

LUIS RECASENS SICHES

INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO EN EL CENTRO DE ESTUDIOS FILOSÓFICOS Y PROFESOR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO; EX CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID; EX PROFESOR DE LA "GRADUATE FACULTY OF THE NEW SCHOOL FOR SOCIAL RESEARCH" DE NUEVA YORK; EX PROFESOR DE LA ESCUELA DE DERECHO DE "NEW YORK UNIVERSITY"; EX FUNCIONARIO TÉCNICO DE LAS COMISIONES DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DE BIENESTAR SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS; VICEPRESIDENTE DEL INSTITUT INTERNATIONAL DE PHILOSOPHIE DE DROIT ET SOCIOLOGIE JURIDIQUE"; PROFESOR VISITANTE DE LAS UNIVERSIDADES DE TULANE (NUEVA ORLEANS), PUERTO RICO, SANTIAGO DE CHILE, CONCEPCION, BUENOS AIRES, LA PLATA, PANAMA, PÉ, CORDOBA, MONTEVIDEO, SAO PAULO, RIO DE JANEIRO, SAN MARCOS DE LIMA, CENTRAL DE CARACAS, MANAGUA, MERIDA, PANAMA, GUATEMALA, SAN SALVADOR, TEGUCIGALPA, Y OTRAS.



TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO

DECIMOSEGUNDA EDICION

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO
N.º REGISTRO 54819
SIGNATURA Fil/3220
D: 736.107
N.º COPIA 236110



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPUBLICA ARGENTINA, 15
MEXICO, 1997

lista, y de una axiología humanista de raíz cristiana, bien que desenvuelta en el plano puramente intelectual. He procurado, además, suministrar las vías para un contacto estrecho con los problemas jurídicos prácticos, tanto legislativos como judiciales, en general, pero particularmente en la circunstancia del momento histórico de nuestros días.

México, D. F., 10 de noviembre de 1958.

LUIS RECASÉNS SICHES

CAPÍTULO UNO

CIENCIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

SUMARIO

1. Descripción y análisis de la labor del jurista en sentido estricto. La Interpretación. Ingredientes con los cuales trabaja el jurista. El carácter dogmático de la Jurisprudencia y las relaciones del jurista con las exigencias de la justicia y de los valores por ésta implicados. 2. Diferencia entre la tarea del jurista en sentido estricto y la función de orientar la legislación y la reforma del Derecho positivo. 3. Los dos caminos que han llevado a la Filosofía del Derecho: el de los juristas y el de los filósofos. Motivaciones que indujeron a algunos juristas a hacer Filosofía del Derecho: A) Los interrogantes que invitan a elaborar una Teoría Fundamental o General del Derecho; B) La crítica axiológica o estimativa; C) Los problemas suscitados por la práctica que dan lugar a una Filosofía del Derecho no académica. La vía de la Filosofía general. 4. El papel del pensamiento filosófico-jurídico en el progreso del Derecho.

1. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA LABOR DEL JURISTA EN SENTIDO ESTRICTO. LA INTERPRETACIÓN. INGREDIENTES CON LOS CUALES TRABAJA EL JURISTA. EL CARÁCTER DOGMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA Y LAS RELACIONES DEL JURISTA CON LAS EXIGENCIAS DE LA JUSTICIA Y DE LOS VALORES POR ÉSTA IMPLICADOS.

Para que resalte con toda evidencia la misión de la Filosofía del Derecho, conviene contrastar los temas de ésta con los propios de la Ciencia Jurídica. Veamos, con tal fin, cuál es la función que desempeña el jurista. Pensemos en cuáles son los menesteres a que está dedicado el jurista, lo mismo el jurista práctico, verbigracia, el abogado o el juez, quienes tienen que enfocar y resolver problemas concretos de convivencia y de colaboración que plantea la vida real en las relaciones sociales, como también el jurista teórico, por ejemplo, el tratadista o el profesor de una rama del Derecho positivo, quien trabaja con situaciones imaginadas, típicas, que supone que puedan presentarse en algún momento. ¿Qué es lo que lleva a cabo el jurista, en tanto que tal?

El jurista, frente a un pedazo de vida social, tiene que indagar la norma aplicable a esa situación, es decir, tiene que hallar cuál es la regla de Derecho vigente relativa al caso planteado: encontrar el precepto en vigor que se refiere a la materia en cuestión. Una vez hallada la norma aplicable, debe el jurista entenderla cabalmente, interpretar lo que dice y las consecuencias implícitas que ella contiene.

Ahora bien, acontece que la norma hallada no constituye algo suelto e inconexo, antes bien se halla estrechamente integrada con otras que forman la estructura de lo

que se llama una institución jurídica, por ejemplo, la compraventa, la hipoteca, el servicio público, el impuesto sobre la renta. Por eso, para calibrar correctamente el sentido y el alcance de la norma encontrada, precisa articularla con otra serie de preceptos, cuyo conjunto organizado constituye el cuadro completo de una institución. De aquí que el jurista tenga también que proceder a lo que llama "construcción de la institución".

Pero le queda al jurista todavía otra faena que cumplir. Ocurre que aun cuando una institución tiene, dentro del mundo jurídico, una cierta autonomía, no está enteramente aislada de las demás instituciones, antes bien, está trabada con ellas por múltiples nexos y correlaciones; verbigracia, la sucesión intestada se halla ligada a varias instituciones del Derecho de familia y del Derecho fiscal o tributario, concernientes a la transmisión de bienes. Y de esta guisa cabe observar que todas las instituciones de un ordenamiento o régimen jurídico se entrecruzan mutuamente, formando una especie de todo organizado. De aquí la necesidad de que el jurista cobre una visión de conjunto de la totalidad del Derecho vigente. Ahora bien, esa visión de conjunto no debe consistir en la contemplación de una mera agregación de instituciones, sino que debe formarse como cuadro total organizado. Por eso, el jurista debe asimismo proceder a la sistematización de todos los componentes del ordenamiento jurídico en vigor. Esta tarea es cumplida sobre todo por el jurista teórico, quien ofrece un tratado o un curso sobre una rama de Derecho positivo, articulado en forma sistemática, no sólo en cuanto a sus conexiones internas, sino también en lo relativo a sus engarces con las otras ramas. Pero el resultado de esta labor debe ser tenido en cuenta también por el jurista práctico en todo momento.

Claro es que todas esas funciones no se dan cada una de ellas con independencia de las otras, antes bien están todas en fuerte y recíproca solidaridad. En efecto, es notorio que, en numerosos casos, para llegar a la correcta interpretación de una norma, se precisa tener a la vista sus conexiones dentro de la silueta de una institución y el engrane de ésta con los demás componentes del orden jurídico. Asimismo, es patente que la tarea de la construcción de una institución y la labor de sistematización del ordenamiento jurídico en su conjunto requieren un constante ejercicio de interpretación. E incluso la primera de las faenas enunciadas, la de indagación de la norma aplicable, tiene que realizarse en función de la interpretación de otras normas —las que señalan fuentes y competencias jurídicas— dentro de la arquitectura del sistema vigente.¹

En conexión con las funciones enumeradas, el jurista debe, además, zanjar las contradicciones que se den a veces entre dos o más preceptos que tienen la pretensión de estar igualmente en vigor; y tiene, además, que llenar las lagunas, suplir los vacíos que encuentre en el conjunto de las normas formuladas. En efecto, es corriente que las leyes y los códigos, incluso cuando hayan sido elaborados con gran destreza técnica, alberguen algunas contradicciones entre algunos de sus preceptos o con los preceptos de otras leyes o códigos vigentes. Pero esas contradicciones que se den realmente entre dos preceptos deben ser eliminadas, resueltas, pues el ordenamiento jurídico en tanto que sistema total no puede dar dos respuestas diversas e incompatibles a un mismo problema de regulación de la conducta. Por eso incumbe al jurista zanjar esas contradicciones, lo cual llevará a cabo mediante su método de interpretación, construcción y sistematización. Por otra parte, las leyes, los códigos, los reglamentos, por

mucha que haya sido la previsión que contengan, no siempre han logrado tomar en cuenta todas las situaciones posibles, ni siquiera la riqueza de ellas que la vida práctica plantea en el futuro. O dicho con otras palabras, tienen lagunas, presentan vacíos. Y el jurista debe hallar la norma inexpressada para resolver esos casos no previstos en las normas formuladas antes.²

Además, adviértase que la tarea del jurista requiere una constante reelaboración a medida que transcurre el tiempo, por causa de los cambios que se verifican en la realidad social. Aun en el caso de que la máquina legislativa se parase, la jurisprudencia no podría permanecer estática, antes bien, tendría que moverse al compás de la vida. Aunque la norma no cambiase, mudan las situaciones a las que debe aplicarse; y al tener que aplicar la misma norma a nuevas situaciones hay que extraer de ella nuevos sentidos y consecuencias antes inéditas. Así, puede suceder que el tenor de la ley permanezca invariable, pero insensible y continuamente su sentido va cobrando nuevas proyecciones.³

Con lo dicho hasta aquí sobre la función del jurista he resumido una descripción de alguna de las operaciones más importantes que éste realiza. Sin embargo, y aunque en efecto el jurista pone en práctica las funciones que he narrado, las cosas son más complicadas de lo que a primera vista puede parecer. He indicado ya que entre las varias operaciones mencionadas existen vínculos recíprocos de solidaridad, hasta el punto que cada una de esas operaciones viene a ser un miembro inseparable de un conjunto total e indiviso.⁴

La indagación sobre cuál sea la norma aplicable a un determinado caso requiere, ante todo, que el jurista se haya percatado del sentido y alcance de ese caso; requiere, además, que el jurista averigüe cuál es la norma aplicable en función de los efectos o consecuencias que la aplicación de la norma haya de producir. Esos efectos están conectados con el fin de la norma o de las normas que puedan venir en cuestión respecto del caso planteado, es decir, con el propósito de la norma o normas; esto es, están relacionados con los efectos que se haya querido producir con dichas normas. Pues las normas son instrumentos creados por los hombres para causar determinados efectos en una determinada realidad social, a saber: los efectos que los creadores de las normas hayan considerado como justos, como convenientes al bienestar general, como promotores del orden, de la paz y de la seguridad. Esto significa que el jurista no debe pensar su caso *in abstracto* y lanzarse después a la búsqueda de la norma aplicable a dicho caso. Por el contrario, la pesquisa sobre la norma debe inspirarse en un conocimiento de cuál sea el sentido del caso, en función con las finalidades de la institución al cual pertenece dicho caso, en función con las finalidades a las que trata de servir el orden jurídico positivo en vigor, esto es, en función con las valoraciones en que dicho orden jurídico positivo está efectivamente fundado.

Así pues, la llamada interpretación no es algo tan relativamente simple como se había creído durante siglos: la interpretación no consiste sólo, como ingenuamente se ha dicho tantas veces, en esclarecer el sentido de la norma, en entenderla. Por el contrario, la interpretación comprende un enjambre de operaciones mentales recíprocamente entrelazadas de modo solidario o inescindible. No puede haber interpretación abstracta de las normas jurídicas, sino que la interpretación tiene que lograrse siempre en función con el estudio de las realidades concretas a las cuales van a ser

aplicadas las normas. Y tiene que lograrse además en conexión con las valoraciones que inspiran el orden jurídico positivo con el que se esté trabajando. La interpretación, por otra parte, no empieza con el examen de la norma, sino que empieza, en efecto, con la averiguación de cuál sea la norma aplicable al caso planteado, dentro del orden jurídico vigente. Ahora bien, en tal averiguación hay que valerse del manejo de las valoraciones inherentes al orden jurídico positivo con el que se esté operando.

Cierto que, como indicaré unas líneas más abajo, el jurista tiene el deber de acatamiento a las disposiciones del orden jurídico positivo, y no puede sustituir lo que éste ordene con su personal criterio. Pero cierto también que todo orden jurídico positivo se propone la realización de la justicia y de los demás valores por ésta implicados. Una vez lo logrará en mayor o menor medida; otras veces tal vez fracase en este empeño; pero, en todo caso, se da la intención de realizar esos valores. Entonces resulta que el jurista en sus funciones de interpretación debe guiarse por el mismo propósito que anima al Derecho positivo que está manejando; y, consiguientemente, resulta también que la suprema directriz para ese su quehacer interpretativo debe consistir en buscar la mejor realización de la justicia, y de los valores por ésta comprendidos, dentro del marco y por los cauces que ha establecido el orden jurídico 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. Pero las normas generales del Derecho positivo no constituyen productos ya listos para operar directamente de un modo automático sobre las realidades sociales. Por el contrario, las normas generales del Derecho positivo —leyes, reglamentos, costumbres, etcétera—, para operar sobre la vida necesitan indispensablemente ser *interpretadas*. Y esa interpretación abarca una serie de actos mentales cuyo conjunto forman una figura, la cual, aunque muy complicada, constituye una totalidad, un sentido indivisible.⁵

Pero lo que importa aquí sobre todo es señalar las diferencias entre la función del jurista, en tanto que tal estrictamente, y las funciones del filósofo del Derecho. Y para el propósito de tal diferenciación conviene poner de manifiesto cuáles son los ingredientes con los cuales trabaja el jurista, y conviene también aclarar el modo y el alcance con que maneja esos ingredientes. Pues bien, el jurista maneja de modo especial tres clases de ingredientes: A) Las realidades humanas sociales a cuya regulación normativa se refiere el Derecho. B) Las normas vigentes —por ejemplo, las leyes, los reglamentos, las costumbres, las sentencias de los tribunales, las resoluciones administrativas, las cláusulas de los negocios jurídicos—, las cuales las obtiene de las fuentes del ordenamiento en vigor. C) Una serie de conceptos formales, generales, básicos, verbigracia: las nociones de precepto jurídico, derecho subjetivo (facultad, pretensión), deber jurídico, relación jurídica, persona, objeto, supuesto, consecuencia, etc.; conceptos que aplica para la captación y la organización de las normas del Derecho positivo.

Veamos un poco más de cerca, aunque sea nada más que de pasada, esos tres tipos de ingredientes. La tarea del jurista es disparada por la presencia de realidades sociales, de conflictos interspersonales, de problemas de delimitación de las diversas esferas individuales, de problemas de organización y de cooperación. Ahora bien, el jurista no se halla ante realidades desnudas, no se halla ante la presencia de meros hechos, tal y como ellos son en cada caso, cara a cara con ellos sin intermediario. Es

otra cosa lo que sucede: el jurista se encuentra con hechos que en principio han sido con templados por el orden jurídico en vigor, por las normas de éste; el jurista se enfrenta con realidades tal y como el orden jurídico las ha enfocado, tal y como el orden jurídico las ha filtrado, tal y como el orden jurídico las ha visto, tal y como el orden jurídico las ha *calificado*. O, dicho con otras palabras, el jurista se las tiene que ver no con realidades desnudas, sino con las realidades ya vestidas de determinada manera por el orden jurídico. Con todo, aun siendo así, como lo es en efecto, lo que suscita la actividad del jurista es la presencia de esas realidades, mejor dicho, de esos problemas planteados por la realidad, que demandan una solución práctica, es decir, que requieren una regulación efectiva en la vida social.

Según apunté ya, el jurista se halla también con un conjunto de normas (leyes, reglamentos, sentencias, etc.) vigentes, establecidos por el orden jurídico. Esas normas el jurista las recibe de un modo *dogmático*, es decir, tales normas constituyen dogmas para el jurista; tienen para éste el alcance de dogmas indiscutibles de los cuales él no puede evadirse.⁶ O, expresándolo de otra manera: las normas del orden jurídico-positivo deben ser acatadas por el jurista. Lo que esas normas determinan el jurista no puede reemplazarlo con su individual criterio, aunque éste le pueda parecer a él más justo en algunos casos. Ciertamente el propósito del orden jurídico positivo consiste en realizar la justicia y los valores solidarios de ésta; pero sucede que, tan pronto como el Derecho positivo ha nacido, éste reclama para sí todo el imperio sobre la realidad social y no tolera ser desplazado por ninguna apelación a la idea de justicia, por encima de lo que el mismo orden jurídico positivo dispone. El Derecho positivo, que es un medio para realizar la justicia, reclama esencialmente el monopolio de declarar y aplicar lo que él entiende por justicia. Ahora bien, el jurista es ante todo el sacerdote de la legalidad vigente, el guardián y aplicador del Derecho positivo en vigor. La función de servicio directo de la justicia compete al legislador. Por eso cabe decir que el jurista no está en contacto directo, inmediato e ilimitado, con la idea de la justicia y con sus exigencias, porque el jurista se mueve dentro del edificio del orden jurídico positivo, el cual se interpone hasta cierto punto entre la conciencia del jurista y los valores puros. La función del legislador consiste en interpretar qué es lo que la justicia exige con respecto a ciertos tipos de problemas y de situaciones sociales, y, de acuerdo con esto, formular las normas generales que considere adecuadas a dichos problemas y situaciones y de acuerdo con la justicia. En cambio, el jurista, en tanto que tal exclusivamente, debe aplicar las normas preexistentes en el orden jurídico positivo. Ahora bien, esa aplicación *no puede ser puramente mecánica*, antes bien, por el contrario, comprende una serie de *juicios de valor recíprocamente encadenados entre sí*, mediante los cuales el jurista conjuga los principios de las normas generales con el sentido particular de los casos concretos.⁷

Así pues, resulta que, 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. Ciertamente la actividad del jurista está limitada por las normas generales del Derecho positivo en vigor. Pero cierto también que dentro de esas limitaciones el jurista debe y tiene que orientarse por cuenta propia. Toda norma jurídica —incluso la más simple y la más clara en apariencia— necesita indispensablemente, ineludiblemente, ser interpretada. La interpretación es

una función *esencial, necesaria*, en la aplicación de toda norma jurídica, incluso de la más sencilla. La interpretación es una pieza indispensable en el cumplimiento y en la aplicación de cualquier norma jurídica.

Las normas generales de la legalidad positiva constituyen la expresión de las valoraciones establecidas por el legislador. Pero esas valoraciones declaradas en las normas legislativas, reglamentarias y consuetudinarias no constituyen toda la valoración que es necesaria para decidir sobre casos concretos, para aplicar las normas generales a las realidades particulares de la vida. Las valoraciones declaradas expresamente, o contenidas tácitamente, en una ley o un reglamento necesitan ser completadas con otras valoraciones. Esas valoraciones complementarias, no contenidas en la ley o en el reglamento, son de diversos tipos.

Así, uno de los tipos de valoraciones complementarias consiste en los criterios axiológicos contenidos en las *convicciones* que de hecho predominan y actúan efectivamente en la colectividad, en una determinada situación histórica, pues a veces —con frecuencia— la letra del precepto legal o reglamentario, o la regla jurídica consuetudinaria, o el principio declarado en una sentencia, no tiene sentido completo, no tiene sentido suficiente, a menos que se proceda a interpretar el alcance de las estimaciones explícita o implícitamente contenidas en esta norma, haciéndolo por medio de completarlas con los criterios que hallemos en las convicciones colectivas predominantes. Así, por ejemplo, la idea del pudor (los atentados contra el cual prohíbe y castiga el Derecho) hay que recogerla de las convicciones colectivas vigentes. Lo mismo ocurre con la convicción sobre la idea del interés público, idea que en una sociedad que reconozca ciertos valores individuales como los supremos será diferente de la que rija en una comunidad colectivista.

Otras veces, el jurista se halla con que la ley maneja ciertos conceptos que tampoco define, y que deben ser determinados por otras disciplinas culturales. Así, por ejemplo, los conceptos de suma (para la rendición de cuentas), de colmena de abejas, de electricidad, etc., los cuales hay que delimitarlos a la luz de lo que digan las respectivas ciencias que se ocupan de esos objetos.

Pero otras muchas veces no existe una convicción colectiva congruente, con la cual se pueda completar o integrar las valoraciones contenidas en la ley positiva. Entonces, hay que realizar esa complementación o integración, hay que acudir a la *valoración que desenvuelva el juez por, si mismo*, conforme a los criterios de estimativa jurídica que él considere válidos. Esto sucede en dos planos diferentes: *a) En alguna medida sucede siempre y necesariamente en todos los casos*, al interpretar toda norma; y *b) Acontece en mayor medida en aquellos casos especiales en los que el juez tiene que rellenar los huecos o lagunas que haya en las normas formuladas*, por no encontrar en éstas el criterio para resolver un caso concreto.

La interpretación comprende siempre una serie de operaciones estimativas, valoradoras, *recíprocamente relacionadas*. Las comprende en la averiguación de cuál sea la norma aplicable al caso particular, porque en esta pesquisa el jurista no debe dejarse llevar inerte por meros nombres, por simples etiquetas o conceptos clasificatorios, sino que, por el contrario, debe ver cuál, entre las normas del orden jurídico positivo, al ser aplicada al caso planteado, producirá en concreto efectos análogos a los que el legislador se propuso en términos generales, o, mejor dicho, efectos análogos a aquellos hacia los cuales apuntan intencionalmente los criterios axiológicos

que inspiran el orden jurídico positivo. Hay operaciones estimativas también en la calificación de los hechos, así como las hay en la determinación de las consecuencias jurídicas de una cierta situación.⁸

Toda la interpretación está empapada de una serie de juicios de valor. Toda norma jurídica es una estructura de finalidad, la cual responde a una valoración positiva, la valoración sobre la cual se ha establecido la norma. Ahora bien, las finalidades y las valoraciones están regidas por una lógica especial, por una particular provincia del logos, que juega un papel decisivo en la interpretación.

Esos logos de la interpretación —que yo llamo *lógica de lo razonable*, a diferencia de la lógica racional pura de tipo matemático, de la lógica de la física matemática— presenta, entre otras, las siguientes características: *A)* Está circunscrito por la realidad concreta del mundo social humano en el cual opera. *B)* Está regido por valoraciones. *C)* Tales valoraciones son concretas, es decir, están referidas a una determinada situación, y, por lo tanto, toman en cuenta las posibilidades de una cierta realidad, y las limitaciones que ésta impone. *D)* Está regido por razones de congruencia o adecuación: 1º, entre la realidad social y los valores (cuáles sean los valores pertinentes para la regulación de una determinada realidad social); 2º, entre los valores y los fines (cuáles sean los fines valiosos); 3º, entre los fines y la realidad social concreta (cuáles son los fines de realización posible); 4º, entre los fines y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para los fines; 5º, entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los medios, y 6º, entre los fines y los medios en lo que se refiere a la eficacia de los medios. *E)* Está orientado por las enseñanzas sacadas de la experiencia vital e histórica —esto es, de la experiencia individual y social—, y se desenvuelve al calor de esta experiencia.⁹

Así pues, ese especial logos de lo humano o de lo razonable debe impregnar y dirigir la labor de interpretación encomendada al jurista; y de hecho la impregna y la dirige en alguna medida, aunque no siempre en toda la medida que es deseable y correcta, porque en materia de interpretación se ha sufrido, sobre todo en el siglo XIX y en los primeros lustros del siglo XX, una serie de fatales errores. Pero no es oportuno que me ocupe aquí y ahora de la crítica contra los dislates que se han padecido en esta materia y que, por fortuna, van ya siendo barridos. Lo que importa señalar en este momento es otra cosa, a saber: que la tarea interpretadora del jurista está empapada de juicios de valor, de estimaciones, aun moviéndose, como debe hacerlo, dentro de los marcos del Derecho positivo, y sometida a las limitaciones por éste establecidas.

Hasta aquí acabo de aclarar el primero de los asertos que hice: que siempre y en todos los casos la labor de interpretación que realiza el jurista (abogado o juez) contiene en alguna medida —aunque limitada— juicios de valor, estimaciones, y que, por lo tanto, el jurista está en tratos con las exigencias de la justicia, si bien sólo a través de las mallas del Derecho positivo, y con las restricciones que éste le imponga. Pero debo ahora referirme, aunque de modo muy sumario, al otro aserto, es decir, al que atañe a los casos de huecos o lagunas en el área de las normas formuladas.

A veces el jurista (juez o abogado) se halla con casos que no puede resolver a la luz de las normas formuladas: no halla ningún criterio ni en la ley, ni en los principios o valoraciones positivos que inspiran a ésta, ni en la analogía, ni en otras fuentes subsidiarias —como, por ejemplo, la costumbre—, en suma, tropieza con un

huelco, con una laguna. Entonces, como quiera que no puede rehusar el fallo sobre el caso planteado, el juez tiene que rellenar por su propia cuenta el hueco. Para cumplir esta tarea tendrá que atenerse a lo que él considere como exigencia de justicia, tendrá que valorar por su propia cuenta, al menos hasta cierto punto. Digo "hasta cierto punto", pues en los casos en que el juez tenga que rellenar los huecos del Derecho formulado no dispondrá de entera franquicia para dejarse llevar ilimitadamente por su criterio personal, sino que, para su labor de rellenar o completar los huecos deberá esforzarse en seguir las directrices axiológicas que rigen el orden jurídico positivo al que está sirviendo.

Resulta, pues, que siempre, unas veces en mayor medida, otras veces en menor proporción, pero siempre en alguna dosis importante, el jurista —abogado o juez, o tratadista científico del Derecho positivo— cumple funciones valoradoras, realiza estimaciones. Esto significa que el jurista, aunque sacerdote de la legalidad positiva, debe estar, está y tiene que estar en contacto con la idea de la justicia, bien que sea en un contacto limitado e indirecto. Es y debe ser así, porque el Derecho positivo formulado, a su vez, se propone servir a las exigencias de la justicia. Y digo Derecho positivo "formulado", porque lo formulado en la ley, los reglamentos y otras fuentes explícitas no constituye la totalidad del orden jurídico positivo, ya que la actividad jurisdiccional es una *pieza integrante de ese orden*; y en verdad *una pieza esencial*, ya que sin jueces y sin autoridades administrativas no habría la posibilidad de un orden jurídico. Téngase muy en cuenta, claramente a la vista, algo que se ha olvidado con frecuencia, a saber: que las normas generales por sí solas son incumplibles e inaplicables, por la sencilla razón de que esas normas hablan —como no pueden menos de hacerlo— en términos generales y abstractos, mientras que la realidad humana es siempre particular y concreta. Por lo tanto, para que una norma general pueda ser cumplida o aplicada, es necesario que se individualice por medio de una función interpretativa. Esta función suele ser realizada algunas veces espontáneamente por los sujetos llamados a cumplir las normas jurídicas; pero siempre y dondequiera que surja alguna duda, esta función es la encomendada a los juristas, bien en función de consejeros respondiendo a consultas que se les formulen, bien en función de órganos jurisdiccionales, cuando se plantea oficialmente una duda o un conflicto.

Una vez que he esclarecido ya la razón por la cual hablé de Derecho positivo "formulado", voy a explicar el paralelismo y armonía que se da entre la intención de esas normas formuladas y la actividad del juez, inspirada en el deseo de hallar la solución justa. Dije que las reglas jurídicas positivas "formuladas" tienen la intención de expresar las exigencias o requerimientos de la justicia —y de otros valores con ella conectados— respecto de un determinado tipo de situación social de un lugar y de una época. Este propósito cabe que se logre, que se logre en mayor o menor medida, de modo más o menos satisfactorio, o que fracase. Pero salvo en este último caso, es decir, salvo cuando ese propósito de justicia se haya frustrado, habrá una concordancia, una armonía entre la intención animadora del Derecho positivo formulado y la intención animadora del jurista, pues lo mismo el ordenamiento formulado que el juez desean hallar la solución más justa para los problemas de la convivencia y de la cooperación sociales.

2. DIFERENCIA ENTRE LA TAREA DEL JURISTA EN SENTIDO ESTRICTO Y LA FUNCIÓN DE ORIENTAR LA LEGISLACIÓN Y LA REFORMA DEL DERECHO POSITIVO.

Aunque el jurista puede y debe hacer mucho para acomodar el resultado de su tarea a las exigencias de la justicia —y de hecho la obra de los juristas ha actuado muchísimas veces como importantísimo factor en el progreso jurídico—, no dispone de plena libertad en esta tarea, pues siempre se halla infranqueablemente restringido por los límites clara y taxativamente establecidos por las normas positivas.

Adviértase que en este aspecto hallamos una de las limitaciones de la función estricta del jurista, en tanto que jurista y nada más que como jurista. Y digo en tanto que jurista y nada más que como jurista, porque claro es que quien sea jurista, puede y aun debe ser algo más que jurista, es decir, puede y debe plantearse la crítica de las normas vigentes y meditar sobre las directrices para su reelaboración progresiva. Ahora bien, cuando hace tal cosa no ejerce propiamente como jurista, sino como orientador de la legislación futura. Es más, en tanto que jurista, no le es lícito sustituir la norma vigente por un criterio suyo personal, por superior que éste pueda ser. Pero esto no impide que, aparte de su labor de estricto servicio al Derecho positivo vigente, el jurista, más allá de ese su oficio, medite sobre las fallas de las reglas en vigor y señale las reformas que es debido y oportuno introducir en los preceptos vigentes. O dicho con otras palabras, independientemente de la profesión jurídica, en sentido estricto, hay otra función distinta que llenar: la función de orientación de las futuras normas a dictar mediante leyes o reglamentos nuevos. Ahora bien, aunque esa labor es diferente de la propia del jurista, nadie está en condiciones mejores que éste para llevarla a cabo, pues el jurista es quien posee más amplio y profundo conocimiento de los defectos del Derecho positivo y de las maneras de remediarlos. En efecto, el jurista, en su cotidiano contacto con la aplicación del Derecho en vigor, adquiere mejor experiencia que nadie sobre las fallas del Derecho positivo, y puede orientar con mayor y más certera capacidad que cualquiera otra gente sobre las reformas que convenga introducir en el Derecho vigente. Pero cuando desempeñe ese cometido crítico sobre lo que hay, y orientador con respecto a lo que se debe hacer, no funciona como jurista propiamente, aunque para ello le sean de gran utilidad los conocimientos adquiridos en su oficio jurídico. Le son en efecto muy oportunos esos conocimientos; pero su labor crítica y orientadora se basa en otros puntos de vista, a saber: en puntos de vista propiamente filosóficos. He aquí la raíz o la motivación de uno de los temas de la Filosofía del Derecho, del tema estimativo o valorativo.

Pero, antes de seguir con la explicación de esta cuestión estimativa, es necesario, para el buen orden expositivo, que nos fijemos en otras motivaciones que llevan hacia la Filosofía del Derecho, entre las cuales figura la necesidad de aclarar los conceptos lógicos gracias a los cuales el jurista capta las normas vigentes.