

UNIDAD 1

LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

1. EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

Hemos visto cómo los autores y las escuelas han tenido, a través *de* los tiempos, diversas nociones del Derecho. Por ellas han tratado de explicarnos la naturaleza del Derecho, del Derecho que es objeto de la ciencia y de las preocupaciones de los juristas. El significado de la palabra "derecho" en todas las nociones vistas en los cuatro capítulos precedentes rebasa los diversos sentidos precisos que tiene la misma palabra cuando se usa para significar el "derecho subjetivo", los ideales de Justicia, el "Derecho objetivo" o las diferentes clases de este último (que vimos en el primer capítulo). Hasta la noción del "Derecho" del Positivismo Jurídico es más amplia que la del estricto significado del "Derecho Positivo", puesto que por "Derecho" entiende no sólo el sistema de normas vigentes en una sociedad determinada sino la explicación del mismo de acuerdo con la voluntad del legislador.

Hay una serie de elementos comunes a todas las explicaciones vistas: *a)* todas se refieren al Derecho objetivo, en cuanto que son aplicables al Derecho como sistema de normas; *b)* todas nos dan una noción que planea sobre las acepciones analógicas de la palabra "derecho"; *c)* todas tienen en cuenta el Derecho Positivo, aunque en el caso de las nociones morales es para subordinarlo a un orden moral.

Pero, cuando se quiere definir la noción del "derecho" por su género próximo y diferencia específica, entonces encontramos puntos de vista tan diferentes que la definición parece imposible. ¿Cómo definir el Derecho cuando las nociones que se tienen sobre el género al que pertenece son tan diferentes? El género al que pertenece el Derecho —ya lo hemos visto— para unas nociones, es el orden moral; para otras, un orden racional; para las empíricas, la realidad social; y para las voluntaristas, lo querido por el legislador.

La definición por género próximo y diferencia específica es conocida como "definición esencial", porque enumera los elementos esenciales de un ser, tanto los que tiene comunes con otros seres de la misma categoría (*género*) como los que lo distinguen de esos seres (diferencias específicas). V. gr., hombre se define como animal (género) racional (diferencia específica).

Recapitularemos en un cuadro las nociones del Derecho que hemos visto en los capítulos anteriores. Las expondremos considerando los elementos esenciales que ven como género y diferencia específica en el Derecho.

En el cuadro que vamos a presentar a continuación aparecen todos los elementos esenciales del Derecho, aunque algunos de ellos tienen categoría de género, en una noción, y de diferencia específica, en otra. El cuadro de nociones de Derecho nos permitirá formular un catálogo de los elementos esenciales del Derecho. Quedará, después, por ver el lugar que debe darse a cada uno de ellos en la definición esencial del Derecho.

Las nociones del Derecho proceden en la misma forma. Primero, reconocen que hay "algo" —es decir, una esencia— que es Derecho, aun antes de los esfuerzos doctrinales para investigar en qué consiste ese "algo jurídico", esa "esencia del Derecho". Luego, se pronuncian sobre los elementos esenciales que creen constituyen ese "algo jurídico"; pero no por ello dejan de reconocer (Kelsen es una excepción) que el "algo jurídico" —la "esencia del Derecho"— se halla presente en determinados objetos de nuestro lenguaje o de nuestro pensamiento, por lo cual debidamente, aunque no exactamente en el mismo sentido, son llamados "Derecho". ¿Por qué entonces, sabiendo todos en la práctica qué objetos son Derecho, llegan los autores a formular nociones doctrinales tan divergentes del Derecho? Creemos que la respuesta es menos difícil de lo que pudiera parecer a primera vista: porque, habiendo descubierto en la esencia del Derecho una nota esencial determinada, se han precipitado en construir en torno de la misma —y con exclusión de las demás notas esenciales— una noción definitiva del Derecho. Se negaron a aceptar que la noción del Derecho debe ser "sintética", es decir, debe reunir todas las posibles notas de lo jurídico, en cualquiera de sus particulares sentidos, las cuales deben reflejarse en la noción del Derecho, sin que ningún sentido de la palabra "derecho" pueda quedar excluido.

El unilateralismo de algunas nociones se reduce en realidad a un círculo vicioso: se formula previamente a la experiencia una noción del Derecho y se exige a continuación que esta noción se ajuste a la experiencia. Se niegan a admitir lo arbitrario de su punto de partida. Si de antemano se construye la noción del Derecho sobre una o dos notas de la esencia del Derecho, es claro que sólo se podrá llamar "derecho" a aquello que contenga esa o esas notas en estado puro. Allí donde esa nota esté mezclada con otras no previstas en la definición, ya no se podrá hablar de Derecho puro, sino tan sólo de formas bastardas e impropias de lo verdaderamente jurídico.

Dos ejemplos para que quede patente el defecto del unilateralismo en algunas nociones del Derecho: Kant parte del concepto que Derecho no es lo mismo que Moral (lo cual es cierto y todos lo admitimos) y llega a la conclusión que sólo será Derecho aquello en donde no aparezca lo moral, es decir, en condiciones externas y heterónomas de la coercibilidad social. De un plumazo quedó eliminado, desde el punto de partida, todo el contenido de Justicia del Derecho, simplemente porque Kant no quiso admitir que las notas distintivas del Derecho pueden compaginarse —y aun fundarse— en otras notas esenciales de lo jurídico, que son morales.

Un segundo ejemplo: el Marxismo descubre la estrecha relación de lo jurídico con la realidad económica, y concluye precipitadamente que ésta debe explicar al primero. Un análisis más detenido de esa relación (que tampoco negamos) llega a la conclusión que lo económico es condición y no causa del Derecho Positivo. Para el Marxismo sólo será Derecho el Derecho Positivo causado por lo económico, sin preocuparle otros sentidos de la palabra "derecho", ni la posible realidad de que en alguno de esos sentidos el Derecho sea causa y lo económico efecto.

En resumen: creemos que la definición del Derecho debe ser tal que: 1) incluya todas las notas esenciales de lo jurídico, sin que el afirmar una implique la exclusión de otra; 2) ofrezca a todos los sentidos de la palabra "derecho" unas notas comunes, aplicables a todos los sentidos aunque no en la misma forma; y 3) distinga la importancia

de cada una de las notas esenciales, de tal suerte que las más importantes deben encontrarse en todos los sentidos de la palabra "derecho" y las menos importantes sean las que soporten todo el peso de las diferencias entre esos sentidos.

2. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO

Vamos a ver que la mayor parte de los elementos esenciales del Derecho de nuestro catálogo son reconocidos por la casi totalidad de las nociones del Derecho. Es verdad que algunas nociones no los mencionan explícitamente, pero ello se debe a la unilateralidad de su punto de partida, de la que hablábamos más arriba.

2.1 *El Derecho es "un fenómeno exclusivamente humano"*

Todos los autores están de acuerdo. Aristóteles, Cicerón, los juristas romanos, el pensamiento escolástico y la mayor parte de los tratadistas modernos explícitamente relacionan el Derecho con la libertad y la razón del hombre. El Marxismo también reconoce esta nota esencial del Derecho cuando hace del Derecho una "ideología", ya que las ideologías sólo se pueden dar entre los hombres. Recaséns Siches, para quien el Derecho es "vida humana objetivada", pone el acento en el carácter humano del Derecho.

2.2 *El Derecho es "un ordenamiento de la razón"*

De nuevo la tradición jurídica (antigüedad. Derecho Romano, Escolástica) se muestra explícita en este punto. Kant lo hace el punto de partida de su noción, puesto que estudia el Derecho en cuanto "pensar jurídico", diferente de otros modos de pensar. Kelsen lo exagera hasta hacer del orden normativo percibido por la razón el único objeto de la ciencia jurídica. La corriente del Empirismo Jurídico no niega que la razón descubra y formule leyes, simplemente subordina el proceso racional a factores empíricos.

2.3 *El Derecho "presupone la libertad humana"*

El Marxismo-Leninismo es el que más limita esta afirmación sin llegar a desconocerla. Para él, la verdadera libertad sólo será posible en la sociedad comunista y la grandeza de las grandes personalidades reside "en la capacidad del individuo para salirse con la suya y realizar su voluntad superando toda clase de obstáculos". Vyshinsky, Golunskii y Strogovich defienden abiertamente que el Derecho es un sistema de normas y un orden coactivo, lo cual no puede darse sin la presuposición de la libertad humana.

NOCIONES	GENERO	DIFERENCIAS ESPECIFICAS
<p>MORALES</p> <p>Derechos primitivos</p> <p>Derecho Natural Biológico.</p> <p>Derecho Natural Tradicional.</p>	<p>Orden moral.</p> <p>Orden moral-religioso</p> <p>Orden común a hombres y animales.</p> <p>Orden moral de valores absolutos (Justicia Natural)</p>	<p>Obligatorio en una sociedad</p> <p>Obligatorio en una sociedad</p> <p>Interpretado y concretizado por una autoridad determinada (Justicia Legal)</p>
<p>RACIONALISTAS</p> <p>Escuela Racionalista del Derecho Natural</p> <p>Kant</p> <p>Kelsen</p>	<p>Lo ordenado metódicamente según razón</p> <p>Sistema racional de normas</p> <p>Pensar <i>a priori</i> del deber ser</p> <p>Pensar jurídico</p>	<p>Diferente de la Moral según el pensar jurídico.</p> <p>Fundado en un aspecto de la naturaleza humana.</p> <p>Heterónomo, externo, coercible, unilateral.</p> <p>Con base en el aspecto normativo del Derecho Positivo.</p>
<p>EMPÍRICAS</p> <p>Escuela Histórica.</p> <p>Sociologismo Jurídico.</p> <p>Marxismo.</p>	<p>Producto de la realidad social independiente de las conciencias individuales</p> <p>Realidad histórica.</p> <p>Realidad de vínculos sociales</p> <p>Ideología de la clase dominante</p>	<p>Que se refleja en el pensar social.</p> <p>Expresada por el alma popular en el Derecho consuetudinario, conforme a "postulados de Justicia".</p> <p>En su manifestación externa de exigencias coactivas</p> <p>Producto de un sistema económico de producción</p>
<p>VOLUNTARISTAS</p> <p>Escuela del Derecho Divino de los Reyes</p> <p>Ilustración francesa</p> <p>Positivismo Jurídico</p>	<p>Lo querido por el legislador</p> <p>Expresión de la Voluntad divina</p> <p>Orden natural sobrehumano</p> <p>Sistema del Derecho Positivo</p>	<p>Obligatorio en la sociedad</p> <p>Manifestada por el monarca absoluto</p> <p>Expresado por la voluntad soberana del pueblo</p> <p>Interpretado conforme a la voluntad del legislador</p>

2.4 *El Derecho es "una forma de vida social"*

Inútil insistir sobre esta nota evidente y admitida por todos, y especialmente puesta en evidencia por la Escuela Histórica del Derecho. Sin embargo, si se pone el acento en la palabra "forma", entonces cambia el problema. Como dice Eduardo García Máynez:¹ "En realidad, todos los autores admiten que el derecho es una regulación del proceder de los hombres en la vida social, y sólo discrepan en lo que atañe a la naturaleza de los preceptos jurídicos. Las advertencias fundamentales giran en torno al problema que consiste en saber si tales preceptos son normas auténticas o exigencias dotadas de una pretensión de validez absoluta, pero desprovistas, en ocasiones, de valor intrínseco".

2.5 *El Derecho "tiene como fin la Justicia"*

Este elemento esencial, que constituye el meollo de las nociones iusnaturalistas, es el más discutido de todos. Se le combate o porque se quiere purificar a la Ciencia del Derecho del enfoque moral (Racionalismo Jurídico), o porque se juzga anticientífica toda mención de los valores de Justicia (Empirismo y Positivismo Jurídicos). Sin embargo, no puede desconocerse el hecho que todo legislador (hasta el marxista-leninista) invoca a la Justicia como razón de ser y fin de sus leyes. El Positivismo Jurídico lo reconoce, cuando investiga la voluntad del legislador; y lo mismo hacen las doctrinas empíricas que, ya sea como "postulados de Justicia" (Escuela Histórica del Derecho) o como una mera "ideología" (Marxismo), se ven obligadas a explicar la aspiración de Justicia con la que siempre se tropiezan en su observación de los fenómenos sociales jurídicos.

El cómo se conozca la Justicia, el que la Justicia del jurista sea la misma o diferente de la del moralista, y el si ese conocimiento es científico, son problemas que abordaremos al estudiar la Ciencia del Derecho. Por de pronto, bástenos consignar — como fruto de la observación histórico-jurídica, ya que no como verdad admitida por todas las nociones del Derecho— que todos los sistemas jurídicos se señalan como fin a la Justicia.

2.6 *El Derecho es "diferente de la Moral"*

Primero, la Escuela Racionalista del Derecho Natural y, luego, Kant y Kelsen se esforzaron en destacar las diferencias, hasta el punto que el último hace al Derecho irreductible a la Moral. El que sean diferentes no implica que se deban excluir o que no puedan darse relaciones entre uno y otra, sino sencillamente significa que el sentido de la palabra "derecho" no es el mismo de la palabra "moral", y esto porque cada palabra tiene un contenido propio que forzosamente debe diferir del contenido de la otra palabra. Una definición del Derecho tendrá que definirlo como algo diferente de la Moral.

¹ *La Definición del Derecho*, Xalapa, México, 1960, p. 15.

2.7 *El Derecho "debe ser promulgado por un legislador autorizado"*

El Positivismo insistió sobre este carácter del Derecho, que no es extraño al pensamiento tradicional. Santo Tomás defendió que la promulgación es de la esencia de la ley. El Doctor Angélico cita el Decreto Graciano, según el cual "las leyes quedan instituidas cuando son promulgadas".

2.8 *El Derecho "está condicionado por la realidad"*

Las diversas escuelas del Empirismo Jurídico han destacado el papel de la realidad en la formación del Derecho: la Escuela Histórica, el de la realidad histórica en general; el Sociologismo Jurídico, el de la realidad de los vínculos colectivos de una sociedad; el Marxismo, el de los factores económicos, y el Positivismo, el de las decisiones políticas.

El carácter realista del Derecho no es extraño ni al Derecho Romano —bajo la idea de "necesidad"— ni al Derecho Natural Tradicional bajo el concepto de "circunstancias".

2.9 *El Derecho "debe realizarse en la historia"*

El Derecho no es cuestión académica, sino tarea eminentemente práctica. El Derecho no debe quedar como una especulación teórica, utópica, sino que debe realizarse en la realidad histórica. Hay que dar a cada uno lo suyo dentro de sus límites espaciales y temporales. El sentido práctico del Derecho está implícito en la mayor parte de las nociones del Derecho, por ejemplo en las nociones de exterioridad y coactividad de Kant. Kelsen, el más formalista de todos los teóricos del Derecho, reconoce que la finalidad del Derecho es provocar una conducta humana socialmente deseable.

3. REFLEXIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Del recorrido que hemos hecho a través de los elementos que han sido considerados como esenciales en el Derecho, una cosa salta a la vista: el único elemento que presenta verdaderas dificultades es el que hemos enumerado en quinto lugar, cuando nos referíamos a la Justicia como fin del Derecho. Los demás, o son explícitamente aceptados por las doctrinas jurídicas, o por lo menos quedan implícitos en las mismas. Por lo tanto, queda pendiente el problema de si el Derecho debe estar regulado por una Justicia fundada en valores morales, o si la Justicia, a la que hacen referencia todos los sistemas jurídicos es un mero recurso legal que no afecta la esencia del Derecho. Algo de la solución queda apuntado en el sexto elemento: puesto que el Derecho es diferente de la Moral, la Justicia de que hablamos no puede ser la misma Justicia del moralista. ¿Cómo será, entonces, la "Justicia del jurista"? Lo veremos más adelante.

Otra reflexión: los elementos enumerados en segundo y tercer lugar son explicitaciones del primer elemento. En efecto, una actividad exclusivamente humana debe ser racional y libre. Sin embargo, es el segundo elemento (el Derecho es un

ordenamiento de la razón) el que nos permite reunir en una sola fórmula lo esencial de los cuatro primeros elementos: el Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta.

Los elementos quinto (Justicia) y sexto (diferente de la Moral) nos dicen cómo debe ser el criterio racional según el cual deberán ser ordenadas las actividades sociales de los hombres.

El séptimo elemento añade una nota esencial no incluida antes: la positividad del Derecho, es decir, la promulgación por la autoridad competente de acuerdo con un procedimiento vigente en el país.

Por último, los elementos octavo y noveno recuerdan el carácter realista que debe tener todo verdadero Derecho, ya sea en su elaboración —octavo elemento—, ya en su aplicación —noveno—.

Las nueve notas o elementos esenciales corresponden directamente al Derecho objetivo, que —como lo vimos en el primer capítulo— es el analogado principal de la palabra "derecho", en tanto que algunas de estas notas sólo indirectamente se pueden referir al "derecho" como facultad, como ideal de Justicia, o como ciencia. Por ejemplo, el derecho-facultad está ordenado por la razón pero no es un ordenamiento de la razón (nota 2) y, aunque necesite para su reconocimiento y protección de la intervención de la autoridad y sus leyes, puede existir mucho antes de la promulgación de las mismas (nota 7). En cuanto al "derecho" como ciencia, se puede decir que estudia el carácter social y los elementos de Justicia de las normas jurídicas pero no es "una forma de vida social" (nota 4) ni tiene como fin a la Justicia (nota 5) sino a la Verdad. Por último, "derecho" como ideales de Justicia no tiene como fin la Justicia sino que es esa Justicia, no está promulgado por la autoridad sino que es el criterio que usa esa autoridad en la promulgación.

Por consiguiente, por "derecho" se entiende primeramente el Derecho objetivo o Derecho como norma, y secundariamente derecho como ciencia, como facultad y como ideal ético. Cabe ahora entrar en la discusión del problema crucial de la definición del Derecho: ¿deberá entenderse que el Derecho es únicamente un sistema de normas promulgadas por la autoridad sin ninguna referencia a su contenido moral, o será éste esencial en una definición del Derecho? Los estudios llevados a cabo por Don Eduardo García Máynez en *La Definición del Derecho*² nos ayudarán a madurar la respuesta.

4. "TEORÍA DE LOS TRES CÍRCULOS" DE GARCÍA MÁYNEZ

"En realidad, todos los autores admiten —escribe García Máynez—³ que el derecho es una regulación del proceder de los hombres en vida social, y sólo discrepan en lo que atañe a la naturaleza de los preceptos jurídicos. Las divergencias fundamentales giran en torno al problema que consiste en saber si tales preceptos son normas auténticas

² 2ª ed. revisada. Universidad Veracruzana, Xalapa, México, 1960.

³ *Op. cit.*, p. 15.

o exigencias dotadas de una pretensión de validez absoluta, pero desprovistas, en ocasiones, de valor intrínseco". En otras palabras: ¿cuál debe ser el enfoque propiamente jurídico: la mirada que penetra hasta la raíz ontológica de la Justicia de los preceptos jurídicos, o aquella que prefiere ponderar las formas externas de esos preceptos?

Según García Máynez, se dan tres puntos de vista diferentes en la consideración del Derecho: el del filósofo, el de los órganos estatales y el del sociólogo.

a) *La validez objetiva o intrínseca*

El filósofo jurista se interesa por la validez intrínseca u objetiva de las normas jurídicas, es decir, por su Justicia. "La validez objetiva de un precepto no deriva de la forma o estructura lógica del mismo, ni de las condiciones en que fue formulado, sino exclusivamente de su materia. Objetivamente válido es el precepto justo."

"El problema de la validez objetiva de las reglas de conducta que integran un sistema jurídico no puede plantearse desde un punto de vista formal. Tal cuestión no es propiamente jurídica, sino filosófica. Su planteamiento supone la existencia de una filosofía del derecho y, por lo tanto, la de una axiología jurídica. Las múltiples doctrinas conocidas a lo largo de la historia con el nombre de *iusnaturalismo* constituyen, en rigor, una actitud estimativa frente al derecho, y postulan la existencia de un orden jurídico cuya validez depende exclusivamente de su justicia."

La validez intrínseca u objetiva es el punto de vista de las nociones morales del Derecho.

b) *Vigencia o validez en sentido formal*

"Cuando se afirma que una disposición vale *formalmente*, lo que en realidad quiere indicarse es que el Estado le atribuye fuerza obligatoria, independientemente de que exija algo (intrínsecamente) valioso". Una norma jurídica es válida en sentido formal cuando ha sido declarada obligatoria por la autoridad conforme a las formas de promulgación imperantes en el país.

La validez en sentido formal es el punto de vista de las nociones voluntaristas; es la nota que toman en cuenta los órganos estatales (por ejemplo, los funcionarios) de un Gobierno.

García Máynez también incluye —a nuestro modo de ver, indebidamente— en este punto de vista la posición del jurista dogmático que se interesa por las normas jurídicas en cuanto que, por su forma o estructura lógica, corresponden a un sistema de Derecho. El punto de vista del jurista dogmático y teórico del Derecho —que es el de las nociones racionalistas del Derecho—, aunque no puede estrictamente ser clasificado bajo el rubro de la validez intrínseca (puesto que no se interesa directamente por el valor intrínseco de Justicia de las normas jurídicas), en realidad está más cerca de ella que de la vigencia o validez formal. El jurista racionalista se interesa por las "formas" o estructura lógica de las normas jurídicas (y en este sentido, su punto de vista es también de validez "formal"), pero su interés no está directamente vinculado a la voluntad del legislador; más bien su

actitud es la de subordinar esa voluntad a un orden razonable, el de la dogmática jurídica. En la segunda parte, veremos la función de la dogmática jurídica que consiste en servir de instrumento técnico a los ideales de Justicia.

c) *Positividad (o vigencia), según García Máynez*

El tercer punto de vista es el del sociólogo. Este estudia al Derecho en cuanto es una forma de convivencia viviente en una sociedad determinada. "No se refiere a la justicia, ni al valor formal de las normas de derecho, sino sólo a su eficacia." Como el Derecho viviente de un pueblo puede ser conocido por medio de hechos objetivos, perceptible por la experiencia, García Máynez lo llama "Derecho Positivo". "Positivo — dice— es todo ordenamiento que se cumple", es decir, que está viviente, que rige efectivamente la vida de una comunidad en cierto momento de su historia.

El atributo a que nos referimos no es ni puede ser absoluto. La positividad de una norma o un complejo de normas es siempre relativa. Los preceptos del derecho pueden ser vulnerados. La violación de los mismos constituye una excepción a su positividad. Mejor dicho: una disposición normativa tiene positividad cuando es cumplida o aplicada; carece de ella cuando es infringida. Certeramente ha dicho Kelsen que la positividad del derecho representa una zona intermedia de aplicación, que no puede llegar a un límite superior de observancia indefectible, ni descender tampoco a otro inferior de absoluto incumplimiento una norma o un sistema de normas que se cumpliesen necesariamente, perderían su carácter obligatorio, para transformarse en leyes de la naturaleza. Si el comprador de una cosa no pudiese dejar de pagar el precio, saldría sobrando el precepto que le impone tal deber. La positividad no puede descender hasta el límite inferior de incumplimiento absoluto, porque, por definición, si no hay observancia (aun cuando sea esporádica), la norma no es positiva. El atributo de que hablamos siempre es contingente. Si nos limitamos al caso de un precepto aislado, tendremos que admitir que un solo acto de aplicación o cumplimiento es bastante para que, al menos en relación con dicho acto, la norma tenga eficacia. Cuando no se trata de un solo precepto, sino de todo un sistema jurídico, su positividad consiste en la observancia normal del mismo.⁴

En su *Filosofía del Derecho*, publicada en 1974, García Maynez reemplaza el término "positividad" por el de "vigencia". Nosotros preferimos hablar de "vivencia" y de "Derecho viviente" pues así sugerimos mejor el punto de vista de las nociones empíricas del Derecho.

d) *Los "tres círculos"*

Tenemos, según García Máynez, tres diferentes puntos de vista sobre el Derecho: el del filósofo, el de los órganos estatales y el del sociólogo. Las tres nociones del Derecho así obtenidas "no se excluyen entre sí, pero tampoco se implican recíprocamente, ya que cabe hablar de un derecho formalmente válido que no sea positivo ni tenga validez

⁴ *Op. cit.*, p. 35s.

intrínseca, o de un derecho justo desprovisto lo mismo de positividad que de vigencia o, por último, de un derecho positivo injusto, no reconocido por el poder público".⁵

Hemos observado que se debe hablar también de un cuarto punto de vista, no suficientemente distinguido por García Máynez: el del jurista dogmático o teórico del Derecho. En efecto, se puede mencionar un Derecho estructurado lógicamente, pero injusto, no reconocido por el Estado y no viviente en la sociedad. En realidad, ese es el Derecho de algunas doctrinas utópicas. Sea lo que fuere de este último punto de vista que nos llevaría a hablar de un cuarto círculo, volvamos a nuestra exposición de la teoría de García Máynez.

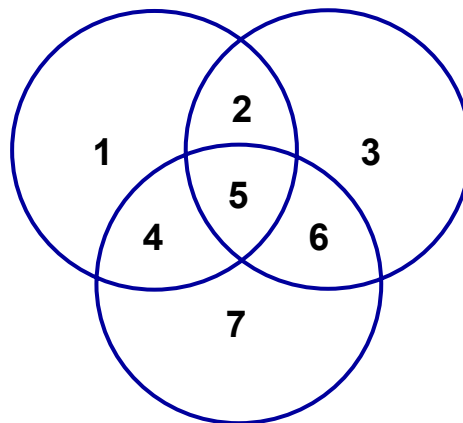
Puesto que las notas esenciales que se han dado para explicar la noción del Derecho "no se excluyen, sino que pueden coexistir en un mismo precepto, e incluso en todo un sistema jurídico", se pueden dar siete posibilidades diferentes en una norma. García Máynez las representa gráficamente por medio de tres círculos.

Círculo A:

Validez
formal

CÍRCULO B:

Validez
objetiva



Círculo C: Positividad (e. d., vivencia)

La gráfica permite una excelente clasificación imaginativa de las diversas nociones del Derecho. En efecto, toda definición del Derecho parte de una consideración del Derecho, o como válido por requisitos extrínsecos, o como válido intrínsecamente, o como existente en la realidad independientemente de una validez extrínseca o intrínseca. Este punto de partida de cada noción del Derecho, que en la gráfica corresponde a uno de los tres círculos A, B o C, nos ofrece el género próximo de la definición del Derecho.

Sin embargo, la mayor parte de las nociones del Derecho no se contentan con brindar un punto de partida, sino que lo completan con especificaciones que, sin salirse

⁵ Op. cit., p. 237.

del círculo progenitor, se sitúan ya en terreno de alguno de los otros círculos. Así alcanzamos la diferencia específica de la definición.

García Máynez nos presenta como ejemplo la noción kelseniana del Derecho, que ilustrará lo que venimos exponiendo.

"El derecho debe definirse, según Kelsen, en función de las notas siguientes: 1) es un conjunto de normas; 2) tales normas son heterónomas; 3) no postulan un deber en sentido ético, sino que se limitan a enlazar a un hecho condicionado una consecuencia condicionada; 4) pueden ser coactivamente impuestas; 5) su observancia debe hallarse garantizada por un poder capaz de aplicarlas normalmente, aun en contra de la voluntad de los obligados."

Por consiguiente, para Kelsen, el género del Derecho está constituido por condiciones extrínsecas de validez, como son la heteronomía, la coactividad y la trabazón lógica. Para él, el género es el círculo A.

Kelsen, además toma posición frente al círculo B, al rechazar expresamente el sentido ético del Derecho. Luego, excluye las posibilidades 2 y 5. En cambio, exige que las normas jurídicas sean eficaces, es decir, que tengan aplicación aun en contra de la voluntad de los obligados. Por lo tanto, la noción kelseniana del Derecho se puede formular así: A 4. "A" indica el género próximo de la definición: la validez extrínseca de carácter lógico. El número "4" señala la diferencia específica: la eficacia que deben alcanzar esas normas por medio de la coacción de "un poder capaz de aplicarlas normalmente".

García Máynez presenta aún otro ejemplo, el de Leibniz, para quien la noción del Derecho se reduce al carácter de Justicia. La fórmula leibniziana del Derecho sería sencillamente "B", es decir, todo y nada más el círculo B.

Completaremos esta exposición con un ejemplo nuestro: el de la noción tomista del Derecho. Para Santo Tomás la ley humana es una parte dentro del orden normativo universal. Para que sea "ley" debe ser justa, es decir, debe tener validez intrínseca. Pero la ley humana debe ser "promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad" y eso en función del "bien común", es decir, de su realización benéfica dentro de una sociedad humana concreta. La fórmula tomista de la definición del Derecho será, consiguiente "B5", en la cual "B" señala el género próximo: un orden normativo justo de validez intrínseca, y el número "5" indica las dos diferencias específicas: la promulgación por la autoridad y su destino práctico de realización de acuerdo con las circunstancias de la realidad.

e) Conclusiones de García Máynez

Influenciado por el kantismo, según el cual el modo de conocer determina el objeto de la ciencia, el ilustre profesor de la Universidad de México concluye "que hay tres distintos objetos de conocimiento a los que se ha dado el nombre de "derecho". Cada uno de estos objetos —sigue escribiendo García Máynez—corresponde a un punto de vista *sui generis*, y sólo puede ser conocido a través de un método específico. Las nociones referidas a tales objetos no se excluyen entre sí; pero tampoco se implican recíprocamente. . . Pero es claro que cuando se alude a esos objetos, tal cosa no se hace en

un sentido absoluto, sino sólo *desde un cierto punto de vista*. Lo que es derecho para los órganos estatales puede no serlo para el filósofo, y lo que éste considera como tal acaso no lo sea para el sociólogo. La anterior reflexión pone el desnudo las limitaciones del perspectivismo. Tal postura permite descubrir relaciones invariables entre el espectador y el objeto contemplado, si la actitud de aquél y la actitud de éste se determinan rigurosamente; pero hace imposible la confusión de realidades heterogéneas, o la de facetas distintas de una misma realidad".

Nos encontramos, por consiguiente, ante tres sentidos del derecho-norma que corresponden a tres enfoques o perspectivas que, siguiendo a García Máynez, insistirán respectivamente en el aspecto estatal, filosófico y sociológico. Por considerarlos irreductibles cada uno de ellos respecto de los otros dos. García Máynez presenta, no una, sino tres definiciones del Derecho. Helas aquí:

"Derecho formalmente válido es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en un determinado país y una cierta época la autoridad política considera obligatorias."

Derecho intrínsecamente válido es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado." "Derecho positivo es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que efectivamente rigen la vida de una comunidad en cierto momento de su historia."⁶

Pero, ¿existe, en realidad, tal irreductibilidad entre las tres nociones? ¿Se dan verdaderamente "tres distintos objetos" —cada uno con su definición— o se trata más bien de un solo objeto sobre el cual existen tres diferentes puntos de vista? Creemos que esto último es lo verdadero. Es la naturaleza del Derecho la que todos tratan de explicar, aunque desde diversos puntos de vista. Entonces, ¿cuál será el punto de vista propio del jurista? Lo veremos en la sección siguiente.

5. REFLEXIÓN SOBRE LOS TRES CÍRCULOS

a) El enfoque sociológico, expresado en el círculo C, interesa al jurista sólo en función de los otros dos círculos. Claro que el jurista quiere que el ordenamiento jurídico se aplique, que viva en las relaciones sociales; pero la vida, o aplicación, o positividad (como la llama García Máynez) de las normas jurídicas presupone la existencia de las mismas. No se puede cumplir, aplicar, observar un ordenamiento jurídico que no existe.

En cuanto a la posibilidad 7, es decir, la existencia de normas de conducta social no motivadas ni por el poder estatal ni por razones de Justicia, interesa al jurista en cuanto que le informa sobre la realidad social que tiene que tomar en cuenta antes de formular el Derecho, pero no porque esa clase de normas sean ya Derecho.

También interesan al jurista las posibilidades 4, 5 y 6 del círculo C en cuanto que le informan sobre el cumplimiento actual del Derecho formal u objetivamente válido. El círculo C nos dice cómo las normas son cumplidas y no se pregunta si serán cumplidas en

⁶ *Op. cit.*, p. 239.

el futuro. El jurista, que no quiere caer en el utopismo, no debe perder de vista la eficacia actual de una norma para poder prever la eficacia que deben tener sus normas jurídicas en el futuro; pero es la eficacia futura, y no la actual, la que preocupa al jurista.

En resumen, el enfoque sociológico del círculo C sólo interesa al jurista porque le facilita la información necesaria para que su Derecho pueda ser aplicado eficazmente a la realidad. Ese enfoque "auxilia" al jurista, pero no es el enfoque estrictamente jurídico.

b) ¿Que decir ahora del círculo B, el de la validez intrínseca? La respuesta será mucho más compleja y deberá tomar en cuenta tres hechos mantenidos por casi la totalidad de la tradición jurídica: 1) el Derecho no puede ser injusto, sino que debe valer intrínsecamente; 2) las normas válidas intrínsecamente no constituyen el único objeto de la ciencia del Derecho ni mucho menos de la práctica del abogado, sino que la tradición jurídica ha considerado siempre (salvo la excepcional doctrina de Leibniz) que una norma, para que sea Derecho, debe ser promulgada por la autoridad y satisfacer determinadas formalidades externas; y 3) que el punto de vista del jurista es diferente del que tiene el moralista.

Todo enfoque predominantemente filosófico subrayará el primer hecho. Esto es lo que hicieron los juristas de la Antigüedad, ya sea romana ya escolástica, y es lo que sigue haciendo la mayor parte de los filósofos contemporáneos. Para todo enfoque predominantemente filosófico, el analogado principal del Derecho hay que buscarlo en el círculo B. ¿Será éste el enfoque que corresponde a la ciencia moderna del Derecho? No lo creemos así. Aunque todos los juristas siempre se interesarán por la Justicia de las normas jurídicas, desde que la ciencia de las normas jurídicas se ha ido estructurando como ciencia propia, es decir, desde que el pensamiento moderno ha aparecido en la ciencia jurídica, la Justicia ya no interesa como primer analogado.

El jurista de nuestros días se pregunta ante todo qué es lo que ordena la autoridad. Sólo después buscará el contenido de Justicia de lo ordenado. Por consiguiente, para el pensamiento del jurista moderno, menos filosófico que el antiguo, el primer analogado de la palabra "Derecho" no hay que buscarlo en su sentido filosófico sino en la vigencia o validez extrínseca de las normas. Este es un hecho cuyo desconocimiento equivale a pretender que entre los juristas modernos perdura una actitud intelectual que pertenecía a sus antecesores pero que ya no se encuentra entre los modernos, a no ser que planteen el problema desde un punto de vista meramente filosófico. Pero —repetimos— ese enfoque filosófico de hecho no es el enfoque de los juristas modernos.

Guardémonos, sin embargo, de sacar falsas conclusiones de lo dicho. El que la Justicia no constituya el primer analogado del Derecho para los juristas modernos no implica que la Justicia deba desaparecer totalmente de una visión moderna del Derecho.

c) En una noción moderna del Derecho, el primer analogado corresponde a la validez extrínseca, más exactamente aún, al hecho de la promulgación de la norma por la autoridad legítima. En las escuelas de Derecho y en el ejercicio de la profesión del abogado, el jurista se pregunta ante todo qué es lo que ordena la autoridad, en otras palabras, se pregunta por el Derecho formalmente válido. Sin embargo, si es verdadero

jurista, la inquisición intelectual pasará inmediatamente de lo que es mandado al por qué es mandado.

La validez formal no constituye el único objeto de la ciencia del Derecho. No interesa por sí sola, en cuanto mera expresión de la voluntad del legislador, sino en cuanto que es la solución justa encontrada por la autoridad ante determinados problemas surgidos de la realidad histórica.

El que la Justicia sea un elemento indispensable en toda norma vigente para ser considerada Derecho lo comprueban, desde puntos de vista diferentes, los legisladores y los súbditos. "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",⁷ y los súbditos no se sienten obligados a obedecer una norma que consideran injusta, más aún, se creen con derecho a operarse a la misma con medios que variarán desde la más estricta legalidad hasta la abierta rebeldía.

La misma idea de la validez formal descansa en un principio de Justicia. "Suele afirmarse que el derecho positivo encuentra su fundamento en el principio de autoridad. Pero el ejercicio de esta última supone a su vez la idea de justicia. Admítase, al menos en principio, que las reglas jurídicas positivas deben ser justas, sean cuales fueren las opiniones de los individuos acerca del contenido de tales reglas. La autoridad encargada de formular el derecho tiene, por definición, la facultad de juzgar, desde puntos de vista materiales, la justificación de los preceptos creados por ella. Cuando el legislador no se propone la realización de la justicia, o deliberadamente se aparta de semejante propósito, falta a su misión esencial, y el producto de su actividad tiene que ser visto, más que como derecho genuino, como manifestación de fuerza."

Esto nos lleva a la conclusión que, aunque el primer analogado de la palabra "derecho" es la norma formalmente válida (aquella que ha sido debidamente promulgada por la autoridad legítima), la noción del derecho no quedará completa si no se le añade una nota esencial, que vendrá a ser la diferencia específica de la definición: el contenido de Justicia, pero no de una Justicia teórica, abstracta, sin referencia directa a la realidad, sino de la Justicia viviente en las realidades sociales.

Nuestra posición, que creemos debe ser la de toda noción moderna del Derecho, se podrá formular en la gráfica de los tres círculos como "A5". Por "Derecho" se entiende un sistema de normas de validez formal (género de la definición) que sean justas (diferencia específica), con una Justicia directamente aplicable en la vida social (segunda diferencia específica).⁸ La definición que proponemos a continuación desarrolla y especifica esta idea.

⁷ *Op. cit.*, p. 251.

⁸ En la terminología estricta de la Escolástica, más bien habría que llamar "propio" a esta "segunda diferencia específica"

6. DEFINICIÓN DEL DERECHO

*Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta,
declaradas obligatorias por la autoridad,
por considerarlas soluciones justas
a los problemas
surgidos de la realidad histórica*

"Un sistema racional". Es decir, un ordenamiento de diversas normas, construido por la razón. No una norma aislada, la cual recibirá el nombre de "ley" cuando se dirige a todos los súbditos, de "decreto" cuando, dirigiéndose a todos los súbditos, particulariza una orden en concreto, y de "precepto" cuando la norma es intimada a un súbdito en particular.

No habrá verdadero "sistema" si hay contradicciones entre las diversas disposiciones que lo componen. Corresponde a la razón el señalar, de acuerdo con un criterio valorador, el lugar que corresponde a cada una de las partes del sistema y el animar con el espíritu de la racionalidad todas las partes del sistema.

"De normas de conducta". Es decir, de reglas que expresan un "deber ser". Las palabras "de conducta" podrían parecer una reduplicación. Las hemos incluido para distinguirlas de las reglas de las artes o principios de la habilidad (reglas técnicas) y de los consejos de la sagacidad o imperativos pragmáticos, que, de acuerdo con la doctrina kantiana, son auténticas normas.

Las normas de conducta descansan sobre el presupuesto de la libertad. "Sólo se puede estar obligado a determinada conducta en cuanto es posible realizar la conducta contraria, en cuanto se es necesariamente libre frente al deber prescrito."⁹

"Sociales". Es decir, a) bilaterales; b) brotadas del hecho social; y c) dirigidas al bien común de la sociedad.

La idea de "social" es más amplia que la de "bilateral". Norma bilateral es aquella que establece entre dos o más personas una interrelación de derechos y deberes correlativos, pero no dice nada respecto del origen y del fin de tales relaciones. Norma social indica además que la correlación de derechos y deberes debe su existencia al hecho social y que se dirige a su mejor ordenamiento, de acuerdo con el bien común.

"Declaradas obligatorias por la autoridad". La declaración de obligatoriedad puede hacerse en forma expresa, públicamente, y entonces recibe el nombre de "promulgación", o, en forma tácita, por la *opinio iuris seu necessitatis* que acompaña toda costumbre jurídica. Se trata, por consiguiente, de normas de validez extrínseca. El criterio de validez extrínseca no es un criterio lógico, como quiere Kelsen, sino real: la decisión de la autoridad política, es decir, del Estado, que una norma obligue.

No entramos aquí en la explicación de lo que debe entenderse por "autoridad".

"Por considerarlas soluciones justas". Señalamos en esta forma la primera de dos fuentes reales que determinan el contenido de las normas jurídicas: la Justicia. La otra fuente real está constituida por la realidad histórica en toda su complejidad.

⁹ Fausto Vallado Berrón, *Introducción al Estudio del Derecho*, Herrero, México, 1961, p. 147.

Poco importa que la idea de Justicia que tiene un Estado no sea la misma que defiende otro. Lo innegable es que todo Estado considera que sus ordenamientos deben ser justos y los defiende como tales ante sus súbditos. En el momento en que desaparece la pretensión de Justicia en la conducta de un Estado, desaparece el orden jurídico y se inicia la tiranía.

Decimos que la autoridad *considera* a sus soluciones como justas, y no que dichas soluciones *sean* justas. En efecto, es un hecho, que ya señalamos más arriba (p. 126), la pretensión de toda autoridad de que la solución que propone como Derecho sea una solución justa; la impone como obligatoria porque la considera justa. Por otra parte, no se puede pretender —y sería muy aventurado el afirmarlo— que todas las soluciones promulgadas como Derecho por las autoridades hayan sido siempre soluciones justas.

Sin embargo, no pretendemos que se interpreten estas palabras de nuestra definición en el sentido de que defendemos el relativismo en materia de Justicia. Al contrario, dichas palabras deben interpretarse: *a)* como la comprobación de un hecho constante: que todo Derecho es promulgado por la autoridad con la pretensión de que sea justo; *b)* como la admisión de la posibilidad de que determinadas soluciones, que la autoridad considera justas, no lo sean en realidad; y *c)* como la afirmación de la existencia de un criterio valorador, al cual se sujetan tanto las autoridades como los súbditos, según el cual la solución injusta no debe ser Derecho. En efecto, toda autoridad de buena fe (es decir, que no trate de imponerse en forma tiránica) dejará de exigir una solución cuando se le demuestre que ésta es injusta, y los súbditos dejan de considerar Derecho a la norma que claramente se les manifiesta como injusta.

"A los problemas". El fin del Derecho es práctico: la solución de problemas. Las declaraciones teóricas sólo tienen un lugar dentro de los ordenamientos jurídicos en cuanto ayudan a interpretar el sentido de las disposiciones prácticas.

Los problemas no forzosamente deben ser negativos, nacidos de conflictos de intereses; pueden ser también positivos, es decir, pueden plantear el mejor modo de coordinar energías, fuerzas o intereses, de acuerdo con el bien común.

"Surgidos de la realidad histórica". Por "realidad histórica" entendemos toda clase de realidad (física, biológica, psicológica, sociológica, histórica propiamente dicha, política, económica) que se sitúa en un momento dado de la historia. Esas realidades Gény las llama "datos" en cuanto que se imponen como objetos de nuestro conocimiento sin que éste influya en lo más mínimo en su existencia.

Los datos de la realidad unas veces están ordenados de acuerdo con las leyes de la naturaleza. Son entonces la expresión del orden natural, en cuyo caso al jurista sólo le toca acatar ese orden. Pero otras veces se presentan a los hombres en forma tal que pueden ser ordenados por ellos. El hombre es el único animal capaz de reaccionar contra el determinismo de la naturaleza. Los conflictos provocados por esos datos ordenables constituyen la segunda fuente real del Derecho. Los datos reales ofrecen la materia sobre la que trabajará el jurista con su espíritu de Justicia: son, también, ocasión necesaria del Derecho.