese desequilibrio.

La segunda de esas funciones depende precisamente de la existencia de un conjunto normativo. Las normas constituyen, en su conjunto, un panorama de lo que la sociedad entiende por su propio equilibrio: enun-

<sup>14</sup> El “gobierno” de una sociedad cumple su función en varios niveles de generalidad. En primer lugar, advierte las grandes tendencias de la época y los problemas colectivos que ellas generan, trata de adaptar estos defectos al equilibrio social mediante acciones lentas y duraderas (la función legislativa). En segundo lugar, observa la marcha cotidiana de los acontecimientos y dispone de recursos rápidos para corregir los que considera desequilibrios coyunturales (la función ejecutiva). En tercer lugar, está atento a los desvíos individuales de la línea de equilibrio y —cuando puede— trata de revertirlos o compensarlos (la función judicial).

<sup>15</sup> El *Diccionario de la Real Academia* define “sistema” como un conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto. Y las normas —jurídicas— no se hallan simplemente amontonadas; hay entre ellas un orden, una jerarquía y una interrelación, provistos por las normas superiores y especialmente de las de nivel constitucional. Pero las normas no son cosas físicas. Y el orden en que cada uno de estos conjuntos se presenta depende de un grupo de postulados, axiomas o hipótesis que les dan unidad y sentido conjunto. Se trata, pues, de sistemas deductivos; conjuntos ordenados de proposiciones, tales que incluyen un grupo de ellas junto con todas sus consecuencias lógicas.

cion el curso que se espera de los acontecimientos, en la medida en que éstos puedan ser determinados por las conductas.<sup>16</sup>

La tercera función se refiere a la retroacción que requiere el empleo de reservas para corregir o compensar la excesiva fluctuación advertida; pero cuáles reservas se usen, cómo se obtengan y acumulen, dónde se encuentren y de qué modo puede echarse mano de ellas para su empleo concreto son los problemas que dependen del esquema de variabilidad que rige en el sistema social. Y este esquema está provisto también por el sistema normativo, que no sólo regula la conducta de los ciudadanos entre sí, sino también la de los órganos y la relación de éstos con los ciudadanos.

Quién tiene que pagar impuestos, en qué cantidad y de qué manera. Todas estas cuestiones y muchas otras parecidas constituyen el sistema de cauces que permitirá ejercer la retroacción de modo que la misma sociedad entienda como más adecuado y prudente.

En otras palabras, forman el esquema de variabilidad que esa sociedad ha construido para sí. Si el esquema falla, las reservas pueden no ser halladas en el momento necesario o bien, hallándose las, pueden no ser empleadas de manera eficaz.

Y ese esquema está inscrito en el sistema normativo. Éste no genera por sí mismo la energía necesaria para el ejercicio de la retroacción, pero contiene las pautas para generarla, acumularla y emplearla.

Respecto de las funciones que tiene asignadas el derecho destacan:

El sistema jurídico, aunque estático en sí mismo, cumple en el ámbito dinámico del subsistema regulador social funciones que pueden identificarse en tres clases o sectores:

- a) Expresión del modelo de estabilidad (equilibrio dinámico) que la sociedad busca mantener.
- b) Esquema de variabilidad que establece el modo en que las reservas hayan de acumularse y emplearse para mantener la estabilidad mediante acciones retroalimentadoras.
- c) Expresión normativa del sistema político, o esquema de variabilidad de nivel superior que permita ejercer la retroalimentación sobre

<sup>16</sup> En otras palabras, dicen qué está “bien” y qué está “mal”; o, con un poco más de rigor, cuáles conductas se consideran necesarias al equilibrio (son obligatorias), cuáles constituyen amenazas de desequilibrio (son prohibidas) y cuáles otras son más o menos indiferentes en ese contexto (son facultativas).

el propio modelo de estabilidad (a) y sobre el esquema de variabilidad de uso cotidiano (b).<sup>17</sup>

El jurista no puede ser tan teórico y esquemático como para olvidarse de la inminente realidad, ni el político puede ser tan pragmático y práctico como para olvidarse del conjunto de normas que regulan, o pretenden regular, su actuación cotidiana.

A toda realidad corresponde un derecho que le exige transformarse para corresponder al deber ser que la norma contiene, y a todo derecho corresponde una realidad de la cual surge y a la que no puede ignorar.

El subdesarrollo exige un derecho peculiar, un derecho que impulse un ideal de justicia en medio de circunstancias adversas; no aceptar la utopía en la desesperanza, ni el conformismo en el centro de una realidad distinta a nuestro proyecto de nación.

El reto más importante para el licenciado en derecho como científico social lo constituye el hallazgo de instrumentos de análisis, de precisión en el lenguaje y de parámetros claros, con el fin, precisamente buscado, de pronosticar el advenimiento de la crisis en el sistema jurídico, sus consecuencias y, fundamentalmente, la forma de evitarlas.

Lo que es obvio es la necesidad permanente de efectuar los cambios requeridos por el propio sistema. Nadie discute la necesidad de llevar a cabo cambios, pero todo cambio debe realizarse a través de la sensibilidad que prodiga la ciencia social del derecho, lo cual no siempre se traduce en ordenamientos legales, que en lugar de subsanar las deficiencias, por el contrario, pongan en peligro las instituciones y se resquebraje la estabilidad.<sup>18</sup>

La realidad social y la cátedra confirman día con día que el derecho sigue siendo un factor que desafortunadamente queda rezagado respecto de la velocidad con la cual los cambios sociales se generan. La comunidad necesita confiar en la capacidad de sus juristas y en su propia capacidad para construir y edificar su porvenir.

<sup>17</sup> Guibourg, Ricardo, *Deber y saber, apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*, México, Fontamara, 1996, pp. 201-209.

<sup>18</sup> Esta materia tendría que estudiar la norma, no sólo por lo que dice, sino por el valor que protege. Proporcionaría la técnica adecuada para utilizar la axiología jurídica aplicada con la que se investigaría, en el terreno de los hechos, si los propósitos del legislador se cumplen o no pasan de ser buenas intenciones; se podría saber si los preceptos dictados impulsan el cambio o si, por el contrario, lo frenan.

Un sistema necesita permanentemente de cambios que lo actualicen; de lo contrario dicho sistema se petrifica y su resquebrajamiento se vuelve inminente.

Diversas escuelas del pensamiento jurídico han sostenido con vehemencia que el derecho es simple reflejo de la realidad social, pero que carece de la capacidad de ser promotor de cambios.

En este sentido, Novoa Monreal se pronuncia a favor del derecho como un obstáculo para el cambio social.<sup>19</sup>

Dentro de esta misma línea me parece interesante hacer referencia a las ideas de Roscoe Pound, con quien coincido respecto de la visión que tiene del derecho como una institución social.<sup>20</sup>

El abogado, el juez y el legislador deben tener una comprensión amplia de las fuerzas sociales, económicas y políticas que operan en la sociedad contemporánea. Saber cuáles son los factores reales de poder para tenerlos en cuenta a la hora de elaborar las leyes, incluso a la hora de aplicarlas.

No se puede descartar que existen ciertas fuerzas “modeladoras del derecho”, como son las fuerzas psicológicas, las fuerzas económicas, los factores nacionales, históricos o, coincidiendo con las ideas de Ferdinand Lasalle, los “factores reales del poder”.<sup>21</sup>

El derecho no sólo es el efecto de una serie de hechos sociales, sino que, ya una vez formado, constituye la causa de otros muchos fenómenos sociales.

<sup>19</sup> Cuáles deben ser las características de un sistema moderno de normatividad social, concebido con audacia e imaginación, que implicaría una reformulación de todas las reglas socialmente obligatorias para alcanzar como metas mínimas, las siguientes: sistema legal nuevo, que exprese adecuadamente las necesidades sociales del momento; integración de todos sus preceptos en un ordenamiento sistemático único, bien articulado y coherente; flexibilidad de sus preceptos para que puedan irse poniendo a tono con sus nuevas necesidades sociales tan pronto como éstas se vayan presentando; estar compuesto por un número reducido de preceptos, claros, ordenados y precisos”. Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1981, p. 54.

<sup>20</sup> Me limito a considerar el derecho como una institución social para satisfacer necesidades sociales —las pretensiones y demandas implícitas en la existencia de la sociedad civilizada— logrando lo más posible con el mínimo de sacrificio, en tanto puedan ser satisfechas o realizadas tales pretensiones mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad políticamente organizada.

Roscoe Pound considera al derecho como un medio para un fin social, utilizando sus mismas palabras, es un “instrumento de ingeniería social”. Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 342 y 343.

<sup>21</sup> Cfr. Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1975, p. 12.

En la actualidad no hay teoría que niegue terminantemente que los cambios se pueden dar en la estabilidad, y que en derecho es un eficiente instrumento para llevarlos a cabo. Esto implica que el derecho debe modificarse constantemente, pero conservando siempre cierta orientación axiológica, que es permanente y fundamental en todo derecho.

Sería trágico que el derecho estuviera tan petrificado que no pudiera responder a las incitaciones de los cambios evolutivos y revolucionarios de la sociedad. Para el abogado, esas incitaciones significan que no pueden contenerse con ser un artesano. Sus conocimientos técnicos le proporcionarán las herramientas, pero es su sentido de responsabilidad para la sociedad en que vive el que debe moverle a ser no sólo abogado, sino jurista.<sup>22</sup>

El derecho es una disciplina que debe atender a la ejecución de sus postulados; al igual que la política, no se concibe en el terreno de la especulación y la teoría; su manifestación plena se da en la observancia.

Aquí he sostenido la idea de que el derecho es instrumento de cambio en la estabilidad, pero para que pueda generar efectos es menester su observancia y acatamiento.

El derecho no busca explicar fenómenos o traducirse en especulaciones estériles, sino dirigir conductas, producir resultados, estirar una realidad para acercarla a un ideal, a un deber ser, un proyecto firme que resulte de una demanda acuñada por el pueblo a través de su historia, pero siempre con una base teórica y axiológica.

Ante esta panorámica y tomando como referencia las ideas plasmadas por Kaarlo Tuori, para quien el concepto de *rechtstaat* democrático<sup>23</sup> presupone no sólo el control del Estado a través del derecho, sino también el que tal derecho sea legítimo, siendo producido y reproducido a través de procedimientos que correspondan al principio discursivo.

Para ello considero centrar el presente estudio en los siguientes ejes:

1. El positivismo parte del hecho del carácter normativo fundamental del derecho moderno.
2. Mientras intenta reivindicar la posibilidad de una crítica inmanente de este derecho positivo, este positivismo crítico depende, incluso en el contexto de la era moderna del derecho positivo, de la aceptación de la naturaleza estratificada del derecho.

<sup>22</sup> Friedmann, W., *El derecho es una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 512.

<sup>23</sup> Significa textualmente Estado de derecho democrático.

El positivismo crítico es el nombre que François Ewald (en 1986) dio a su programa de filosofía del derecho para la era del Estado de bienestar y del derecho social.

Además de concebirse como prácticas jurídicas en marcha, el derecho también incluye una instancia crítica y reflexiva que determina los límites del derecho y el criterio histórico de lo que es o no jurídico.

“El derecho del derecho”, como “regla de juicio”, se integra por los principios generales del derecho, incluyen los derechos humanos como parte constitutiva.

La regla de juicio tiene también sus propias condiciones de posibilidad que se articulan mediante la regla de justicia.

Esta regla es el parámetro común a partir del cual los miembros de una sociedad se juzgan entre sí.<sup>24</sup>

Ewald destaca dos características fundamentales de la estructura epistemológica y funcionamiento de la norma:

- La vinculación entre el “ser” y el “deber ser”, y
- El enfoque positivista o nominalista de los hechos.

Las normas revelan las diferencias fenomenológicas entre los hechos; la epistemología de la norma es de estadística y cálculo de probabilidades.

A la luz de la norma, aun los individuos son definidos por sus diferencias respecto a los demás miembros de su grupo.

La norma iguala al crear un espacio visible para las comparaciones, en tanto que también desiguala al revelar y medir diferencias.

Los principios generales del derecho no se derivan del tipo de observación y medición de los hechos llevada a cabo por la estadística y cálculo de probabilidades. Tampoco se formulan como promedios, límites o puntos de partida, como podría requerirlo el código de usos de la norma.

<sup>24</sup> La regla de justicia es la convención social prevaleciente del criterio de igualdad y desigualdad. Ewald ve la regla de justicia como un concepto epistemológico, regla que depende del conocimiento de los seres humanos y de las cosas, que se toma como verdadero en una sociedad dada y que constituye la base para determinar las igualdades y desigualdades sociales. Esto también es porque la regla de justicia es determinada por la estructura profunda del conocimiento, la racionalidad y el discurso, que Foucault llama *episteme*. La concepción del derecho social de Ewald se contempla con la tesis de que en la era del Estado de bienestar, la función de la regla de justicia se llevaba a cabo por la norma. Esta norma es un tipo específico de regla con estructura epistemológica, proceso de formación y forma de funcionar particulares, la justicia social es la justicia de la norma, y la racionalidad del derecho social corresponde a la racionalidad de la norma.

Aunque los derechos humanos son considerados principios históricos y culturalmente delimitados en las sociedades en donde son respetados, aspiran a ser aplicados igualmente a todo individuo.<sup>25</sup>

La defensa de la dignidad de la persona humana y los derechos humanos son ideas que se desarrollaron al amparo del humanismo y en el ámbito jurídico dentro del iusnaturalismo; en donde se preconiza que el principio de dar a cada quien lo suyo es el fundamento práctico del derecho, y éste es entonces la cosa justa, esto es, lo que debe darse a cada uno.<sup>26</sup>

Aunado a lo anterior, la corriente iusnaturalista se fundamenta en la concepción de que para que las normas sean legítimas deben ser válidas, intrínseca y no sólo formalmente en consonancia con los valores, costumbres y fines de los individuos que son parte integrante de la comunidad.

Apoyando esta idea, Mechel Miaille considera que el derecho natural se constituye en la forma específica de la legitimidad del orden creado por vía revolucionaria; la invocación del derecho natural ha sido siempre la forma mediante la cual ciertas clases se han rebelado contra el orden establecido, han conferido la legitimidad a su reivindicación de crear derecho.<sup>27</sup>

Sin embargo, en la actualidad las abstracciones metafísicas establecidas por el derecho natural no tienen el apoyo esperado, ya que se prefiere razonar a partir del hombre concreto y real, y rechaza los apriorismos lógicos en el campo de las ciencias sociales.<sup>28</sup>

Así expresado, quienes siguen esta corriente iusnaturalista no alcanzan a percibir que los reclamos de los hombres estén condicionados por la sociedad contemporánea y por la clase social a la que pertenecen.

Asimismo, afirman que la ideología es la sustancia y no el reflejo de la lucha social.

Con base en este argumento, tanto los teóricos del derecho natural como los positivistas modernos se ubican dentro de los mismos elementos: la ideología jurídica de la burguesía triunfante. Mientras que los positivistas resaltan el sistema coercitivo que la ideología que lo sustenta y le da vida.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Tuori, Kaarlo, *Positivismos crítico y derecho moderno*, México, Fontamara, 1999, pp. 15-30.

<sup>26</sup> Márquez González, José Antonio, *Los enfoques naturales del derecho natural*, p. 39.

<sup>27</sup> Miaille, Mechel, *Una introducción crítica al derecho*, México, UAP, Puebla, 1990, p. 319.

<sup>28</sup> Novoa Monreal, Eduardo, *op. cit.*, nota 19, p. 233.

<sup>29</sup> *Idem.*

Siendo la filosofía el fundamento de las diversas corrientes sociológicas jurídicas; los juristas, con base en lo anterior, suelen dividir sus posturas en tres vertientes principales. En primer término, los que estudian el deber ser relacionando lo abstracto y lo concreto. Kelsen es el principal representante de esta postura [positivismo jurídico]. En segundo lugar se ubican quienes estudian el hecho y sus consecuencias sociales, el conceptualizar el derecho como el estudio de la vida humana objetivada [realismo sociológico]. Por último, quienes aseguran la existencia de un derecho inherente al hombre por su propia naturaleza [iusnaturalistas].

Por lo tanto, los juristas se han pronunciado a favor de las corrientes anteriores, o bien adoptan una actitud ecléctica dando lugar a la gestación de la sociología jurídica.

En virtud de la actitud reflexiva, la persona que estudia el concepto de derecho tiene la necesidad de interpretar la norma jurídica para entender su significado.

La exégesis es una interpretación que se ha practicado a partir de la letra escrita, y de esta forma quienes estudian el derecho se identifican y defienden la forma, la idea de que son sacerdotes de la ley, que contiene dogmas a observar literalmente, en virtud de que derivan del ejercicio de poder político, de la praxis y ejercicio del actuar legislativo. Por lo tanto, los escritos del derecho positivo convertido en ley vigente deben leerse, interpretarse y aplicarse de acuerdo con los alcances literales y normativos del deber ser. Así, quienes ejercen el derecho observan en la ley algo incuestionable y misterioso; por ello, dicen que debe entenderse el espíritu de la ley a la luz que les proporciona la letra legislada.

La escuela de la exégesis nace en Francia, junto con los grandes códigos. El inmenso prestigio de esos códigos, especialmente el Código de Napoleón, y la idea de que ellos condensaban en forma racional y ordenada principios, reglas y conocimientos jurídicos acumulados durante siglos y el postulado político de que la ley es expresión de la voluntad del pueblo y de la razón hicieron que se rindiera un verdadero culto al texto de la ley, obra de un legislador que apareciera como infalible y omnipotente. Al juez no le está permitido crear derechos, pues tal facultad es exclusiva del parlamento.

Ahora bien, es claro que si se toma como referencia el sistema jurídico, necesariamente tiene que referirse a la existencia de un Estado de derecho.<sup>30</sup>

El *imperium* en el Estado civilizado moderno no es un poder arbitrario, sino un poder determinado por preceptos legales.

La carencia del Estado de derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión; no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos más que en virtud de un precepto legal.

Me parece pertinente mencionar las ideas que comparto con García Pelayo, quien arguye que el Estado de derecho tiene su propia axiología.<sup>31</sup>

Asimismo, Vanossi identifica el Estado de derecho con el Estado constitucional; esto es, ambos conceptos resultan prácticamente ser sinónimos.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> El Estado social del derecho es la forma jurídica institucional que corresponde al estudio de la democracia social, entendiendo a ésta como forma y como sustancia política de un régimen basado en la concepción personalista de la dignidad del hombre con pleno rechazo de toda teoría o interpretación transpersonalista que anteponga otros fines que el hombre mismo.

<sup>31</sup> El Estado social de derecho es distinto del Estado burgués o tradicional de derecho; incorpora a sus funciones la procura de la existencia; es decir, la efectividad de los derechos sociales y económicos; es activo y no pasivo; responde a una nueva idea de la legitimidad que conlleva a “una idea social de derecho; no sólo asigna y atribuye derechos formales, sino también derechos materiales; es más complejo porque incluye dos subsistemas de derechos fundamentales, a veces conflictivos pero que no están, en todo caso, en una relación de predominio unilateral de uno sobre otro, sino de retroacción, es decir, en una relación en la cual los nuevos derechos contribuyen a la configuración concreta, *hic et nunc* de los tradicionales, al tiempo que éstos configuran los límites, formas y operacionalización de aquéllos. García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1964, p. 169.

<sup>32</sup> Por ende, el Estado de derecho es el Estado constitucional, que no es otra cosa que el tipo de Estado basado en la democracia y en el pluralismo, que supone soberanía popular, creación del derecho por intervención y representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlador respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el poder, responsabilidad de gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. Un tipo de Estado así no agota la idea del Estado de derecho, pero sienta las bases para el despliegue y desenvolvimiento de todos los mecanismos conducentes a la expansión o dilatación de los recaudos protectores del valor supremo, que es la libertad. Vanossi, J. Reynaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, México, Editorial Universitaria, 1982, p. 263.

Considero oportuno reforzar esta postura con la tesis que sustenta Joseph Raz, respecto del sistema jurídico; como el medio por virtud del cual la sociedad puede desarrollarse de manera armónica.<sup>33</sup>

Por lo anteriormente descrito, la temática que este trabajo pretende desentrañar implica una serie de posibilidades y posturas que considero sustentarán la factibilidad de vislumbrar un acercamiento hacia un positivismo crítico, reflexivo, innovador, que aporte elementos al sistema jurídico mexicano fortaleciendo su eficacia y validez dentro del Estado de derecho que debe vivirse en un país como México.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “En torno a los problemas de la metodología del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XXI, núm. 62, 1966.
- , *Reflexiones sobre la investigación jurídica*, México, Porrúa, 1988.
- FRIEDMANN, W., *El derecho es una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1964.
- GUIBOURG, Ricardo, *Deber y saber, apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*, México, Fontamara, 1996.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. al español por Roberto José Vernengo, México, UNAM, 1983.
- , *Qué es la justicia*, México, Fontamara, 1997.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

<sup>33</sup> Es el más importante sistema institucionalizado al cual se encuentra sometido una sociedad. El derecho proporciona el marco general dentro del cual ocurre la vida social. Es un sistema para guiar el comportamiento y para resolver las disputas, el cual pretende suprema autoridad para interferir en cualquier tipo de actividad.

El derecho, también regularmente soporta o restringe la creación y práctica de otras normas en la sociedad. Mediante tales pretensiones el derecho intenta proporcionar el marco general para la conducta en todos los aspectos de la vida social y erigirse en el supremo guardián de la sociedad. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, México, UNAM, 1985, p. 153.

- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1975.
- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Los enfoques naturales del derecho natural*.
- MIAILLE, Michel, *Una introducción crítica al derecho*, México, UAP, Puebla, 1990.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1981.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Jus, 1976.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. al español por Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- , *La autoridad del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, *Investigación jurídica*, México, Oxford, 1995.
- TUORI, Kaarlo, *Positivismo crítico y derecho moderno*, México, Fontamara, 1999.
- VANOSI, J. Reynaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, México, Editorial Universitaria, 1982.
- VELÁZQUEZ MEJÍA, José Francisco, *Fundamentos sociológicos del derecho*, tesis de maestría, Facultad de Derecho UAEM, 1995.
- WITKER, Jorge, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho”, *Metodología de la Enseñanza e Investigación Jurídica*, Puebla, conferencia organizada por la Escuela de Derecho y S. C., y el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas (CIJP) de la UAP, 22 de marzo de 1991.
- , (comp.), *Antología de estudios sobre la investigación jurídica*, México, UNAM, 1995.