

LA TEORÍA DE LOS TRES CÍRCULOS REEXAMINADA

MIGUEL VILLORO TORANZO,
profesor de Filosofía del Derecho en
la Universidad Iberoamericana,
México

Un nuevo examen

En su reciente obra *Filosofía del derecho*,¹ el maestro Eduardo García Máynez reexamina su conocida y valiosa teoría de los tres círculos. Lo que provoca esta nueva reflexión son las ideas de Arthur Kaufmann, expresadas en un artículo que tiene por título *Die ontologische Struktur des Rechts* (“La estructura ontológica del derecho”). García Máynez expone las ideas centrales del mencionado artículo, por las que Kaufmann combate la llamada “teoría de los dos órdenes”. Esto da ocasión a García Máynez a replantear su teoría de los tres círculos, con frescura, claridad y profundidad nuevas.

Lo que está en juego es nada menos que la noción del derecho: “se trata . . . de saber cuál es la estructura ontológica —no del derecho positivo o del natural— sino del derecho a secas . . . o derecho correcto, como dicen los alemanes”.² Las ideas de Kaufmann y el reexamen de García Máynez nos dan ocasión, a su vez, para proponer soluciones a dicho problema, en las que se puede destacar la aportación de los estudios de Recaséns Siches sobre la lógica de lo razonable.

El planteamiento tradicional de la teoría

Recordemos brevemente lo que afirma la teoría de los tres círculos de García Máynez. Su desarrollo más completo se encuentra en *La definición del derecho*.³ Allí se prueba con referencias a numerosos autores que “la enmarañada selva de opiniones diferentes y aun contradictorias”⁴ sobre el derecho se debe a que se aborda su estudio desde perspectivas diferentes. García Máynez clasifica todas las nociones del derecho en tres perspectivas: “El punto de vista . . . de lo que podría llamarse criterio *oficial* o *estatal*

¹ Porrúa. México, 1974.

² *Filosofía del derecho*, p. 17.

³ 1ª ed., Stylo. México, 1940; 2ª ed., Universidad Veracruzana, Xalapa. México, 1960. Nuestras citas se referirán a la 2ª edición.

⁴ *La definición del derecho*, p. 16.

acerca de lo jurídico";⁵ "el ángulo visual adoptado por el filósofo",⁶ y "el punto de vista que el sociólogo adopta".⁷ A estas tres diferentes perspectivas corresponden tres diferentes nociones del derecho: como sistema de normas formal o extrínsecamente válidas, como sistema de normas intrínsecamente válidas, es decir, justas, y como sistema de normas que efectivamente rigen la vida de una comunidad en cierto momento de su historia. Son nociones que "no se excluyen entre sí, pero tampoco se implican recíprocamente",⁸ Esta idea la expresa García Máynez con tres círculos secantes cuyo enlace encierra "siete perspectivas diferentes":⁹ 1) derecho formalmente válido sin validez intrínseca ni cumplimiento; ¹⁰ 2) derecho formal e intrínsecamente válido pero que no se cumple; 3) derecho intrínsecamente válido sin validez formal ni cumplimiento; 4) derecho formalmente válido que se cumple, pero que carece de validez intrínseca; 5) derecho formal e intrínsecamente válido que se cumple; 6) derecho intrínsecamente válido que se cumple, pero que carece de validez formal, y 7) derecho que se cumple, pero sin validez formal e intrínseca.

Presentada en esta forma, la teoría de los tres círculos es un instrumento utilísimo para clasificar las diversas nociones que, en el transcurso de la historia, se han dado sobre el derecho; nos obliga a fijarnos en el enfoque particular de cada autor y a considerar qué aspectos incluye o excluye en su noción del derecho.

Pero García Máynez, como buen filósofo, no se contenta con constatar el perspectivismo de las diferentes nociones del derecho, sino que se pregunta por la raíz de esas diferencias en las perspectivas. Su explicación es que "el equivoco obedece a que se aplica el mismo vocablo a cosas heterogéneas o, mejor dicho, a que se pretende obtener, relativamente a objetos de conocimiento distintos entre sí, una definición común";¹¹ "pues si bien unas veces se habla de derecho natural, otras de derecho vigente y algunas más de derecho positivo, lo cierto es que no se trata de especies diversas de un solo género, ni de facetas diferentes de una misma realidad, sino de objetos distintos".¹² Y concluye "que hay tres distintos objetos de conocimiento a los que se ha dado el nombre de *derecho*. Cada uno de estos objetos corres-

⁵ *Id.*, p. 103.

⁶ *Id.*, p. 134.

⁷ *Id.*, p. 135.

⁸ *Id.*, p. 237.

⁹ *Id.*, p. 102.

¹⁰ Recordemos que, para García Máynez, "positivo es todo ordenamiento que se cumple" (*id.*, p. 35); él llama "positividad" al cumplimiento. En su *Filosofía del derecho* ya corrige su terminología y llama "derecho eficaz" al que antes había llamado "derecho positivo". En este artículo no seguimos su terminología y llamamos derecho positivo al derecho formalmente válido por imperio del Estado.

¹¹ *Id.*, p. 15.

¹² *Id.*, p. 12.

ponde a un punto de vista sui géneris, y sólo puede ser conocido a través de un método específico".¹³

Dicotomía entre el derecho positivo y el derecho natural

Como se ve, del hecho de que se contempla al derecho desde diferentes perspectivas, García Máynez concluye —por un salto mortal lógico—¹⁴ que “no se trata de especies diversas de un solo género, sino de nociones distintas e irreductibles entre sí”;¹⁵ “no se trata... de facetas diferentes de una misma realidad, sino de objetos distintos”.¹⁶ Se establece así una clara dicotomía entre el derecho positivo y el derecho natural. Entendemos aquí por derecho positivo el derecho formal o extrínsecamente válido, es decir, un sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una nación determinada; y por derecho natural el derecho objetiva o intrínsecamente válido, es decir, el derecho justo.

Esta dicotomía es, para García Máynez, en primer lugar lógica: son dos conceptos diferentes, distintos e irreductibles entre sí. En segundo lugar, es también una dicotomía de los objetos estudiados: son objetos distintos, no son facetas diferentes de una misma realidad. En tercer lugar, la dicotomía repercute en las personas: son los órganos estatales los que piensan al derecho como positivo; en tanto que los filósofos —unas personas particulares— lo piensan como justo o como derecho natural. Justifiquemos con textos esta tercera clase de dicotomía.

“Para los órganos del Estado —escribe García Máynez—¹⁷ no existe ni puede existir más derecho que el estatal, ni más criterios de validez que los taxativamente establecidos por la norma básica.” “El juez sólo puede proceder como juez, y como tal está obligado —no únicamente en razón de su cargo, sino en virtud de protesta o juramento— a aplicar la ley, aun cuando ello repugne a su sentido de justicia.”¹⁸ Y “el jurista debe aceptar la validez del derecho existente y limitarse a las tareas de interpretación y sistematización de los preceptos que integran cada ordenamiento. El orden positivo no es sólo el *factum* de la ciencia jurídica, sino el dogma intangible que el jurista

¹³ *Id.*, p. 237.

¹⁴ La raíz de este salto mortal lógico es el presupuesto neokantiano que el método del conocimiento “crea” al objeto del conocimiento. Según este presupuesto, cuando una cosa es estudiada con métodos diferentes, en realidad no se estaría conociendo la misma cosa desde diversos ángulos de estudio, sino que se estudiarían “objetos diferentes entre sí” (*id.*, p. 17), “realidades heterogéneas” (*Filosofía del derecho*, p. 512).

¹⁵ *La definición del derecho*, p. 101.

¹⁶ *Id.*, p. 12.

¹⁷ Eduardo García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, UNAM, México, 1968, p. 157.

¹⁸ *La definición del derecho*, p. 255.

tiene que admitir, *si quiere proceder como jurista*".¹⁹ "Si, para los órganos del poder público, no hay más derecho que el creado, reconocido o aplicado por ellos mismos, . . . esto necesariamente implica . . . que . . . no pueden hacer depender la fuerza vinculante que atribuyen —y en todo caso tienen que atribuir— a los preceptos del derecho positivo, de los juicios que, por aplicación de criterios ultrapositivos de validez jurídica, los particulares eventualmente formulen sobre el valor intrínseco, en sentido axiológico, de aquellos preceptos".²⁰ "El poder público no puede admitir que la fuerza vinculante de las normas que ha reconocido o sancionado se haga depender de la opinión de los particulares sobre el contenido de esas normas."²¹ Son, pues, los particulares aquellas únicas personas que pueden pensar al derecho en términos de la validez intrínseca o del contenido justo de sus normas. Y si un juez quiere seguir su conciencia ante una ley que considera injusta, "tiene derecho a seguir la voz de su conciencia, *si antes deja de ser juez*",²² es decir, si vuelve a la categoría de particular. Es verdad que García Máynez aconseja al litigante que "ha de luchar porque el criterio estatal acerca del derecho se pliegue, cada vez en mayor medida, a las exigencias de la justicia".²³ Y además piensa que "en tal empeño deben unirse todos los ciudadanos, y no solamente los consagrados a la enseñanza del derecho o al ejercicio de la abogacía".²⁴ Pero éstas son recomendaciones metajurídicas que da a los particulares, ya sean éstos litigantes, profesores de derecho o simples ciudadanos, pero que no afectan la rigurosa posición voluntarista de los órganos estatales.

La estricta dicotomía entre el derecho natural y el derecho positivo culmina en la siguiente afirmación: "Las únicas posiciones lógicamente aceptables ante el problema de los nexos entre 'orden natural' y 'orden positivo' son las de índole monista: ya el *monismo del ius naturae*, ya el *monismo positivista*.

¹⁹ *Id.*, p. 256. Nótese de paso que aquí está el fundamento de la incapacidad de García Máynez para distinguir, dentro del criterio de la validez formal o extrínseca, lo que en realidad son dos criterios diferentes: el voluntarista y el racionalista. Para los voluntaristas las normas son válidas porque lo manda el Estado; para los racionalistas, porque forman un sistema racional coherente. El primer punto de vista es el de los órganos estatales y es el que desarrolla García Máynez; el último es el de los teóricos del derecho, los que como tales más de una vez condenan como absurdas tales o cuales normas de derecho positivo. Pero, puesto que los teóricos del derecho trabajan sobre el *factum* del derecho positivo, García Máynez ve en ellos unos voluntaristas, sin fijarse que su criterio para juzgar no es si está mandado, sino si está razonable y lógicamente mandado. La dogmática jurídica, aunque se construye sobre el derecho positivo, es antes que nada un orden racional no sólo de las ideas sino principalmente de los valores defendidos en el derecho positivo. Esa dogmática puede ser alegada ante los tribunales para demostrar que tal o cual norma mandada es inválida.

²⁰ *Filosofía del derecho*, p. 507.

²¹ *Positivismo jurídico . . .*, p. 158.

²² *La definición del derecho*, p. 255.

²³ *Id.*, p. 258.

²⁴ *Ibidem*.

De acuerdo con aquél, no hay más derecho que el natural; de acuerdo con éste, el único auténtico es el positivo.”²⁵

Hacia un replanteamiento del problema

La posición de García Máynez en favor de la dicotomía entre derecho natural y derecho positivo parecía inquebrantable. Pero he aquí que al final de su reciente obra *Filosofía del derecho*, le asaltan nuevas dudas y escribe: “El problema del llamado derecho natural... tendrá que ser replanteado en distinta forma, si en realidad deseamos colocarnos en una posición que se encuentre *más allá* del positivismo jurídico y de las incontables variantes de la doctrina del *ius naturae*.”²⁶ ¿Qué es lo que lo hace titubear en una posición tan firmemente, hasta entonces, definida? A esto hay que contestar que, aunque es la doctrina de Arthur Kaufmann la que provoca las palabras que acabamos de citar, la inseguridad de García Máynez parece remontarse mucho más lejos. En efecto, la doctrina de Kaufmann ya la había expuesto en su obra *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, y allí había sido refutada reiterando la convicción de que las únicas posiciones lógicas aceptables son las de los monismos o iusnaturalista o positivista. Creemos que la inseguridad de García Máynez se remonta más lejos porque el tema de la conexión entre el derecho intrínsecamente válido y el derecho positivo es un *leitmotif* que torna una y otra vez a ser replanteado en su obra,²⁷ buscando siempre aunque sin encontrar alguna salida por la cual no quede abandonado el derecho positivo a los caprichos voluntaristas del Estado. La impresión es la de un converso que no acaba de estar convencido, a pesar de sus numerosas proclamas de fe. Y esta impresión se agudiza al leer su *Filosofía del derecho*, en la que no sólo hay un abierto rechazo del formalismo kelseniano,²⁸ sino que expresamente defiende que “el derecho es un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos... no podríamos llamar derecho a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común, para no mencionar

²⁵ Eduardo García Máynez, “Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico”, en *Symposium sobre Derecho Natural y Axiología*, XIII Congreso Internacional de Filosofía, UNAM. México, 1963, p. 90. En el mismo sentido: *Positivismo jurídico...*, p. 161; y *Filosofía del derecho*, p. 503.

²⁶ *Filosofía del derecho*, p. 507.

²⁷ En 1930, García Máynez publicó su tesis de recepción de abogado, que tiene el título *Estudio de las relaciones que median entre el derecho y la moral*; en 1935 publica *El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho*; en 1946 escribe para la *Revista de la Universidad de La Habana* un artículo titulado: “Derecho racional y derecho positivo”; en 1948 publica *La definición del derecho*; en 1963 presenta ante el XIII Congreso Internacional de Filosofía la ponencia mencionada en la nota 25 y en 1967 ante el VII Congreso Interamericano de Filosofía otra ponencia con el título “Diferencias y relaciones entre moral y derecho”; por último, en 1968 publica su *Positivismo jurídico...*, citado en la nota 17.

²⁸ *Filosofía del derecho*, pp. 48-50.

ahora sino los fundamentales".²⁹ En efecto, en su *Filosofía del derecho* hay un verdadero replanteamiento de su teoría de los tres círculos, que se puede formular en la forma siguiente: 1) es necesario "superar la teoría de los dos órdenes",³⁰ por "las insolubles dificultades que, sobre todo en casos de conflicto, plantea";³¹ 2) se aconseja "el abandono del término derecho natural y un planteamiento distinto del problema de la validez del derecho positivo",³² y 3) el problema sigue siendo "el de la validez o, para expresarlo de otro modo, el del fundamento de la obligatoriedad de las normas del derecho".³³

Ahora podemos volver la mirada hacia la obra del maestro Luis Recaséns Siches, y preguntarnos si en ella se encuentran respuestas a este replanteamiento del problema de los criterios de validez del derecho.

Los estudios de lógica jurídica de Recaséns Siches

El mismo Luis Recaséns Siches explica cómo emprendió estos estudios. Su contacto con el pensamiento jurídico anglosajón, durante los años 1949 a 1954 en que fue profesor en varias universidades norteamericanas, lo hizo reflexionar y desarrollar "algunas ideas que había apuntado ya, en obras suyas anteriores, aunque sólo de modo germinal, sobre la interpretación del derecho, sobre la doble dimensión circunstancial de todo derecho positivo, sobre la lógica de lo humano, y sobre el carácter creador de la función judicial".³⁴ El fruto de estas reflexiones se encuentra en dos importantes obras, la *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1956) y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable* (1971), en numerosos artículos³⁵ y en no pocas páginas de su *Tratado general de filosofía del derecho* (1959).

Nos interesa resaltar el ángulo de enfoque o, si se prefiere, la perspectiva de tales estudios. Ciertamente no es el punto de vista de la validez extrínseca, ya que no es una investigación de lo que es justo para de allí concluir soluciones jurídicas. Recaséns explica así el propósito de su primer libro sobre el tema: "es una aclaración sobre los problemas que han brotado en el ámbito de la interpretación y aplicación judiciales del Derecho".³⁶ Y aclara que

²⁹ *Id.*, pp. 413 y ss.

³⁰ *Id.*, p. 504.

³¹ *Id.*, p. 507.

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ Luis Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Porrúa, México, 1963, t. I, p. 489.

³⁵ Una lista parcial de esos artículos puede verse en la nota 14, pp. 511 y ss. de *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, UNAM. Fondo de Cultura Económica, México, 1971. Esta lista llega hasta el año 1969. Posteriormente Recaséns ha seguido publicando artículos sobre lógica jurídica, en particular en *Diánoia*.

³⁶ *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 28.

“no se trata de emancipar al jurista de su deber de fidelidad al Derecho positivo”,³⁷ sino de examinar “la esencia necesaria de la función del juzgador”³⁸ y del carácter de su proceso lógico “fundándolo justificadamente sobre razones que pertenecen esencialmente a la índole del Derecho positivo”.³⁹ Por lo tanto, en la teoría de los tres círculos, la perspectiva de Recaséns corresponde al primer círculo, que es el del punto de vista de los órganos estatales. Es verdad que no investiga el proceso lógico correspondiente a todos los órganos estatales sino sólo al juez; pero es claro que éste es una autoridad y no un particular y que “es esencialmente una pieza integrante del orden jurídico positivo, sin la cual éste no podría funcionar, ni alcanzaría su sentido plenario”.⁴⁰ También es verdad que lo que Recaséns dice del razonamiento jurídico de los jueces puede —y debe— ser extendido al razonamiento jurídico de todos los juristas, pero éstos no figurarían aquí como meros particulares sino en su función de colaboradores de la implementación e interpretación del derecho positivo. “El jurista, en tanto que tal y nada más que como tal, no puede hacer a un lado las normas del Derecho positivo, antes bien debe prestarles fiel obediencia”.⁴¹

Hay, sin embargo, algunas diferencias importantes en los enfoques de las dos grandes obras que Recaséns dedica a nuestro tema. En la primera —la *Nueva filosofía*— estudia principalmente el proceso del razonamiento judicial, mientras que en la segunda —la *Experiencia jurídica*— es el proceso racional de todos los juristas el que es tratado. Además, la primera se concentra en las diferencias entre la lógica tradicional o lógica formal y la lógica aporética o “logos de lo razonable”, y la segunda, aunque también aborda esta cuestión, se encamina más bien a descubrir la realidad ontológica del derecho que es conocido por medio del logos de lo razonable.

El pensamiento judicial según Recaséns Siches

Basado en lo que han escrito algunos jueces (Holmes, Cardozo, Pound, son los más importantes) sobre los procesos lógicos que de hecho emplean en su función judicial y sobre análisis de la realidad de la jurisprudencia (en particular los de Gény y Cruet sobre la francesa; Ihering, Ehrlich, el movimiento del derecho libre y la jurisprudencia de intereses, sobre la alemana; Gray, Frank y Llewellyn, sobre la norteamericana; Dualde y Cossio sobre el derecho judicial en general), Recaséns Siches llega a las siguientes conclusiones.

Aunque el juez tiene el propósito de aplicar el derecho positivo vigente, su aplicación le presenta un doble problema de valoración: tiene que valorar

³⁷ *Id.*, p. 29.

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Luis Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1959, p. 319.

⁴¹ *Id.*, p. 4.

las circunstancias concretas del caso para poder clasificar a éste dentro de alguna o algunas categorías jurídicas previstas por el sistema de derecho y tiene que elegir valorando aquellas normas del ordenamiento jurídico que en justicia son aplicables al caso. “Los jueces y los abogados tienen abundante experiencia del hecho de que muchas veces se encuentran con respecto a un litigio o proceso, con dos o más normas del Derecho vigente, cada una de las cuales aparentemente podría parecer la pertinente para decidir la controversia planteada . . . Entonces, el juzgador tiene que elegir entre esas varias normas . . . Tal escogimiento puede efectuarse única y exclusivamente por virtud de una valoración del contenido . . .”⁴² En resumen, aunque el juez parte siempre de normas con validez extrínseca, dentro de éstas selecciona aquellas cuya validez intrínseca se adapta al caso. En otras palabras, el derecho no es contemplado solamente como normas que son obligatorias porque son mandadas por la autoridad competente, sino también como normas cuya justicia permite la solución de un caso concreto. Si entre los normas del derecho positivo no se encuentra alguna que posea esa justicia para el caso concreto, entonces se declara una laguna en el ordenamiento jurídico y se resuelve el caso conforme a la justicia de los principios generales del derecho que se juzguen justos para el caso.

Es claro que el juez que así procede es un órgano estatal, pero dado que este modo de contemplar al derecho no coincide con el explicado por García Máynez, ¿no debemos preguntarnos si hay variantes en el punto de vista de los órganos estatales?

Diversas visiones del derecho por los órganos estatales

Aunque todo órgano estatal parte de una consideración del derecho como derecho positivo, creemos que es evidente que ni se acercan al mismo de igual manera ni lo interpretan del mismo modo las diversas especies de órganos estatales. Entre éstas, se pueden distinguir las siguientes: el pequeño funcionario, el funcionario con cargo de responsabilidad, el abogado litigante, el teórico del derecho, el juez de la Suprema Corte y el legislador.

Nuestro método consistirá en preguntarnos cómo de hecho contemplan al derecho cada una de estas categorías, y cotejar los datos observados con las visiones que nos dan García Máynez y Recaséns Siches.

La visión del derecho según el pequeño funcionario

Aunque es claro que entre los pequeños funcionarios se dan muchas y diferentes actitudes ante el derecho, parece que entre ellos predomina una actitud que se podría calificar como burocratismo. La suelen encontrar los particulares en sus trámites en las oficinas del gobierno. El burócrata o pequeño funcionario tiene una preocupación principal: dejar satisfecho al

⁴² Luis Recaséns Siches, “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, en *Diánoia*, 1969, p. 263.

jefe. Normalmente esto lo logra, ateniéndose a las instrucciones muy precisas que ha recibido. Si el caso planteado por el particular se sale de los cuadros de instrucciones recibidas, entonces el funcionario no se mueve; a lo más, indica al particular que vea al jefe. Podrá el particular tener toda la razón del mundo, pero eso no va a influir en el burócrata. Para él, las normas jurídicas son simplemente lo mandado por el jefe; si le consta que el jefe la mandó, la solución es válida, aunque sea absurda o injusta. Creemos que la visión del burócrata cabe de lleno en el punto de vista de la validez extrínseca, tal como lo describe García Máynez. En efecto, el burócrata verifica “el conjunto de requisitos que, de acuerdo con el poder público, condicionan la obligatoriedad extrínseca de las normas de derecho”.⁴³ En realidad, ese conjunto de requisitos para el burócrata se reduce a uno solo: que lo mande el jefe competente. Es verdad que, para García Máynez, la plena verificación de la validez extrínseca supone el examen de las fuentes formales que dieron origen a las normas y la referencia de éstas “a una fuente última y suprema de validez formal”.⁴⁴ Pero esta fuente última y suprema no es la Constitución, sino que “reside, como lo ha visto certeramente Heller, en la voluntad del Estado”.⁴⁵ Para el pequeño funcionario, la voluntad del Estado es manifestada a través de la voluntad del jefe, y la fuente formal es la orden dada por éste, sobre todo si se da en un escrito firmado.

La visión del funcionario con cargo de responsabilidad

En esta categoría de funcionarios se dan muchas más variantes: desde la persona que lleva años administrando una oficina como un pequeño feudo, persona irremplazable porque nadie conoce mejor que ella todos los reglamentos, formularios y minucias de su oficina, hasta el joven de buenas intenciones que se siente un tanto perdido, a pesar de su pretendida suficiencia, en el marasmo burocrático. Para el primer tipo, la visión del derecho también es la de la validez extrínseca descrita por García Máynez: la voluntad del Estado se ha manifestado en esos reglamentos sacrosantos que esa persona está dispuesta a defender como sacerdotisa de un culto fijado en letras inmutables, minuciosas y ritualistas. A veces, en beneficio de alguien que ha sabido ganarse su gracia, el rito habitual podrá ser reemplazado por otro rito más flexible, con lo cual la sacerdotisa mostrará sus enormes poderes de intérprete de la divina voluntad estatal, porque en alguna forma esa persona se siente parte integrante del Estado omnipotente.

¿Y qué decir del funcionario siempre dispuesto a acomodarse a una recomendación que llegue de más arriba? Su visión también es voluntaria, sólo que para él la expresión de la voluntad estatal es más sociológica que jurídica.

⁴³ Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, p. 130.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

Pero también hay funcionarios en esta categoría que se esfuerzan en aplicar las normas jurídicas con sensatez y justicia. Entonces su visión del derecho positivo coincide con la que describe Recaséns Siches como propia de la función judicial.

La visión del abogado litigante

En esta categoría es donde hay más variantes: desde el que, tenga o no tenga título, se comporta como un “coyote”, hasta el abogado que se esfuerza por ser “un servidor del Derecho y un coadyuvante de la Justicia”,⁴⁶ pasando por el litigante codillero. El coyote tiene lo que García Máynez llama “el punto de vista que el sociólogo adopta”⁴⁷ sobre el derecho: prescinde de que las normas tengan validez extrínseca o intrínseca, y sólo se interesa en obtener resultados. El codillero suele aceptar el punto de vista de la validez extrínseca descrita por García Máynez, sobre todo cuando ésta favorece a su cliente (lo cual ya significa alguna aceptación de la validez intrínseca), y en cuanto al abogado servidor del derecho y coadyuvante de la justicia, es claro que posee la visión descrita por Recaséns: a partir del derecho positivo busca las soluciones justas. Y esto lo reconoce García Máynez, quien escribe:

Tratándose del jurista práctico o, más concretamente, del abogado, parece obvio que éste debe preocuparse, ante todo, por conocer a fondo el derecho en vigor, así como los criterios oficiales acerca de la interpretación y aplicación de los distintos preceptos. Pero sus esfuerzos no deben limitarse al estudio de los dogmas del oráculo legislativo o judicial. El litigante debe usar también sus facultades críticas... cuando examina la justificación de los preceptos que el Estado crea, o cuando tiene que emitir un juicio sobre la necesidad de realizar una reforma. Esas facultades deben también ejercitarse cuando se trata de fijar el sentido de una expresión legal, o cuando el problema consiste en descubrir las reglas que han de llevar al juez a la integración de una laguna. Si no fuera así, la intervención del abogado saldría sobrando, o quedaría reducida a la invocación de los dogmas oficiales. Examinadas las cosas desde este ángulo, parece evidente que el litigante no debe someterse de manera ciega a esos dogmas, sino que —en actitud a un tiempo de colaboración y de crítica— ha de luchar porque el criterio estatal acerca del derecho se pliegue, cada vez en mayor medida, a las exigencias de la justicia.⁴⁸

La visión del teórico del derecho

Por teóricos del derecho no sólo entendemos a aquellos que escriben libros y artículos jurídicos sino también a los que enseñan el derecho. Aunque también hay variantes en esta categoría, creemos que éstas son menores y, además, que todos los teóricos del derecho comparten una característica

⁴⁶ Código de ética profesional de la Barra Mexicana de Abogados, artículo primero.

⁴⁷ García Máynez, *La definición del derecho*, p. 135.

⁴⁸ *Id.*, pp. 257 y ss.

común: todos parten del derecho positivo. Incluso los filósofos del derecho filosofan a partir del derecho positivo. Véase, como ejemplo, al mismo García Máynez: sus teorías filosóficas sobre las relaciones jurídicas, sobre los sujetos jurídicos y sobre la estructura del sistema normativo y orden jurídico, están pensadas ante el derecho positivo y para ser aplicadas en él.

Sin embargo, podríamos distinguir dos tipos fundamentales de teóricos del derecho, que podríamos llamar los positivistas y los juristas. Los primeros siguen haciendo propio el espíritu de la proclama de Bugnet, miembro de la Escuela de la Exégesis: “Desconozco el Derecho Civil; sólo enseño el Código Napoleón.” Para ellos la enseñanza del derecho comienza y termina con el conocimiento de las normas vigentes. Adoptan, por lo tanto, el punto de vista de la validez extrínseca del derecho. Pero, en la medida que poseen sentido crítico, se van apartando de esa posición. Primero, sujetan el derecho positivo a una crítica de índole racional: señalan sus incoherencias, sus omisiones y cómo, en determinados casos, contradice a la teoría general del derecho. Luego enfrentan el derecho positivo a las realidades de la vida, subrayando lo utópico o lo inaplicable de tal o cual solución. Por último, se preguntan sobre la justicia de las soluciones vigentes. En síntesis, el espíritu crítico los va impulsando a abandonar la posición estrictamente positivista para, a partir del derecho positivo, aceptar criterios de valoración suprapositivos, como son el de la coherencia racional (noción racionalista del derecho), el de la aplicación a la realidad (noción empírica del derecho) o el de la justicia (noción moral del derecho). Quienes aceptan estos tres criterios suprapositivos son los teóricos del derecho que llamamos juristas. Su posición ha sido ampliamente expuesta por Recaséns Siches, particularmente en su obra la *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. De ellos escribe García Máynez:

Es indiscutible que el jurista debe tener clara conciencia de las diferentes perspectivas... mas de aquí no se sigue que haya de aceptar a ojos cerrados el criterio de validez que el Estado preconiza... el vigor que se exige al distinguir las posiciones adoptadas por quienes cultivan aquellas disciplinas, no tiene por qué reclamarse cuando la cuestión no consiste en señalar fronteras, ni en el estudio de procedimientos metódicos, sino en descubrir la misión que al jurista corresponde⁴⁹ —esta misión Recaséns Siches la explica así: si bien el jurista no es el servidor directo de la justicia ideal pura, puesto que es el realizador del orden jurídico positivo, sin embargo, no puede ser ajeno a los puntos de vista de justicia, antes bien debe manejarlos, sólo que dentro del marco del derecho positivo.⁵⁰

Visión del juez de la Suprema Corte

La misión del jurista es la misión de todos los jueces y en especial de aquellos que forman la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su máxima

⁴⁹ *Id.*, p. 257.

⁵⁰ Luis Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 5.

preocupación debe ser —como lo explica Recaséns al exponer el pensamiento de Roscoe Pound—⁵¹ “llegar a la elaboración de sentencias justas”. Es verdad que deben buscar los criterios en el derecho positivo vigente, pero pueden y deben interpretarlo conforme a los principios de la teoría general del derecho. Para ellos, más que para cualquier otro jurista, el derecho positivo es sólo un camino para llegar a lo justo. En esto no podemos alegar alguna confirmación por parte de García Máynez, pues para él “el juez sólo puede proceder como juez, y como tal está obligado... a aplicar la ley, aun cuando ello repugne a su sentido de justicia”.⁵² A esto contestaríamos con las ideas de Recaséns Siches: claro que el juez debe aplicar la ley, pero la función judicial de aplicación de la ley no es mecánica, sino siempre es creadora; por eso, allí donde descubre una injusticia en el orden jurídico, debe proceder a integrarlo.

El poder de aplicación consiste en hacer entrar las situaciones particulares... bajo el imperio de una regla legal. La ley no es modificada por una interpretación atrevida; más bien se puede decir que la ley es alimentada por una aplicación amplia.⁵³ La afirmación de que inevitable y forzosamente el juez crea siempre derecho no significa ningún propósito de montar al juzgador por encima de la ley. Significa tan sólo que el juez es un componente esencial e imprescindible del orden jurídico positivo.⁵⁴

Y tanto mejor integrará ese orden cuanto más justas sean sus sentencias.

Visión del legislador

Para García Máynez el defensor nato del punto de vista de la validez extrínseca es el legislador, pues nadie tendría mayor interés en la fiel y estricta obediencia de las leyes que él mismo ha promulgado. Puesto que él es el que establece “lo que podría llamarse criterio oficial o estatal acerca de lo jurídico”, su visión del derecho tiene especial relevancia. ¿Será verdad que todo legislador tiene una visión positivista del derecho? Si es verdad para el legislador del Estado totalitario y hasta para el legislador del Estado autocrático; pero no creemos que sea verdad para el legislador del Estado democrático.

Notemos, en primer lugar, que todo legislador de buena voluntad pretende que sus leyes son justas; si manda algo es porque cree que lo mandado es la solución justa. Así piensa García Máynez: “De hecho, quienes participan en los procesos de creación jurídica suelen presentar el fruto de su actividad como encarnación de la justicia, aun cuando no hagan depender la fuerza obligatoria de sus mandatos del valor objetivo de cada precepto.”⁵⁵

⁵¹ Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 83.

⁵² Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, p. 255.

⁵³ Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 295.

⁵⁴ Recaséns Siches, “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, p. 268.

⁵⁵ García Máynez, *La definición del derecho*, p. 251.

En segundo lugar, el que el legislador permita a otros —por ejemplo, a los tribunales— el control de lo justo legislado, depende de su actitud democrática. Cuando él se cree el único capaz de definir lo justo, niega ese control y trata de imponer a todos los demás una visión voluntarista del derecho. Tal fue el caso de los legisladores de la Revolución Francesa quienes, por un Decreto Orgánico de fecha 16-24 de agosto de 1790, prohibían a los jueces interpretar la ley y les mandaban turnar a la legislatura los casos de dudosa aplicación o de lagunas de la ley. Tal era la actitud de Napoleón, de quien se cuenta que se quejaba de que la interpretación de los tribunales iba a deformar su obra legislativa. Pero cuando el legislador posee un genuino sentido democrático, él es el primero en reconocer que su obra es perfectible y que otros —en particular, los tribunales, los teóricos del derecho y los abogados litigantes— pueden percibir y denunciar imperfecciones en la ley. Esas denuncias contribuirán entonces a controlar e integrar la ley como un ordenamiento más justo. Entonces el legislador poseerá la visión del derecho que describe Recaséns como propia de la función judicial.

Primera conclusión: la visión del jurista

En las categorías descritas vemos que la visión del derecho fluctúa entre la visión voluntarista, para la cual no hay más derecho que el mandado por la autoridad competente, y la visión del jurista, para la cual se parte del derecho positivo para buscar una solución justa. Decimos que esta segunda visión es propia del jurista, porque precisamente su función es servir al derecho positivo, pero no ciegamente, sino como coadyuvante de la justicia. No importa el puesto que ocupe (funcionario con responsabilidad, abogado litigante, teórico del derecho, juez o legislador), el jurista es un crítico, pero crítico positivo del derecho positivo. Claro que la existencia del jurista crítico sólo es posible en aquellos regímenes políticos cuya filosofía es democrática, como afortunadamente es el caso de nuestro sistema de derecho.

En la teoría de los tres círculos, la visión del jurista, partiendo del círculo de la validez extrínseca, se localiza en la perspectiva quinta: para él el derecho además de poseer validez extrínseca, debe ser justo y realista (es decir, debe poder ser cumplido). Esto significa que su método para acercarse al derecho no puede ser la mera verificación de la validez extrínseca por el examen de las fuentes formales, sino que, una vez identificadas las diferentes normas aplicables al caso, debe valorar su contenido para proponer la aplicación más justa. Más aún, el examen de las fuentes formales deberá hacerlo refiriéndolas “a una fuente última y suprema” no sólo de validez formal sino también de validez material o intrínseca, que no es la voluntad del Estado sino los principios filosófico-jurídicos que integran la dogmática jurídica del sistema de derecho, la mayor parte de los cuales se encuentran consagrados en el texto de la Constitución. Esos principios están por encima

de la voluntad del Estado y deben sujetarla a su contenido. En el lenguaje técnico-jurídico esta referencia a los principios de la dogmática consagrados en la Constitución se conoce como el problema de la constitucionalidad de las leyes.

Segunda conclusión: la estructura ontológica del derecho

Llegamos así al tema que se planteaba García Máynez al reexaminar su teoría de los tres círculos: ¿cuál será la estructura ontológica, no del derecho positivo o natural, sino del derecho correcto o derecho de los juristas? Las investigaciones de Recaséns lo llevan a contestar a esta pregunta adhiriéndose a la teoría tridimensional del derecho propuesta por Miguel Reale.⁵⁶ El derecho tiene una dimensión normativa que se manifiesta en constituciones, leyes, sentencias, etcétera, pero todas estas normas sólo adquieren su auténtica significación cuando se complementan con las otras dos dimensiones: la de la vida humana y la de los valores. En efecto, las normas deben individualizarse en la vida humana para poder ser llamadas derecho, si no se reducen “a un mero pedazo de papel o a unas voces en el desierto”,⁵⁷ y, además, lo importante no es el texto de la ley, que contiene las normas, “sino sobre todo y principalmente... las valoraciones positivas sobre las cuales la ley está de hecho inspirada”.⁵⁸

Así llegamos a la misma concepción de la estructura ontológica del derecho que planteaba García Máynez en su reexamen de la teoría de los tres círculos: “El Derecho es un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos... no podríamos llamar Derecho a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común.”⁵⁹ Claro está: desaparece la dicotomía entre derecho positivo y derecho natural y tenemos ahora, como derecho correcto o derecho de los juristas, un derecho positivo con contenidos enraizados en el derecho natural. Todos los juristas debemos luchar para que esta visión de la estructura ontológica del derecho sea la de los órganos estatales.

⁵⁶ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, p. 16.

⁵⁷ *Id.*, p. 522.

⁵⁸ *Id.*, p. 537.

⁵⁹ Ver nota 29.