

LA POSITIVIDAD DE LOS VALORES DEMOCRÁTICO-ELECTORALES

J. Fernando OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO*

SUMARIO: I. *La visión del filósofo del derecho.* II. *Iusrealismo sociológico.* III. *Positivismo jurídico.* IV. *Conclusión.*

En este trabajo pretendo esquematizar las distintas formas en que los juristas nos acercamos al problema de los valores en general y a los democráticos en particular; contiene una reflexión personal sobre cuál debe ser la actitud específica de un juez cuando se enfrenta a situaciones de aplicación de la ley que se refieren, de alguna manera, a los valores democráticos.

Los que hemos hecho del derecho una profesión, abordamos el objeto de nuestra ciencia desde tres perspectivas distintas, las cuales dependen, casi siempre, de nuestro posicionamiento vital, así podemos situarnos en el mirador del filósofo, del sociólogo o del científico del derecho.

En los siguientes apartados analizaré cada una de estas posiciones.

I. LA VISIÓN DEL FILÓSOFO DEL DERECHO

Preocupación constante de los juristas es la de encontrar el fundamento de validez de las leyes que aplican y estudian. Un gran número de estudiosos han recurrido a buscar este fundamento fuera del propio sistema legal al que pertenecen; una característica que permite agrupar a una gran diversidad de autores bajo una sola connotación, es precisamente que todos ellos admiten dos órdenes jurídicos con distintos fundamentos de validez. A estas doctrinas que admiten el dualismo normativo se les conoce como iusnaturalismo.

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Para los iusnaturalistas, la causa eficiente o fundamento de validez del derecho natural debe buscarse en el propio precepto, esto es, en la ley, debe estar dotado de validez intrínseca, en donde la justicia debe formar parte de su contenido, lo que es independiente del reconocimiento estatal o de su eficacia social. Una ordenación “natural”

es una ordenación no basada en la voluntad humana, insuficiente por serlo; no creada arbitrariamente, sino dada por sí misma; en algún modo objetiva, es decir, existente con independencia del querer humano subjetivo, pero no obstante accesible al hombre como hecho fundamental; susceptible de ser conocida por el hombre como hecho fundamental; susceptible de ser deducida por el hombre de un principio fundamental no producido originalmente por el entendimiento humano o la voluntad humana, pero susceptible de ser reproducido por ellos.¹

La variedad de las teorías iusnaturalistas se deriva, principalmente, del giro que sus partidarios le den a la voz “naturaleza”.² De una manera muy resumida podríamos distinguir las tendencias del *ius naturale*, como lo hace el maestro García Máynez:³

1. Concepción biológica o física del derecho natural

La naturaleza, como fundamento del derecho, es lo que existe por sí, independientemente de nuestra obra y de nuestro querer. Puede tratarse, por ejemplo, del orden físico o biológico creador de desigualdades que permiten imponerse a los más fuertes sobre los más débiles, como pensaba Calicles, o, por otra parte, de ciertos rasgos o características comunes: biológicas, sociológicas, psicológicas, etcétera, del ser humano, en las que deben buscarse el origen y raíz del derecho natural. Como ejemplo de autores del siglo XVII cabría citar: “el *appetitus socialis*” de Grocio; “el deseo de no dañar ni ser dañado” de Hobbes; “el amor a la libertad y al goce tranquilo de todos los derechos” de Locke; “la tendencia a la conservación del propio ser” de Spinoza; “el anhelo de in-

1 Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 17.

2 El maestro Francisco González Díaz Lombardo advierte que la tarea de sistematizar las diversas corrientes del pensamiento es misión de la ciencia y la filosofía, aun cuando, estos criterios sean temporales. “El derecho intrínsecamente válido o natural”, *Estudios de filosofía del derecho*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1973, p. 173.

3 *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, UNAM, 1977.

dependencia frente a cualquiera que no sea Dios” de Puffendorf; “el propósito de buscar lo que prolonga la vida humana y la hace feliz” de Thomasius, y tantos más.

2. *Concepción teológica del derecho natural*

El fundamento del derecho natural no es la naturaleza física o biológica, ni la psicológica o social del individuo, sino la del creador del universo, a través de cuyas leyes se manifiestan su inteligencia o su arbitrio. A este iusnaturalismo teológico pertenecen las corrientes que contraponen al mudable orden positivo, otro inmutable y eterno, emanado de la razón o de la voluntad divina. Los ejemplos más notables de este enfoque son los pensadores cristianos San Agustín y Santo Tomás, cuyos conceptos centrales son los de *lex aeterna* y *lex naturalis* y *lex temporalis*.

Para San Agustín, la ley natural es la transcripción de la ley eterna en el alma humana, en la razón y en el corazón del hombre; es el principio subjetivo de la justicia, el hábito que de ésta tiene el alma; por otro lado, la ley eterna cuya nota distintiva es la inmutabilidad, puede ser definida como “razón o voluntad de Dios que ordena mantener el orden natural y prohíbe perturbarlo”. Santo Tomás, por su parte, establece que la ley eterna “es la misma razón divina, en cuanto gobierna todo lo que existe”, y la ley natural será “la participación de la ley eterna en la criatura racional”.

3. *Concepción racionalista del derecho natural*

Los estoicos, en voz de Crisipo, encontraron el fundamento del derecho natural en la máxima siguiente: “Hay que vivir de acuerdo con la naturaleza”, que significa “vivir de acuerdo con la razón”. El mundo es un enorme Estado con una constitución y una ley. En ese Estado la razón natural ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo que debe ser omitido.

Los Estados espacialmente limitados son numerosísimos y nunca tienen Constituciones y leyes iguales, pues cada uno inventó diferentes usos y costumbres... de este modo las Constituciones particulares se convirtieron en apéndices de una sola ley natural.

Zenón establece que la ley natural, en sentido estricto, debe considerarse como la recta razón en su concordancia con la humana naturaleza.

En relación con Aristóteles y Platón, a diferencia de la mayoría de los sofistas que contraponen al orden de la ley un orden de la naturaleza,

conciben los dos más grandes filósofos griegos al derecho natural como modelo o paradigma de los ordenamientos positivos.

4. *Corriente contemporánea del derecho natural*

El estado actual del problema del derecho natural se plantea otra vez como un acontecimiento apasionante. Hasta la década de los treinta aproximadamente, en nuestro siglo, la teoría del derecho natural parecía ser una concepción totalmente superada, mantenida sólo en algunos estrechos círculos católicos.

Uno de los ilustres pensadores neokantianos, Gustavo Radbruch, hace una reflexión crítica del pensamiento de su época, y dice:

El juez tiene la obligación de hacer valer la voluntad de validez de la ley; sacrificando el propio sentimiento de lo jurídico ante la orden autoritaria del derecho, preguntar únicamente qué es lo que es el derecho, y nunca si también es justo. Despreciamos al párroco que predica en contra de sus convicciones, pero honramos al juez que no se deja engañar en su fidelidad a la ley por una sensibilidad jurídica contraria a aquélla.

La experiencia del nazismo ha colocado a los teóricos alemanes del derecho (y en todo el mundo occidental contemporáneo) frente a la difícil tarea de replantear el enfoque del positivismo formalista, que recibió un fuerte porcentaje de culpa en la catástrofe jurídico-política de Alemania.

Este replanteo de las postulaciones iusnaturalistas, verdadero renacimiento, se encuentra aún en la tormentosa etapa de su pujante elaboración.

No obstante, se advierten ya líneas definidas en distintas direcciones que encuentran su antecedente en las doctrinas que hemos mencionado.⁴

Son importantes, en esta dirección, los trabajos pioneros de Max Scheler y Nicolai Hartmann, quienes realizaron un esfuerzo decidido para la reconquista de una esfera axiológica material absoluta.

Podemos mencionar como neonaturalista teológico a Emil Brunner, quien en su libro intitulado *La justicia: doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, se propone un ensayo filosófico-jurídico desde el punto de vista de las concepciones religiosas del protestantismo, y emprende la tarea de reconstruir un derecho natural basado en el orden de la divina creación, pero apoyado en las corrientes del postaristotelismo estoico.

4 Sobre los autores que se mencionan en este apartado consultar, Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1979.

Johannes Messner es el encabezador de una posición iusnaturalista desde el ángulo del neotomismo. Messner establece que el derecho positivo debe estar supraordinado al derecho natural y que, además, éste desempeña una función complementaria y limitadora respecto de aquél. En este aspecto, el derecho natural complementa al derecho positivo en todos los casos en los cuales la aplicación de este último producirían efectos que no fueron queridos por el legislador, de acuerdo con los principios del derecho natural por él reconocidos. El derecho natural es limitador, en cuanto el derecho positivo carece de fuerza obligatoria, cuando se opone a los principios primarios del iusnaturalismo.

Otro autor, Jacques Leclercq, profesor de la Universidad de Lovaina, bajo una neta inspiración escolástica, desarrolla un sistema de ontología de los valores, con objeto de llegar a la sociología a través del derecho natural.

Por último, mencionaremos al existencialista Weiner Mayhofer, quien es el abanderado de la escuela iusnaturalista llamada de la “Naturaleza de las cosas”, en la cual con una original teoría, pretende descubrir al derecho natural no en principios metafísicos e inmutables, sino en la naturaleza de los acontecimientos sociales, en las “situaciones vitales”.

Las argumentaciones y deducciones que tienen su punto de partida en la naturaleza de las cosas son ensayos tendientes a derivar las proposiciones que contiene el derecho positivo de algo que se halla fuera de las normas estatuidas, mas no a la manera de las deducciones de un derecho natural abstracto derivado de principios jurídicos supremos, sino del derecho natural concreto de todos los tiempos partiendo de las situaciones vitales que el material jurídico ofrece. Estas deducciones y argumentaciones no fundan las proposiciones de deber del derecho positivo en otras proposiciones de deber más generales sino que nos reconduce “Al deber ser realizado en el ser”.

5. *Aproximación iusnaturalista a los valores democrático-electorales*

Con objeto de ilustrar de la mejor manera posible el *approach* del filósofo del derecho a los temas de la democracia, me permito extraer el pensamiento de un distinguido iusfilósofo mexicano de corte neotomista, me refiero al desaparecido maestro don Rafael Preciado Hernández.⁵

⁵ “Significación actual de la democracia”, *Estudios de filosofía del derecho. Homenaje al Dr. Eduardo García Máynez*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1973, pp. 277 a 291.

El antiguo director del Seminario de Filosofía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México establece que “en toda organización democrática concreta se conjugan elementos numerosos y muy variados de los cuales unos son contingentes, históricos, en tanto que otros tienen carácter necesario, esencial, siendo estos últimos los que deben ser tomados en cuenta en la definición de la democracia”. Como se observa, el maestro se refiere a la existencia de elementos necesarios y esenciales de la democracia, es decir, admite como todos los iusnaturalistas la existencia de ciertos principios “objetivamente” válidos que deben ser deducidos por métodos racionales. Veamos cómo desarrolla esta idea nuestro filósofo.

El elemento necesario constitutivo de toda realización histórica de la democracia es “la organización del poder político fundado en las semejanzas que hay entre los hombres, con miras a realizar con libertad una igualdad positiva en la vida social”.

Como se ve, el maestro Preciado establece los principios que deben existir en la democracia: libertad e igualdad. Veamos cómo los delimita:

El hilo conductor del pensamiento democrático aparece atado fuertemente desde su origen a exigencias racionales fincadas en la naturaleza sociable y libre del ser humano. La igualdad esencial que se descubre en todos los individuos de la especie humana y que sirve de fundamento a los derechos del hombre, también es el fundamento de los derechos que asisten a los miembros de una sociedad para participar e influir en las decisiones con que se eligen las formas de organización y de gobierno de la misma.

De esta manera, el licenciado Preciado establece cómo, del conocimiento de los derechos fundamentales del hombre, se deduce la existencia de otros derechos sociales del hombre, en los que se encuentran comprendidos los derechos políticos, concluyendo que, en la medida en que se fortalece la conciencia de los primeros, se desarrolla el espíritu cívico y se multiplican las exigencias sociales en sentido democrático.

El maestro emérito, en clara congruencia con el presupuesto iusnaturalista de la existencia de derechos inmanentes en el hombre, exige una actitud de respeto por parte del Estado, que conforme a esta posición filosófica no tiene más que la obligación de reconocer y respetar la dignidad humana:

Sólo un trato igual en la vida social, en orden a la mutua ayuda, puede satisfacer racionalmente a todos los miembros de una comunidad y este trato igual, en cuanto se refiere al poder político que es tan necesario al Estado como el Estado es necesario al hombre, pide precisamente que sean todas las personas con suficiente capacidad y madurez, no unos cuantos, exclusivamente, quienes escojan la forma que juzguen más adecuada para organizar y ejercer el poder político.

En otra clara posición iusnaturalista, el especialista rechaza el formalismo como forma de aproximación al estudio del derecho:

la verdadera democracia es fundamentalmente política... Es que hay diversas acepciones de la política. Así, si por política se entiende solamente lo relativo a las formas de organización del poder público, es claro que la democracia política resulta insuficiente y un tanto formal, ya que representa un modo jurídico de formación de la voluntad del Estado, o un método de creación de normas jurídicas...⁶ Pero si por política entendemos la organización realmente vivida de un pueblo ordenada al bien común temporal del mismo pueblo, la democracia, siendo fundamentalmente política, deja de ser formal; ya no es mera técnica o método de creación de reglas sociales que pueden ser impuestas mediante el aparato coercitivo del Estado, sino que a la técnica agrega una doctrina de fondo, que implica la exigencia racional de realizar los fines esenciales del Estado, y garantizar los derechos fundamentales del hombre, tanto los individuales como los de carácter social.

Concluye finalmente don Rafael “así, toda recta forma democrática, sin dejar de ser política, está vinculada a contenidos económicos, jurídicos y éticos, de los cuales unos son necesarios y permanentes, en tanto que otros son contingentes y transitorios”.

Lógicamente, el filósofo del derecho de seguro exigiría al juez electoral, que libremente busque la igualdad y libertad, valores esenciales de la democracia, cuando el texto legal no los contemple.

II. IUSREALISMO SOCIOLOGICO

Las tendencias realistas o sociológicas del derecho se producen como una reacción en contra del formalismo jurídico y de las concepciones

6. Aquí el licenciado Preciado Hernández claramente dirige sus argumentos contra dos posturas: Georg Jellinek y Hans Kelsen.

tradicionales del derecho natural. Los juristas sociólogos tratarán de estudiar la eficacia de las normas, explicarán las causas por las cuales las normas son efectivamente acatadas por sus destinatarios y negarán validez a aquellos mandatos, ya provengan de la autoridad o sean exigencias derivadas de la naturaleza, que no logren aceptación por sus destinatarios.

1. *Realismo estadounidense*

Esta escuela nace como una reacción en contra de las doctrinas del derecho natural que dominaron el pensamiento de abogados, jueces y tratadistas del derecho en el siglo XIX y que “...consideraban al *Common Law* como un sistema racional, encarnación de la razón trascendental que contenía en sí, todas las reglas requeridas para la decisión de los casos particulares”.⁷

Bodenheimer nos dice que en el campo jurídico el ataque contra la doctrina tradicional lo desató la escuela sociológica del derecho encabezada por Roscoe Pound, quien con una actitud empírica y pragmática establece que el

derecho es 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 en cuanto puedan ser satisfechas tales necesidades o realizadas tales pretensiones mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad política organizada.⁸

Pound establece que si no se pueden satisfacer todas las necesidades, la satisfacción debe ser en todo caso en la medida en que sea razonablemente posible. El principio que guía la filosofía ética debe ser: dar satisfacción a tantas demandas como sea posible. “Así el orden jurídico surge como un sistema de ingeniería social que sirve la finalidad última de eliminar la fricción y evitar el gasto en el goce de los bienes de la existencia”.

La jurisprudencia sociológico-estadounidense surgió no sólo contra el iusnaturalismo, sino también como reacción contra la esterilidad y for-

7 Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, 3a. ed., México, FCE, 1964, pp. 343 y ss.

8 Pound, Roscoe, *Introduction to the Philosophy of Law*, 1922. Cit. por Bodenheimer, *op. cit.*, p. 346.

malismo de la jurisprudencia analítica. Esta escuela sociológica niega que el derecho pueda ser comprendido sin considerar los hechos y realidades de la vida social humana. En vez de una ciencia del derecho autosuficiente (como el positivismo jurídico y la jurisprudencia analítica exigen), la jurisprudencia sociológica demanda un *Team Work* o colaboración con las demás ciencias sociales.

En relación con el sistema de interpretación de la ley, otros dos célebres tratadistas de la escuela de la jurisprudencia sociológica estadounidense han establecido los lineamientos generales.

Así, Oliver Wendell Holmes (1841-1936), uno de los más grandes jueces estadounidenses, dijo: “La vida del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia”. Las necesidades sentidas en la época, las teorías políticas y morales predominantes, las instituciones acerca del interés público (confesadas o inconscientes), incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido más influencia que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales debían ser gobernados los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos, y no puede tratarse como si contuviera únicamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es el derecho, es preciso saber lo que ha sido y lo que tiende a devenir. Hay que consultar alternativamente la historia y las teorías jurídicas existentes. Pero la labor más difícil será la de comprender la combinación de ambas en nuevos productos en cada una de las etapas.

Sólo un juez o jurista que conozca los aspectos más remotos y generales estará en situación de llenar adecuadamente las funciones sociales que le competen.

Otro de los representantes de esta escuela fue Benjamín N. Cardozo (1870-1938), quien hizo un fino y comprensivo análisis de la verdadera naturaleza del procedimiento judicial. Apoyándose en su gran experiencia como juez de la Corte de Apelación de Nueva York, llegó a la conclusión de que una sentencia no es únicamente un proceso de descubrimiento, sino también (en grado considerable) un proceso de creación; el juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta. La acción creadora del juez es especialmente indispensable, cuando se requiere la adaptación de una regla o principio a las combinaciones cambiantes de acontecimientos. En el proceso intelectual mediante el cual decide un

asunto, la lógica desempeña sólo un papel subordinado. El juez se ve obligado a valorar y a sopesar unos intereses contrapuestos con objeto de lograr el máximo equilibrio social posible. Al hacerlo así tiene que escoger a menudo entre dos o más posibilidades lógicamente admisibles. Esta elección se verá influida necesariamente por instintos heredados, creencias tradicionales y convicciones adquiridas y por su idea general de la vida y su concepción de las necesidades sociales.⁹ La jurisprudencia sociológica ha llevado a la ciencia del derecho a una relación íntima con los hechos y realidades de la vida social. Ha demostrado que el derecho es un producto. Ha subrayado la interdependencia entre el derecho y las demás fuerzas sociales. La teoría constitucional estadounidense se ha debatido entre la función del juez como simple aplicador del derecho o como creador del mismo. Nadie puede negar que durante largos periodos de este siglo, la posición de la Suprema Corte de Justicia estadounidense ha sido la de un *Policy-maker*, es decir, la de una fuerza no sólo interpretadora de la conciencia social, sino en gran medida, creadora y modeladora del modo de ser y de vivir de la sociedad estadounidense.

2. *Escuela nórdica o escandinava*

Esta tendencia representa una hostilidad al normativismo logicista. Es una clara intención de disolver la ciencia del derecho en la sociología y un inequívoco intento de aproximación del derecho a la vida social. Entre los principales tratadistas de esta corriente encontramos al profesor de la Universidad de Upsala, Axel Hägerström, a Wilhelm Lundstedt y a Karl Olivecrona. Para describir esta teoría nos basaremos, sin embargo, en los estudios de su más moderno seguidor, el danés Alf Ross.

El profesor de la Universidad de Copenhague, Alf Ross, en su libro *Sobre el derecho y la justicia*,¹⁰ establece que la jurisprudencia o teoría general del derecho tiene por objeto resolver tres grandes problemas: el del concepto y naturaleza del derecho, el del fin o idea de éste y el de la interferencia entre derecho y sociedad.

Ross empieza por hacer distinciones de carácter terminológico esenciales para el desarrollo de su teoría, para posteriormente describir una partida de ajedrez y demostrar cómo esta actividad sólo alcanza signifi-

⁹ Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, y Oliver Wendel Holmes, cit. por Bodenheimer, *op. cit.*, p. 350.

¹⁰ 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1963.

cación si se logran entender las reglas del juego que regulan la partida y si los participantes aceptan que esas reglas los obligan, o como dice Ross, se sienten vinculados por ellas. Posteriormente, el autor hace un parangón entre el juego de ajedrez y el derecho, y formula la siguiente conclusión:

El concepto de derecho vigente puede en principio definirse en la misma forma en que antes definimos el de norma válida de juego de ajedrez... derecho vigente indica el conjunto de ideas normativas que fungen como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos, son objetivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas.

Esta conclusión demuestra, según Ross, que el concepto derecho vigente es definible y explicable sin necesidad de recurrir a consideraciones de índole metafísica; la norma funciona exclusivamente como un esquema de interpretación de un conjunto de actos sociales.

Descubre, además, el profesor danés, que la norma más que estar dirigida a los particulares, se dirige a los órganos de la jurisdicción; “El verdadero contenido de una norma, en el ámbito del derecho, consiste en una directiva para los tribunales, en tanto que la referida al particular es sólo derivación de la otra”.

Las normas, desde el punto de vista de su contenido, aparecen divididas en dos grupos: normas de competencia y normas de comportamiento; aunque Ross afirma que en último caso las de competencia (procesales) pueden reducirse a normas de comportamiento, y, por lo tanto, debemos interpretarlas también como directivas para los jueces.

Continúa diciendo que “el fundamento de la ejecución es la sentencia. La sentencia fundamenta, a su vez, el uso de la fuerza física, contra el que no se someta a lo jurídicamente prescrito... El derecho de emplear medidas coactivas es un monopolio de la autoridad política”.

De las consideraciones anteriores, Ross concluye que “un sistema jurídico nacional es el conjunto de reglas relativas a la organización y funcionamiento del aparato coactivo estatal”.

Por otro lado, el autor, al preguntarse sobre la vigencia del sistema jurídico, da la siguiente respuesta:

un sistema de normas tiene vigencia si puede fungir como esquema de interpretación de un conjunto correspondiente de acciones sociales, lo que permite, al propio tiempo, comprender tal conjunto como un todo coherente, en lo que

a su significación atañe. Esa capacidad del sistema de fungir como esquema interpretativo, se basa en un hecho: el de que sus normas sean efectivamente observadas, en la medida en que los destinatarios se sienten vinculados por ellas.

El corolario es el siguiente: las normas son esquemas de interpretación que regulan el empleo de la fuerza. Los fenómenos jurídicos, como equivalente de las normas, no son otra cosa que las resoluciones de los tribunales. Un sistema jurídico nacional puede, de acuerdo con esto, ser definido como el conjunto de directivas que los jueces consideran socialmente vinculantes, razón por la cual las pueden aplicar coactivamente.

Sólo los fenómenos jurídicos en sentido estricto, esto es, los de aplicación del derecho por los jueces, resultan decisivos para la determinación de la vigencia de las normas aplicadas; en otras palabras, de la aplicación judicial depende la validez del derecho.

De acuerdo con esta doctrina, el derecho presupone no sólo cierta regularidad en el actuar de los jueces, sino que además es necesario que éstos se sientan vinculados con las normas.

Para Ross, el derecho resulta ser una ciencia social empírica, y por lo tanto, sujeta al principio de verificación que se reduce al hecho de que las normas sean efectivamente aplicadas por los jueces.

De esta manera, la norma se convierte en nada más que una predicción de lo que el juez hará. Ross dice:

Es la aserción de que, cumplidas ciertas condiciones, los tribunales actuarán, o mejor dicho, harán que se actúe de acuerdo con lo que el precepto dispone, de esta manera las proposiciones acerca del derecho en vigor quedan, pues, verificadas, si esa condición se cumple y las correspondientes normas efectivamente se aplican.

Sin embargo, aún y cuando se hayan emitido varias decisiones judiciales que verifiquen cierta aserción, ésta sigue siendo una previsión incierta acerca de una decisión jurídica futura, ya que, el que la predicción se realice sólo es más o menos probable. La probabilidad de cumplimiento depende del material empírico que sirve de base al autor de la predicción.

Un último planteamiento que se formula Ross es acerca de la efectividad de las normas, y dice:

Un punto común a todas las teorías realistas consiste en que interpretan la vigencia del derecho atendiendo a la efectividad de las normas, una norma

vigente se distingue de un proyecto de ley o de una iniciativa de reforma, en que su contenido actúa en la vida jurídica de la comunidad. Pero, ¿cuándo puede decirse que tal contenido resulta actuante?

Ross dice que existen dos respuestas: una de la escuela realista psicológica y otra de la escuela conductista.

La primera basa la realidad del derecho en fenómenos psíquicos. Una norma está en vigor cuando su obligatoriedad es admitida por “la conciencia jurídica popular”. Esa conciencia determina las reacciones de los jueces, por lo que la aplicación que hace el juez es secundaria y se hace siguiendo esa conciencia nacional. El criterio de efectividad no es aquí referido a su aplicación en cuanto tal, sino el factor determinante que encontramos detrás de ésta.

El realismo conductista, por el contrario, establece que una norma tiene vigencia si hay razones fundadas para creer que servirá de base a resoluciones futuras. El que las normas estén de acuerdo con la conciencia popular es un hecho derivado o secundario, un presupuesto normal, pero no esencial de su aceptación por los órganos jurisdiccionales.

La diferencia entre estas posiciones podría formularse así: el psicólogo define a la vigencia diciendo: “El derecho es aplicado porque es vigente”, el conductista sostiene: “El derecho es vigente porque es aplicado”.

Ross niega validez a éstas, no se decide por ninguna de las dos posiciones y emite una opinión ecléctica sobre la vigencia del derecho:

Semejante interpretación será conductista en cuanto trate de subrayar la coherencia y previsibilidad de las decisiones que el juez formule y que resulten exteriormente observables. Psicólogo en cuanto la coherencia sea referida a un conjunto sistemático de significaciones y determinaciones, sólo posible sobre la base de la hipótesis de que el juzgador, en su vida espiritual se halle gobernado y animado por una ideología normativa cuyo contenido se conoce.

3. *Aproximación realista sociológica a los valores democrático-electORALES*

En nuestro medio, la doctora Leticia Bonifaz Alfonso¹¹ se ha convertido en una conspicua defensora del realismo sociológico. Veamos cómo aborda ella el problema de la eficiencia de las normas democráticas.

11 *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa, 1993, pp. 94 y ss.

La maestra Bonifaz establece que la legitimidad de la autoridad para provocar obediencia espontánea, es un elemento de la eficacia del derecho. Para sostener esta conclusión hace un estudio de diversos autores, entre ellos de Weber, Selznick, Burdeau, Duverger, Lloyd y Bobbio, y concluye que todos ellos coinciden en la afirmación de que “la obediencia a la autoridad será mayor si esa autoridad es legítima”.

Así, para Weber, un poder político debe tener alguna legitimación que le permita ser habitualmente obedecido; Selznick considera que un acto legítimo fortalece la expectativa de su obediencia; Burdeau establece que desde el momento en que el poder es tomado como legítimo, lo cual implica su adecuación a los imperativos de la idea del derecho, existe una disposición automática a aceptar lo que él imponga, y Duverger aclara que a los gobiernos legítimos se les obedece normalmente sin coacción porque se considera legítimo su derecho de mandar.

Como se deduce claramente para esta escuela, la fuente de validez de la legitimidad de los gobernantes se desprende del hecho de su aceptación por el pueblo, es decir, un fenómeno social fundamenta el derecho.

Bonifaz Alfonso analiza el siguiente pensamiento de Bobbio: “la desobediencia habitual o la inobservancia general de las normas constituyen, para quien tiene el poder, una de las razones principales de la pérdida de la legitimidad, aunque no basta en todo caso la no efectividad para transformar un poder legítimo en poder ilegítimo”. Y concluye que “un gobierno puede derivar legitimidad de su origen en la legalidad de su elección. Esta implicó un apoyo mayoritario de la población que puede mantenerse o aumentar durante el ejercicio del poder, pero también puede decrecer. Esto haría entrar en crisis a un gobierno legítimo de origen”.

Sin embargo, la doctora Bonifaz, fiel a su método empiricista, tiene que admitir que es posible (de hecho) obedecer a una autoridad ilegítima, “hemos visto como una autoridad ilegítima mantiene su dominación por el uso de la fuerza...”.

Concluye la iussocióloga: “la obediencia también contribuye a legitimar a un gobernante. De esta manera los conceptos de obediencia, legitimidad y eficacia del derecho se relacionan”.

Por su parte, Zippelius,¹² citando a Niklas Luhmann, establece que después de hacer a un lado cualquier intento de justificación iusnaturalista, el poder político se legitima por medio del reconocimiento general que hacen los gobernados del sistema de gobierno y sus procedimientos jurídicos. “En este sistema se dan procesos decisivos que señalan alternativas a los ciudadanos. Al aceptar éstos las que le parecen más de acuerdo con sus derechos, están dando fuerza a la dominación política y sosteniéndola. Hay pues una identificación de legitimidad y legalidad”.

En estas circunstancias corresponderá al jurista sociólogo indagar, observando los hechos, en qué medida los procedimientos jurídicos producen un gobierno efectivo, es decir, legal y legítimo, y cómo este poder con legitimidad de origen conserva o no su eficacia y logra por lo tanto una obediencia consentida, o si por el contrario se sustenta en la pura fuerza y por lo tanto pierde su naturaleza jurídica. Al respecto Alf Ross ha dicho:

En los casos en que un régimen efectivo existente no recibe aprobación ideológica en la conciencia jurídico-formal de los súbditos sino que es obedecido únicamente por temor, estos no lo viven como un “orden jurídico”, sino como un dictado de la fuerza o la violencia.

En conclusión, el sociólogo quiere que el juez acuda a los hechos para verificar, o la aceptación social de la norma, o la necesidad de la creación judicial, de una norma acorde a las situaciones reales, y a través de su decisión hacer efectivo el derecho, que en esta fuente jurisdiccional encuentre su verdadera prueba de existencia y validez efectiva.

III. POSITIVISMO JURÍDICO

Uno de los mejores expositores del desarrollo de la escuela positivista es, a no dudarlo, el italiano Norberto Bobbio,¹³ quien establece que deben distinguirse tres aspectos característicos en la presentación histórica de esta escuela:

12 Zippelius, Reinhold, *Die legitimationsidae des demokratischen verfassungsstaates*, cit. por González Uribe, Héctor, “Legalidad y legitimidad en el Estado”, *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, México, UNAM, 1981, vol. II, p. 191.

13 Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, traducida por Ernesto Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1991.

A) El positivismo jurídico es, en primer término, una manera especial de estudiar el derecho.

B) En segundo lugar, representa una concepción específica de este último.

C) En tercer término, constituye una ideología *sui generis* de la justicia.

Como manera especial de emprender el estudio del derecho, el iuspositivismo presupone una rigurosa distinción entre derecho real o existente y un derecho ideal. De acuerdo con la primera acepción del término “positivismo jurídico”, positivista es el que adopta, frente al derecho, una actitud no valoradora o estimativa, y para distinguir un precepto jurídico, de otro no jurídico, se basa exclusivamente en datos verificables. La mentalidad positivista no incluye en la definición del derecho consideraciones de tipo teleológico, como la de que éste, para ser tal, deba realizar la justicia, la libertad o el bien común. El positivista en la esfera jurídica, empero, no desconoce necesariamente que haya un derecho ideal, oriundo de la naturaleza o de la razón; simplemente niega que sea derecho en el mismo sentido que el positivo.

Un segundo aspecto del positivismo es como teoría o concepción doctrinal; dicha teoría liga al derecho con la formación de un poder soberano capaz de establecer y aplicar sanciones (este es el Estado). Esta concepción refleja el complejo fenómeno del monopolio, de parte de la comunidad política del poder de producción jurídica. En otras palabras, se funda el principio de la estatalidad del derecho el cual presupone otras características, como la teoría de la coactividad, que por derecho entiende un sistema de normas que se hacen valer por medio de la fuerza; la teoría de la norma jurídica, entendida como un mandato dictado por parte de quien tiene el poder de obligar, una teoría de las fuentes formales, correspondiéndole la primacía a la legislación, una teoría de un sistema jurídico cerrado, en donde el orden jurídico es concebido como un todo, es decir, un sistema que posee el atributo de la integridad, carente de lagunas y coherente, lo que excluye antinomias.

Por último, el positivismo es una ideología, que consiste en atribuir al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, ya que el emanar de una voluntad soberana lo hace justo, lo que equivale a sostener que su justicia o injusticia coincide con su validez o invalidez, es decir, con su forma de creación; además, el hecho de ser creado por quien tiene

el monopolio del poder, independiente del valor material de sus normas, lo llevan a la realización de una serie de fines socialmente valiosos, tales como el orden, la paz, la seguridad y la justicia legal (entendida como principio de legalidad).

Aproximación positivista a los valores democráticos

Hans Kelsen¹⁴ ha sido reconocido como el prototipo del jurista ius-positivista. Veamos cómo asume el problema de la democracia:

En primer lugar, declara compatible a la democracia con el sistema positivista:

a la concepción metafísico absolutista del mundo se ordena la actitud autocrática, así como la democracia corresponde a la concepción científica del universo al relativismo crítico.

En efecto, todos los grandes metafísicos se han decidido por la autocracia y contra la democracia; y los filósofos que han hablado la palabra de la democracia se han inclinado casi siempre al relativismo empírico.

Resuelto así el problema, Kelsen para desarrollar su teoría científica positivista, establece que la libertad más que la igualdad es el fundamento de la democracia:¹⁵

En el ideal de democracia... Convergen dos postulados de nuestra razón práctica en primer lugar, la protesta contra la coacción resultante del estado social, la reacción contra la voluntad extraña, ante la cual la propia tiene que doblegarse... Es la misma naturaleza (humana) que en su ansia de libertad se subleva contra la sociedad. El peso de la voluntad ajena, impuesto por el orden social, es tanto más abrumador cuanto más intensamente se manifiesta en el hombre la conciencia del propio valer el rechazar la superioridad de los demás...

Dice Kelsen que entonces el súbdito reflexiona de su situación frente al señor: “El es un hombre como yo, y todos somos iguales”; y se pregunta: ¿De dónde emana su derecho a mandarme? y concluye él “así la

14 *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Luengo Tapia, y Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1980.

15 Aun y cuando Kelsen parte de los mismos valores, libertad e igualdad, que el maestro Preciado, sus conclusiones serán diametralmente opuestas, como se verá.

idea absolutamente negativa y antiheroica de la igualdad, presta base a la aspiración, también negativa de la libertad”.

Del supuesto de nuestra igual (ideal) desprende el padre de la escuela de Viena la tesis de que nadie debe dominar a nadie. Pero, advierte, “la experiencia demuestra que para seguir siendo iguales necesitamos soportar un dominio ajeno. Por esto la ideología política no renuncia jamás a hacer solidarias libertad, e igualdad, siendo precisamente característica para la democracia la síntesis de ambos principios”.

De aquí necesariamente tiene que concluir Kelsen que:

Si la sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres, y, por consiguiente, una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así la libertad natural se convierte en libertad social o política. Es políticamente libre quien, aún estando sometido, lo esta solamente a su propia voluntad y no a la ajena...

Como se observa, Kelsen, igual que la mayoría de los iuspositivistas, da una preeminencia al Estado sobre el individuo. Tal postura la va delineando poco a poco, como veremos enseguida. Lo primero que hará este autor es contraponer a la idea clásica de libertad (autodeterminación política del ciudadano que implica la colaboración a la conformación de la voluntad estatal), a la libertad natural (la exclusión de la autoridad y del Estado en la vida individual), y concluye:

La importancia inmensa, casi inconcebible, que posee la libertad en la ideología política, solamente es explicable buscando su origen en una recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al Estado que enfrenta al individuo con la sociedad. Y, sin embargo, por un fenómeno casi misterioso de autosugestión, se trueca un mero anhelo hacia una determinada posición del individuo ante la sociedad. La libertad de la anarquía se trueca en la libertad de la democracia.

Después de esto Kelsen retoma la vieja preocupación rousseauiana de la regla de la mayoría, y acepta que “si ha de existir la sociedad en general, y en particular el Estado, debe mediar también la posibilidad de una diferencia entre el orden y la voluntad sujeta a éste”. Este paso se da gradualmente primero,

En cuanto a la democracia inspirándose al menos hipotéticamente, en la idea de la libertad, desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden... es solamente un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad que todavía se interprete como autodeterminación o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la voluntad de la mayoría.

Sin embargo, dice Kelsen que “ni siquiera el que vote con la mayoría puede decir que está exclusivamente sometido a su propia voluntad, como puede apreciarlo tan pronto como modifique la opinión que manifestó en su voto”.

De esto se desprende “la validez objetiva del orden estatal a que está sujeto”, que es nada menos que la premisa fundamental del positivismo como teoría del derecho y como ideología.

Podemos finalizar con la conclusión, ya rampante del estatismo kelseniano y del epítome del abogado iuspositivista con los argumentos siguientes:

La transformación del concepto de libertad, pasando de ser representativa de la no sumisión del individuo a la autoridad del estado (libertad natural), a concebirse como una cooperación del individuo en esta (libertad política) refleja el tránsito del liberalismo (individualismo) a la democracia.

Así, la democracia siempre que el poder del Estado sea exclusivamente determinado por los individuos sujetos a él es compatible aun con el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e incluso con el total aniquilamiento de la “libertad” individual y con la negación del ideal del liberalismo.

Resultado, pues, que Kelsen propone una filosofía, más bien una ideología, para fundamentar la razón de la existencia del Estado:

A causa de la inevitable discrepancia entre la voluntad individual, punto de partida de la idea de la libertad, y el orden del Estado, que prevalece sobre aquella voluntad, aun en el régimen democrático, donde esta discrepancia queda reducida a un mínimo, se produce una nueva transformación en la representación de la voluntad política. La libertad del individuo que fundamentalmente es imposible, pierde poco a poco importancia ante la libertad colectiva social,

y entonces resulta inminente, dice Kelsen que sea a “la personalidad anónima del Estado, a la que se le atribuye el imperio, y no a ninguna per-

sona física”. Así, “la apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable al sentir democrático. La personificación del Estado, que viene a ser fundamental para la teoría del derecho político, tiene también, sin duda, su raíz en esta ideología de la democracia”.

Bajo las acepciones del positivismo jurídico antes descritas se desenvuelven varias teorías acerca de la posición de los jueces que, con ciertos matices, tienen las siguientes características:

1. La concepción de la actividad del jurista y del juez como esencialmente lógica y de manera especial, la consideración de la ciencia del derecho como simple aplicación mecánica de la tarea hermenéutica, derivada del principio de la supremacía de la ley. (El juez tiene un poder meramente declarativo del sentido de los textos).

2. En virtud del monismo jurídico positivista, que sólo admite como jurídico lo que el Estado declara, queda excluida la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales estén facultados para resolver las controversias de que conocen de acuerdo con reglas o principios que no tengan su origen en las fuentes formales, ni puedan considerarse implícitos en las normas vigentes.

3. En su concepción más radical, Herbert L. Hart establece que un sistema jurídico es un sistema lógico cerrado dentro del cual es posible deducir de normas predeterminadas, usando medios lógicos, decisiones correctas, sin necesidad de hacer ninguna referencia a finalidades sociales, tendencias políticas, principios éticos, etcétera.

4. Posiciones menos radicales no niegan que los jueces puedan hacer referencias a fines sociales, tendencias políticas o juicios de valor, sólo que la exégesis de los preceptos vigentes o la integración de sus lagunas sólo pueden hacerse a la luz de principios o estimaciones que no contradigan el espíritu del sistema o resulten incongruentes con el trasfondo axiológico de éste.

IV. CONCLUSIÓN

Creo que si bien el juez sólo puede responder al mandato de la ley, también estoy convencido de que no es un frío y mecánico aplicador de la ley; es indudable que el juez, al igual que el jurista dogmático, tarde o temprano descubrirá contradicciones en el derecho vigente y entonces se enfrentará a dos alternativas: a) que derecho es únicamente lo que se

encuentra en el texto legal, aun y a pesar de las contradicciones dogmáticas que tengan, o b) proclamará que lo contradictoriamente ordenado por la norma legal debe ser corregido (y en el extremo declararlo formalmente inválido) de acuerdo con los métodos de la dogmática jurídica.

La primera alternativa, nos dice el maestro Villoro Toranzo,¹⁶ es la que aceptan las nociones voluntaristas del derecho, para los cuales derecho es antes que nada lo mandado por el legislador, y que coincide con las teorías que caracterizamos con los numerales 1 y 2 anteriores; la otra alternativa es la de las nociones racionalistas, para las cuales la esencia del derecho consiste en ser un ordenamiento estructurado racionalmente de acuerdo con la metodología propia de la ciencia del derecho, numerales 3 y 4 de nuestra clasificación.

Ahora bien, en ninguno de estos criterios la validez del derecho se remite a elementos intrínsecos de los preceptos, como la bondad y justicia de los mismos. Las dos formas de interpretación que proponemos como alternativa para los jueces, son formales en vez de materiales, son positivistas en oposición a iusnaturalistas o iusrealistas sociológicas.

La posición que se adopte derivará de la noción que de fuente tenga el juez.

En realidad, el derecho vigente procede de dos fuentes, la primera es la voluntad del soberano, tal como aparece formulada en los textos legales. La segunda está en el sistema jurídico, construido con mayor o menor habilidad por los juristas a través de la interpretación de la ley y la integración de las lagunas. La actividad constructiva de los juristas constituye un proceso estrictamente racional.¹⁷

Si se acepta la primera fuente, la posición es voluntarista y se contrae al jurista a la misión de “estudiar el oráculo legislativo”, dejando de ser un “factor en el desarrollo del derecho”; si, por el contrario, se acepta la segunda fuente, el jurista buscará la coherencia del sistema y tratará de que éste responda a valores positivos del mismo, como la certeza, la seguridad y la coherencia jurídica, y la misión del juez será creadora.

16 Villoro Toranzo, Miguel, “Sobre la lógica jurídica de García Máynez”, *Estudios de filosofía del derecho*, pp. 380 y ss.

17 García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, 2a. ed., Xalapa, Universidad Veracruzana, 1966, p. 127.

Nosotros somos partidarios de la posición iuspositiva racional del derecho, y consideramos que el papel del juez debe ser el de un científico dogmático que interprete las normas de manera que con éstas se construya un todo sistemático y coherente de acuerdo con los principios axiológicos incorporados al régimen jurídico por los legisladores. Partimos de las siguientes premisas:

1o. Ni el Estado más arbitrario pretende mandar algo absurdo;

2o. En un régimen democrático, quien manda algo lo hace en representación de la mayoría, y cree que lo mandado no sólo es razonable, sino justo (positividad de los valores);

3o. Si por fallas de técnica legislativa lo mandado resulta contradictorio o absurdo, el Estado (Poder Legislativo = pueblo) debe esperar que el absurdo o contradicción sea denunciado.

Bajo estas premisas se puede concluir que en el Estado democrático, es decir, aquel que se encuentra bajo el imperio del derecho, su sistema jurídico debe responder al orden racional de la dogmática jurídica democrática y con sus valoraciones de justicia.

Así las cosas, al juzgador no sólo le compete hacer referencia al texto de la norma secundaria, ni siquiera es suficiente citar la norma base constitucional, sino que debe interpretar el sistema nacional constitucional. Es más, como dice el maestro Villoro, el auténtico jurista debe hacer referencia “a la filosofía de la Constitución (que es la dogmática jurídica) manifiesta en el orden racional constitucional”.

Entonces, ante la posición voluntarista que dice que “El juez sólo debe actuar como juez, tal y como está obligado —no físicamente en razón de su cargo, sino en virtud de la protesta o juramento— a aplicar la ley, aun cuando ello resulte absurdo o ilógico”. Nosotros contestamos —y en esto coincido con el maestro Villoro—: claro que el juez debe aplicar la ley, pero no en su literalidad, sino en su fin sistemático (teleológico), interpretando los valores que esa ley trata de defender y que fueron puestos (positivizados) por un legislador que fue electo por una mayoría de ciudadanos.

Por razón del valor primordial a que el juez debe estar orientado, esto es, la certeza jurídica, y para evitar indebidos subjetivismos judiciales, la labor del juez debe estar fundada en la ciencia del derecho.

Es indudable que el verdadero juez es un científico del derecho, pues sólo a través de una actitud científica dogmática es posible averiguar cuál

les son los valores a los que se encuentra orientada la norma. Si el juez ha de descubrir los valores de la democracia, lo tendrá que hacer de manera intrasistemática, pues no queda duda que la democracia no es más que la creencia del legislador objetivada, esto es, no existen más valores democrático-electoral que los plasmados en el derecho vigente de cada país, en cada época. Los valores democráticos son positivos y compete al juez descubrirlo.