

Lagunas jurídicas: una nueva reflexión sobre un problema jurídico recurrente

Por José Ignacio Pazos Crocitto*

Sumario: el autor analiza la idea de laguna en el derecho, estableciendo distinciones entre lagunas de la ley y lagunas de regulación, lagunas ocultas y abiertas, y otras distintas clasificaciones establecidas dogmáticamente. Finalmente, aborda el problema penal, la idea de vacío legal y las diversas contradicciones (normativa, valorativa, teleológica, etc), así como la analogía y abducción.

a. Sobre las *Insuficiencias del Derecho*

Liminarmente debemos señalar que existen dos cuestiones que se enfrentan al aplicador del Derecho, en su tarea interpretativa, como problemas especialmente complejos: a) las lagunas y b) las reglas injustas. Ambas, según las teorías tradicionales en la materia, son *insuficiencias* y representan variantes incompletas del Derecho.

STAMMLER, estudiando el tema, señalaba que dentro del Derecho positivo era dable distinguir entre el *Derecho formado* y el *Derecho no formado* (i.e. que aun hay que elegir). Por Derecho formado, entendía las proposiciones que de antemano determinaban la decisión para los casos futuros. El Derecho no formado, en cambio, dejaba pendiente la solución

“...constatándose después, cuando se produce un caso determinado, en indicar al juez que ‘para decidir ha de elegir aquella proposición jurídica, entre las

* Defensor ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP), Magíster en Relaciones Internacionales (UNS), Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas y en Derecho Concursal (UBA), Especialista en Derecho Penal (UNS). Profesor Adjunto Ordinario de las Cátedras de Introducción al Derecho y Ciencia Política UNS. Profesor a cargo de las asignaturas “Aspectos Jurídicos y Éticos del Envejecimiento” (UNS) y de la cátedra libre “Política Criminal y Punitivismo” (UNS).

distintas que se le ofrecen, que esté situada en la dirección de la idea del Derecho.’. Según STAMMLER, existe por ejemplo tal indicación cuando la ley remite al juez para la decisión a la ‘buena fe’, a las ‘buenas costumbres’, a su ‘equitativo arbitrio’ o a ideas rectoras análogas.’¹;

en esos casos, el juez no halla en las reglas, la que es apropiada para subsumir el caso, sino que elige aquella más relevante conforme a ideas de justicia. Ante la misma encrucijada, según STAMMLER, se halla el juez en los casos de Derecho formado pero que presentan lagunas que no pueden ser integradas mediante el esclarecimiento de la idea a la que se ha querido aludir².

Algunos de los autores que se ocuparon del problema de las lagunas del ordenamiento en Europa Central en el inicio del siglo XX, y que se consideran lecturas obligatorias para quien quiera ahondar en el tema desde este punto de vista, son los siguientes: EUGEN EHRLICH, *die Juristische Logik* (1925), KARL BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, ERNST ZITELMANN (1852-1923), *Lücken im Recht* (1903) DONATO DONATI (1883-1950), *Il problema delle lacune de’l ordinamento giuridico* (1910). También se podrían consultar algunos textos de FRANCOIS GÉNY y G. BRUNETTI. Por otro lado, consideramos que el esfuerzo en el resumen y análisis de los títulos a los que aquí referimos resultaría poco proporcional para el objeto y el rendimiento de la presente investigación.

DONATI afirmaba la inexistencia de lagunas en el Derecho³. Entendía el jurista italiano que son lícitas todas las acciones en tanto no se haya dispuesto lo contrario; principio que se equipara a las restantes normas del ordenamiento y que se deriva –como principio implícito- mediante una inferencia inductiva del total de normas que integran el ordenamiento. Dicho de otra forma, dado un determinado ordenamiento, integrado por una pluralidad de normas, una panorámica visión de él permitirá extraer, como saldo inductivo, una norma más, de características idénticas a las anteriores. DONATI está aditando las normas de un orden jurídico, y agrega al resultado la norma de la libertad, que ha inferido inductivamente de la totalidad del ordenamiento. Hay un grave error lógico en esta operación: de aceptarse la afirmación, podría y debería concluirse que esta norma jurídica, inductivamente inferida de la totalidad de las normas

¹ Cit. LARENZ, KARL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Ariel, Barcelona, 1966, p. 104.

² LARENZ, KARL; *op. cit.*, p. 105.

³ DONATI, DONATO; *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, 1910, *passim*.

del ordenamiento, participa en algún grado de los atributos de aquellos y que, además, es variable y contingente, según sea el ordenamiento del cual se la explicita.

Se ha dicho que la

“ausencia de toda norma con autoridad es vivida (*felt*) como una falta, como un defecto o ‘laguna’ en el derecho, que el juez debe suplir. Éste lo hará decidiendo la concreta situación planteada en la forma que estime justa, y al mismo tiempo tratará de justificar su decisión destacando aquellos puntos del caso que le parecen relevantes... Por medio de una serie de decisiones referentes a circunstancias análogas (el vacío) se irá fijando en forma gradual, y hará su aparición un derecho de precedentes creado por el propio juez.”⁴

Para STAMMLER las lagunas son inevitables, ya que el concepto de Derecho lleva ínsita la idea de limitación

“es imposible agotar con el instrumento de la elaboración técnica de proposiciones jurídicas el universo de posibilidades de cuestiones jurídicas que se pueden plantear en un momento determinado”⁵,

ningún Legislador puede prever todos los supuestos ni responder exhaustivamente a la infinita miríada de cuestiones jurídicas posibles; por ello, el Derecho formado, para STAMMLER, constituye en todas las épocas, sólo una parte más o menos extensa, del Derecho en su totalidad, es una parte limitada y que no puede extenderse a todo el Derecho imaginable⁶. BIERLING explicaba que sólo se puede hablar de lagunas del Derecho cuando las normas (legales, contractuales, consuetudinarias) existentes no satisfagan por completo la intención de determinadas relaciones jurídicas; por su parte SAUER decía que existe una laguna cuando la ley calla

“precisamente cuando se espera una norma jurídica para un hecho existente”;

y JULIUS BINDER señalaba que

“Existe una laguna en el Derecho cuando una exigencia al Derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias sociales y económicas que nos vienen dadas, no encuentra satisfacción en el Derecho.”⁷

⁴ ROSS, ALF; *Sobre el Derecho y la Justicia*, (traducción de Genaro R. Carrió), 2ª ed., Eudeba, 1997, p. 131.

⁵ Cit. LARENZ, KARL; *ibidem*.

⁶ Para este autor, la integración de las lagunas, debe hacerse mediante un modo fundamentado, tendiendo a una decisión justa. Rechaza de plano el pensamiento analógico. Las formas de arribar a los principios del Derecho justo es a través de líneas directrices que no son proposiciones jurídicas: “Los principios de un Derecho justo no son más que recursos intelectuales para reconocer la idea en un querer jurídico condicionado.”: la multitud de fines que tiene el Derecho deben ser ordenados y clasificados y limitados en sus frecuentes contradicciones conforme a un criterio superior: *la idea del Derecho* (cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, p. 106).

⁷ Autores cit. en LARENZ, KARL; *op. cit.*, p. 295.

b. La idea de laguna en el Derecho.

La discusión comienza cuando procura dilucidarse si las lagunas son sólo de la ley o también del ordenamiento. La idea de que “no hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la ley” es una discusión acerca de la visión sistemática del Derecho, se refugia en el problema de las lagunas. COSSIO la llama eclecticismo, porque es una postura que trata de conciliar dos posiciones contradictorias mediante una especie de hipóstasis sobre el concepto de “ley”. Mayoritariamente la doctrina se inclina por la idea de que las lagunas son sólo de la ley, pues el ordenamiento ofrecería medios de autointegración para solucionarlas. Otro sector, no duda en considerar inconcebible un ordenamiento jurídico sin lagunas, lo que se engarza con el dogma de la plenitud del ordenamiento, su afirmación o negación estará vinculada a ambos aspectos: no pueden soslayarse las directrices a los jueces de comportamiento, como si el ordenamiento fuera completo.

Este sistema al que se alude, está fuertemente asociado con la escuela racionalista (s. XVIII) y los movimientos de codificación. ALCHOURRÓN lo denomina “Sistema Maestro” y sus principios son⁸:

- (a) *El principio de inexcusabilidad.* Los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro de la esfera de su competencia. Esta exigencia suele aparecer en el Derecho positivo, bajo la fórmula de prohibición de abstenerse de juzgar, si bien cada juez tiene su competencia preasignada, se presupone que, tomadas en conjunto, las competencias abarcan la totalidad del arco de problemáticas posibles.
- (b) *El principio de justificación.* Una decisión judicial requiere fundamento, y los jueces deben exponer las razones de su decisión. Las decisiones no deben ser arbitrarias, de donde, los jueces han de ofrecer las razones que justifiquen la decisión adoptada. Esta exigencia suele estar incluida en Constituciones y códigos de procedimiento.
- (c) *El principio de legalidad.* Las decisiones jurídicas deben fundarse en normas jurídicas del Estado. Es complementario éste principio, del anterior, las decisiones no sólo deben fundarse, sino que dicho fundamento debe ser

⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS E.; *Sobre Derecho y Lógica*, (trad. Jorge L. Rodríguez); Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, p. 13 y ss.

normativo, el juez no puede acudir al Derecho de otro Estado para resolver, o a estándares morales, *et sit cétera*; excepto cuando el propio Derecho lo autoriza, pero incluso en esos casos, el fundamento último de la decisión será una norma del sistema.

EZQUIAGA GANUZAS ha resaltado en lo que llama la “sujeción del juez a la ley desde lo objetivo”, un esquema similar⁹: a) *toda decisión judicial debe estar motivada*, de esa forma –sin considerar la motivación respecto de los hechos- se le exige al juez argumentar el razonamiento interpretativo llevado a cabo para determinar el significado otorgado a la norma; b) *el juez no está autorizado a crear normas jurídicas*, ante las lagunas el juez no puede hacer otra cosa que recurrir a las normas reconocidas por el sistema y obtener de allí los alcances que justifiquen su decisión; c) *se presume el conocimiento de la ley por parte del juez*, no habría distinción (aunque sabemos que sí la hay), entre lo que importa la cognoscibilidad del material jurídico dada por la publicación necesaria de los documentos normativos, del conocimiento de los alcances de dicho material; d) *el juez no puede rechazar la aplicación de una ley*, es un deber incondicionado del juez el aplicar las *leyes aplicables*; y e) *no vinculación a los precedentes*, es la cara oculta de todo lo anterior en el marco del sistema continental-europeo.

Cada uno de estos tópicos está en clara crisis, no corresponde su análisis aquí pues escapa a nuestra propuesta.

Lo dicho fluye de la normativa legal que sigue en la Argentina:

art. 15 del Código Civil: los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

art. 273 del Código Penal: Será reprimido con inhabilitación absoluta de 1 a 4 años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

Estos artículos serían un reconocimiento, por parte del Legislador, de su incapacidad para poder prever todas las situaciones posibles que el Derecho debería solucionar. Estas disposiciones, junto a los principios generales del Derecho, la analogía, y la costumbre, estarían demostrando que el Derecho siempre tiene una regulación para cualquier supuesto y que, por ello, toda laguna puede ser llenada por medios extraídos del propio sistema.

⁹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley*, en Malem, Jorge, *et. al.* (coord.), “La función judicial”, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 44 a 47.

El Derecho Civil cumple mejor su función de seguridad jurídica cuando soluciona el mayor número de conflictos (*es un sistema continuo sin lagunas*), en él, la tarea del juez siempre debe ser creativa, de allí que su propia normativa (art. 16 C.C. argentino), remita a todo tipo de principios y a la costumbre para hallar solución al caso.

El Derecho Penal, por el contrario, prohíbe la analogía para completar el texto legal, pues la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable que es la máxima capacidad de la palabra. Sólo la ley formal es fuente de criminalización primaria, el juez no puede completar los supuestos (*es un sistema discontinuo y así en éste sistema se pretende aportar más seguridad jurídica*)¹⁰.

Retornando, a la “laguna” el juez la elimina mediante la complementación jurídica, actúa *praeter legem, supplendi causa*. Las “reglas injustas” se eliminan por la corrección de la ley, el juez actúa *contra legem, corrigendi causa*¹¹. WINDSCHEID decía que para completar las lagunas de la ley había que descubrir la verdadera idea del todo jurídico, las lagunas no se completaban en base a un supuesto Derecho Natural, sino en base “al espíritu del mismo todo jurídico”; se está presuponiendo que el Derecho es algo más que una suma de imperativos, que es también una conexión objetiva de sentido de la que se puede inferir mediante deducciones el miembro intermedio que falta; en cambio, respecto a la “ley defectuosa” se debe imponer la verdadera voluntad del Legislador de cara al enturbiamiento legal, es decir,

“desarrollar conforme a sus principios la ley defectuosa o imperfecta”¹²

El límite entre ambos no es claro, pero la posición del encargado de aplicar la ley es completamente diferente en uno y otro caso.

Desde otro ángulo, puede hablarse de *lagunas técnicas* como defecto de fabricación¹³, sólo caben dos soluciones: negar la efectividad de la disposición hasta que sea desarrollada por el Legislador, o sustituir la inactividad de éste por medio de la interpretación; con lo que el juez actúa de forma creativa, los métodos para llenar las

¹⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO; *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, 2002, pp. 117 y 118.

¹¹ ENGISCH, KARL; *Introducción al pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2001. Presentación a cargo de Luis García San Miguel, p. 161.

¹² Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, pp. 44 y 48.

¹³ La noción es de KELSEN, quien las diferenciaba de las lagunas lógicas, que eran las que se presentaban cuando la decisión lógicamente posible se ofrece al órgano aplicador tan inoportuna o injusta, que este se inclina a creer que el Legislador no ha pensado en ese caso, y si lo hubiese previsto, habría tomado una decisión diversa de la que deviene de la aplicación del Derecho vigente. Estas lagunas resultan deglutidas por el hermetismo del sistema. ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL; *Introducción a una teoría general del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, págs. 235 a 236.

lagunas son interminables y variados, pero siempre se destaca una división fundamental¹⁴: a) *heterointegración* que consiste en solucionar las lagunas recurriendo a otro ordenamiento distinto del que se halla en vigor, o a una fuente distinta que la ley (v.g. el Derecho Natural, derecho comparado, la idea de justicia, la naturaleza de las cosas, la equidad, la doctrina –aunque este es extraño-, *et sit cétera*); b) *autointegración* consiste en solucionar las lagunas reconocidas, pero sin salir del ordenamiento, a través de diversos métodos (v.g. la analogía; los principios generales del Derecho; la interpretación sistemática, teleológica, *et sit cétera*; el argumento *a fortiori*). Pero los métodos por excelencia para llenar las lagunas son la analogía y los principios jurídicos.

c. Lagunas de la ley y lagunas de regulación. Los defectos. Lagunas ocultas y lagunas abiertas. Notas de la noción de lagunas.

Definir una laguna es complejo, aunque suele sostenerse, en lo primario, que es una incompletitud contraria al plan (*planwidrige Unvollständigkeit*)¹⁵, o que se trata de una insuficiencia no remediada dentro de un todo, como lo postula ENGISCH; o como una acción que no está jurídicamente prohibida ni permitida¹⁶. Definir una laguna va unido al concepto mismo de Derecho, si el Derecho únicamente es legal, “laguna del Derecho” será “laguna de la ley”¹⁷; así se tratará del supuesto de que, utilizando una interpretación, no sea posible obtener de la ley respuesta para una cuestión jurídica. Si concebimos al Derecho como la totalidad del “Derecho positivo”, abarca junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario, habrá laguna sólo cuando ni la ley, ni la costumbre puedan dar respuesta a un problema jurídico; si la costumbre proporciona una solución allí donde la ley no la da, habrá una laguna legal, pero no una laguna del Derecho¹⁸.

¹⁴ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia constitucional*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, DIKE - Biblioteca Jurídica, Bogotá, 2008, pp. 56 y ss.

¹⁵ CLAUS WILHELM CANARIS, *Die Feststellung von Lücken* citado por BALDÓ, FRANCISCO; *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*, Anales de Jurisprudencia, Sexta Época, nro. 248 (noviembre-diciembre), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2000, p. 269.

¹⁶ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), 2ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, p. 82.

¹⁷ GARCÍA MAYNEZ y RECASÉNS SICHES, apoyados en las doctrinas de la libre investigación científica de GENY, apoyaban esta tesis conciliadora: no hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la ley, este plus cuantitativo se debe a que la ley no alcanza a llenar para cubrir el nivel del Derecho y para ello recurre a “elementos supletorios”

¹⁸ ENGISCH, KARL; “*Der rechtsfreie Raum*”, utilizamos aquí la traducción al castellano efectuada por Ernesto Garzón Valdes: “*El ámbito de lo no jurídico*”, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1960, pps. 118 a 119.

“Una laguna existe cuando falta en un ordenamiento dado una regla a la que el juez pueda referirse para resolver un conflicto que tiene planteado. Lo característico de la laguna es, por tanto, que un caso no está regulado por el derecho debiendo estarlo, es decir, no caben lagunas en abstracto, la laguna está siempre referida a un problema jurídico concreto al que el ordenamiento no da respuesta.”¹⁹,

esta última noción nos va aproximando a la postura que finalmente adoptaremos sobre esta temática.

KARL LARENZ entendía que sólo existían “lagunas de la ley”, las que se presentaban cuando una norma vigente no podía ser aplicada si no se añadía una ulterior disposición que faltaba en la ley (ZITELMANN denominaba a estas lagunas “lagunas propias”). Paralelamente existían las “lagunas de regulación”, donde no se trataba de una proposición jurídica incompleta, que no podía ser aplicada sin ser completada, sino de una regulación determinada que era incompleta en su conjunto (“lagunas impropias” para ZITELMANN); en estos casos, la regulación de un determinado sector material, no contiene ninguna disposición especial para una cuestión que debía ser regulada en conexión con esta regulación,

“No es que la ley no haga posible ninguna respuesta en absoluto, pues, a falta de un orden legal de consecuencia jurídica, se podría dejar el hecho en cuestión sin consecuencia jurídica alguna”²⁰

Pero aquí, LARENZ introduce ya una cuestión que nos servirá más adelante para explicar los reales alcances que le otorgamos en estas líneas a las lagunas, al delimitarla con las *adhiaporias*²¹, señala el catedrático de la Universidad de Munich que sólo se puede fijar

¹⁹ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., p. 45.

²⁰ LARENZ, KARL; *op. cit.*, p. 294.

²¹ En los estoicos griegos, se distinguía lo que era bueno de lo malo en sentido superior, pero consideraban una tercera categoría: las conductas *adiaphoras*, es decir, las cosas indiferentes. *Vide* EVOLA, JULIUS; *¿Qué es lo que queda del Estoicismo?*, en “La tradición romana” (trad. Marcos Ghio), Ediciones Heracles, Buenos Aires, 2006, p. 179.

Adiaphora (griego, *adiaphoron*, 'indiferente') es el término en la historia de la ética cristiana que denota acciones que Dios ni manda ni prohíbe y cuya realización u omisión es un asunto indiferente. El término fue empleado por los cínicos y tomado por los estoicos. Para éstos lo bueno y lo malo era lo que siempre así había sido y que el hombre podía controlar. Asuntos tales como salud, riquezas, *et sit cetera*. y sus opuestos fueron clasificados como *adiaphora*, siendo estimados para este propósito no como acciones, sino como cosas o condiciones. Las *adiaphora* fueron divididas en absolutas y relativas, siendo las primeras las que tienen que ver con distinciones sin importancia, mientras que las segundas suponen preferencia, como es el caso de enfermedades y salud. Sin embargo los estoicos no dedujeron de la naturaleza *adiaphorista* de las cosas externas la de las acciones conexas con ellas.

En lugar de esta idea de libertad, combinando obligación con espontaneidad, pronto surgió otra de un carácter más legal. En el tiempo de TERTULIANO hubo en relación a cuestiones concretas un conflicto entre estos dos principios: (1) Lo que no está expresamente permitido por la Escritura está prohibido y (2) lo que no está prohibido expresamente está permitido. La restricción de la idea de deber a lo que es permisible y el reconocimiento de una esfera *adiaphorista* se vieron confirmados por la distinción entre

el límite entre una laguna de regulación y un “defecto”, en sentido político- jurídico (*de lege ferenda*); señalando que no implica una constatación lógico- formal, sino de una consideración independiente y crítica frente a la ley; de donde, la diferencia entre “laguna” y “defecto” viene dada por el distinto criterio de valor que se coloque en la base²². También distingue LARENZ entre *lagunas ocultas* y *lagunas abiertas*, reconociendo que su frontera es fluctuante, dependiendo de que se encuentre o no expresada en la ley una proposición general respecto de la cual representaría una limitación la regla que se nota a faltar²³.

“Conforme a todo lo expuesto, podemos decir que existe una laguna de la ley
(de lege lata) allí –pero sólo allí– donde la ley –medida con su propósito y con

præcepta y *consilia* y por la doctrina de los méritos supererogatorios. La cuestión de las *adiaphora* fue tratada por los escolásticos. TOMÁS DE AQUINO y sus seguidores sostuvieron que había ciertas acciones que, aunque intrínsecamente capaces de servir a un buen o mal propósito, eran asuntos indiferentes; pero no reconocieron ningún acto procedente de consciente consideración que no estuviera dispuesto o no tan dispuesto hacia un fin y de ahí era bueno o malo. DUNS ESCOTO y sus seguidores reconocieron acciones indiferentes *in individuo*, es decir, las que no son estimadas malas, aunque sin referencia, actual o virtual, a Dios. La Iglesia antigua al principio se apropió de la oposición cínica y estoica hacia la cultura, sosteniendo que interfería en la contemplación de Dios y las cosas divinas. Pero con el ascenso pagano esta actitud ya no fue mantenida. El ideal primitivo cristiano quedó preservado, es verdad, pero su cumplimiento completo se exigió sólo a aquellos que quedaban obligados por la naturaleza de su llamamiento.

La *adiaphora* eclesíastica fue el tema de la primera controversia *adiaphorista*. Los teólogos de Wittenberg creían que las concesiones sobre lo que el *Interim* de Leipzig había determinado podían ser justificadas por los principios enunciados y ejemplificados al comienzo de la Reforma. Sostuvieron que, a pesar de las modificaciones formales, sólo habían sometido puntos tradicionales de gobierno eclesíastico y adoración, e incluso entonces en una manera que no se oponía a la Escritura, habiendo sido muy reconocidos en la Iglesia primitiva y pareciendo excelentes arreglos que conducían al orden y la disciplina. Más aún, mantuvieron que cada uso idólatra había sido desaprobado y que lo que tenía importancia idólatra había sido excluido. Se puede mencionar, a manera de ejemplo, que la liturgia latina de la misa fue admitida, con las velas, cánones, etc. aunque con la comunión y algunos himnos alemanes; también la confirmación, el día del Corpus Christi, la extremaunción, el ayuno y la jurisdicción de los obispos.

En la llamada segunda controversia *adiaphorista* los sistemas luterano y calvinista entraron en conflicto. LUTERO había mantenido el derecho del disfrute atemperado de las diversiones seculares. CALVINO, por otro lado, optó por principios fundamentales diferentes, de acuerdo con el código de disciplina que él impuso en Ginebra. VOETIUS llevó sus principios más allá. Por el lado luterano fue MESINER, quien en este respecto es el clásico oponente de los calvinistas. Él puso las diversiones seculares bajo el encabezamiento de *adiaphora*, siendo acciones ni correctas ni incorrectas *per se* sino *per aliud*, siendo importante la persona y el propósito especialmente consideradas y en ejemplos concretos convirtiéndose siempre en correctos o incorrectos. La controversia comenzó a finales del siglo XVII, cuando las diversiones seculares fueron atacadas en sí por diversos escritores, tales como REISER y WINKLER, los teólogos pietistas de Hamburgo, VOCKERODT, LANGE y ZIEROLD.

La cuestión de las *adiaphora* ha sido un tema posterior de discusión. El primero en introducir un nuevo punto de vista de algún considerable valor fue SCHLEIERMACHER (*Kritik der bisherigen Sittenlehre*, 2ª ed.; *Werke zur Philosophie*, ii.), quien disputó el derecho ético de las *adiaphora* sobre la base de la necesidad en la vida moral de unidad y estabilidad. Sólo en la esfera de la ley civil y en el juicio moral de otros cuyas acciones deben frecuentemente, por falta de evidencia, permanecer inexplicadas, admite las *adiaphora*.

La referencia a la voz “Adiáfora” en Historia de la Iglesia Universal (Enciclopedia), Iglesia Evangélica Pueblo Nuevo, en www.iglesiapueblonuevo.es

²² Esto debe retenerse, pues, en definitiva, LARENZ viene a reconocer la necesaria valoración para determinar una existencia de laguna, aspecto que para nosotros es irreprochable.

²³ LARENZ, KARL; *op. cit.*, p. 297.

su teleología inmanente- sea incompleta, es decir, esté necesitada de complemento, y donde su complemento no contradiga una limitación querida por la ley... se tiene que tratar de una imperfección que contradiga el plan del legislador, es decir, 'contraria al plan'.²⁴

Asimismo, las lagunas pueden ser originarias o posteriores, y dentro de las primeras: aquellas de las que fue consciente el Legislador, de las que no lo fue; existe una laguna consciente cuando el Legislador, deliberadamente, ha dejado sin solucionar una cuestión a fin de dejar su decisión en manos de la jurisprudencia y la ciencia (de todas formas, la mayoría de las veces, este supuesto, se tratará de imperfecciones del lenguaje).

Para EZQUIAGA GANUZAS, las notas relevantes de la noción de laguna son²⁵:

- a. Sólo es posible comprender la noción de laguna, partiendo de la idea de un ordenamiento jurídico completo.
- b. En un sistema, tendencialmente completo (i.e. con vocación de regular todos los casos posibles), la aparición de una laguna se considera un fallo, una deficiencia del sistema (i.e. un reconocimiento de que la plenitud del sistema no se halla completamente explicitada).
- c. Con carácter general, y atento el principio de plenitud del ordenamiento, no se reconoce la existencia de lagunas. De aparecer, siempre serán provisionales, pues el juez puede solucionar el defecto con los remedios a su alcance. Es un reconocimiento de que, siendo la completitud del sistema un ideal, no pudiendo construirse por la cúspide (i.e. el Legislador), se traslada la misión al juez que debe: 1) actuar como si el sistema fuera completo y 2) restaurar en todo caso la imagen de plenitud del ordenamiento por medio de los instrumentos que se hallan para tal fin.

En lo que hace al último tópico, vale señalar que, puesto que el Derecho es identificado a través de los ojos de los tribunales, las lagunas del Derecho deben ser también identificadas de la misma manera.

La cuestión a elucidar se patentiza cuando, el Derecho positivo, en su conjunto, presenta una laguna, pero se entiende que puede ser colmada recurriendo a principios jurídicos suprapositivos. ¿Es esto una laguna?, si la interpretación de las normas pone al descubierto ciertas lagunas (lagunas de la ley), pero se las colma

²⁴ LARENZ, KARL; *op. cit.*, p. 299.

²⁵ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., p. 46.

empleando la analogía y otros recursos semejantes que, se considera, se hallan dentro de los límites de la ley.

En una primera aproximación este esquema parece rechazar la idea de una laguna, pues la ley, aunque no de forma inmediata, ha dado, de una u otra forma, una respuesta a la cuestión jurídica.

Asimismo, reglas como las que prohíben el negarse a dictar sentencia a los encargados de aplicar el Derecho; es decir, lo facultan mediante cláusulas generales para hallar el Derecho como si fuera el propio Legislador; son autorizaciones para sortear las lagunas en todo supuesto. Por esta vena, la jurisprudencia de intereses recomendaba completar las lagunas de la ley, otorgando al juez la posibilidad de *desenvolver* el Derecho “con fidelidad a la ley” y, no obstante, conforme con las necesidades de la vida. HECK, al amparo de la corriente, explicaba que las lagunas de la ley y de su integración, figuraban en el eje central de la teoría jurídica del método,

“HECK rechaza, ... la concepción de que la ley tiene dispuesta para todo caso imaginable una decisión a averiguar mediante la subsunción en las normas dadas, es decir, que ‘no tiene lagunas’. Asimismo ataca el método de la ‘jurisprudencia de conceptos’, que él califica de ‘procedimiento de inversión’ de inferir de conceptos jurídicos generales, mediante la conclusión lógica, nuevas proposiciones jurídicas no expresadas en la ley.”²⁶;

el procedimiento de inversión, según HECK, era ilegítimo, pues los conceptos jurídicos que la ciencia del Derecho abstrae de los mandatos legales individuales, no son, en realidad, conceptos genéricos jurídicos obtenidos mediante abstracción de las normas de un determinado Derecho positivo, sino que son: o categorías real- ontológicas, o categorías éticas.

d. La plenitud hermética del Derecho. El espacio no sometido a regulación jurídica.

Así las cosas, pareciera que las soluciones siempre proceden del mismo Derecho, éste nunca deja de aportar una solución. El orden jurídico sería “hermético”, por consiguiente no conoce lagunas; bajo tal perspectiva, éste concepto pierde fundamento, en la medida en que supone una insuficiencia dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico. Lo dicho proviene de las posturas que han convertido en dogma la *plenitud hermética* del orden jurídico negando la existencia de verdaderas lagunas en

²⁶ Cit. LARENZ, KARL; *op. cit.*, p. 69.

el Derecho; de hecho, el debate sobre las lagunas en los ordenamientos jurídicos, nace precisamente con el dogma de plenitud

“Cuando el derecho romano recogido en el Corpus iuris se convierte poco a poco en el derecho por excelencia, y alcanza su punto culminante en la época de la codificación, cuando el Estado precisa monopolizar la actividad legislativa.”²⁷

Esto es lo que postula la tesis del *espacio no sometido a regulación jurídica*, sosteniendo que, el todo jurídico se extiende sobre determinados campos y en tal sentido el Derecho es una completitud; junto a los campos jurídicamente regulados hay otros en los que el Derecho nada tiene que decir (v.g. la fe o las relaciones sociales); estos campos se hallan en el “espacio no sometido a regulación jurídica”, pero estas no son lagunas sino conductas que se encuentran totalmente fuera del Derecho (*adhiaphorias*). Así la ecuación es, o bien la conducta está decidida en el Derecho, o bien no lo está y entonces cae en el ámbito de lo no jurídico, por consiguiente no existe laguna pues dicho espacio libre está situado por fuera del todo jurídico²⁸.

La relación de las lagunas con la “plenitud hermética” del Derecho fue analizada por KELSEN y ZITELMANN en Alemania, y por CARLOS COSSIO en Argentina. Analizaban las lagunas desde su relación con la autonomía privada y el principio de que “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”. ZITELMANN se ocupó del problema en su conferencia “Las lagunas del Derecho”, la cual fue transcrita y finalmente publicada en 1903, entendía que la proposición mediante la cual se integra una laguna está contenida ya, desde un principio, en la ley –o por lo menos en el orden jurídico-; estrictamente la ley no tiene lagunas, el que las tiene es nuestro conocimiento de la ley, de donde, la proposición que aplica el juez es ya Derecho, entonces el juez no crea Derecho alguno. Esto debe ser rechazado pues desconoce el carácter productivo y creador del proceso cognoscitivo en el que se obtiene la proposición integradora de la laguna: hay un Derecho potencial, pero no actual. La proposición integradora de la laguna se basa, en gran medida en la ley, pero la jurisprudencia y la doctrina no se detienen allí; sino que, en algunos casos, transforman la regulación legal y crean, incluso, nuevos institutos jurídicos desconocidos por la ley.

KELSEN hace referencia a ellas en la “Teoría Pura del Derecho”, y COSSIO, -quien fue grandemente influenciado por el positivismo jurídico y por el maestro vienés-, hace referencia al principio de plenitud en varias de sus publicaciones,

²⁷ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., p. 43.

²⁸ En este sentido ENGISCH, KARL; *El ámbito de lo no...*, cit., *passim*.

para el creador de la Egoología, el ordenamiento jurídico es una estructura cerrada donde no hay lagunas ni casos posibles fuera del todo, no es siquiera posible pensar en una parte fuera de la totalidad que integra; en el orden jurídico no hay lagunas, sencillamente porque hay jueces, el juez debe juzgar siempre, es un deber que emana de su propia calidad, el juez es un elemento integrativo del ordenamiento jurídico, por ser el órgano erigido por la comunidad para declarar la juridicidad, se diluye así el problema de las lagunas. CARLOS COSSIO señalaba que

“El problema jurídico de la libertad irrumpe dogmáticamente en la Dogmática con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, axioma que es conceptualmente aprehendido con la noción de la Plenitud Hermética del ordenamiento jurídico.”²⁹

En KELSEN, el dualismo positivismo/ iusnaturalismo reporta que el Derecho devenga insuficiente, de la mano de la segunda parte del dualismo de mención. El problema, señala KELSEN, procede de identificar el Derecho con la ley, o de diferenciar la ley de un Derecho natural, al menos. KELSEN entra a analizar la integración del juez como un papel fundamental en la definición de la noción de “laguna”. La integración hace que el intérprete sea quien complete el Derecho, y que la laguna no esté en el Derecho, sino en la ley. De esta manera, no existen lagunas, porque se acepta el papel hermenéutico del juez como una acción deliberada³⁰. Examinando disposiciones del código civil suizo, de similar tenor a los arts. 15 y 16 del Código Civil argentino, KELSEN concluye que si bien son disposiciones típicas, presuponen la posibilidad de que el Derecho de un país dado no sea aplicable lógicamente a un caso concreto que deba resolverse,

“Como ello, empero, no es de hecho posible, puesto que un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante, resulta que el supuesto del cual parte la disposición citada es una ficción. Consiste en que la falta de determinada norma jurídica dentro de un orden jurídico, atribuida fundándose en un juicio de valor subjetivo, político-moral, es representada como la imposibilidad lógica de su aplicación.”³¹

²⁹ COSSIO, CARLOS; *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 656.

³⁰ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), 14ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, p. 255.

³¹ KELSEN, HANS; *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 256.

No es dable profundizar aquí en la cuestión, sin embargo, baste señalar que el principio de plenitud hermética del ordenamiento surgió como una forma de justificar el monopolio estatal de la producción jurídica. Este monopolio estaría personificado en los movimientos codificadores, especialmente en el Código francés de 1804.

“Sin embargo, con el transcurso del tiempo los cánones hermenéuticos experimentarían una crisis, al verse cuestionados por movimientos que criticaban el estatismo y el dogma de la plenitud. BOBBIO señala tres razones principales para el surgimiento de esta crítica al estatismo jurídico: las ‘insuficiencias’ que mostraba la codificación a medida que envejecía, la Revolución Industrial y el ‘descubrimiento de la sociedad por debajo del Estado’”³²

e. Diferencia entre lagunas y adiaphorias

La tesis preplanteada posee un problema crucial. Si entendiéramos al Derecho como un *totum*, habría que sostener entonces que la regla de clausura opera férreamente; de donde, o bien las conductas están reguladas por el Derecho, o están permitidas por él, en síntesis no hay lagunas. Existen problemas en ésta tesis mecánica (que como venimos diciendo no es posible profundizar): por un lado la regla de clausura no funciona de esa manera perfecta, sino que es un ideal; y en segundo lugar, la construcción que analizamos, no diferencia entre *adiaphorias* y permisos jurídicos. Introduciremos un esquema aportado por otros autores, que nos permitirá diferenciar las cuestiones señaladas, adecuadamente.

³² GARCÍA, IGNACIO; *El Principio de Plenitud Hermética y la Lex Mercatoria*, en www.ij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/Plenitud_Hermetica_y_lex_mercatoria.pdf, sitio de la Universidad de Costa Rica –Facultad de Derecho/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 28.

El autor señala que “Con el transcurso del tiempo empezaron a generarse nuevas situaciones de hecho no previstas por el Código, con lo cual lo que había sido la voluntad casi divina del legislador empieza a mostrar fisuras propias de una creación humana. Una de las situaciones que no previó el movimiento codificador, precisamente por ser un instrumento y un resultado de esta condición socio-económica, fue el tránsito de una economía agrícola a una industrial. La Revolución Industrial hizo que los Códigos se mostrasen anacrónicos. La industria y todos los problemas conexos de la organización del trabajo provocaban un ‘desfase cada vez más rápido y macróscopico entre Derecho positivo y realidad social’. Esta transformación del Derecho se da dentro de un trasfondo mucho más vasto y complejo, principalmente la ‘crisis de la razón’—entendida en un sentido cartesiano, como una explicación omnicompreensiva de las interrogantes universales—, y el surgimiento de nuevas corrientes de filosofía social como el marxismo o el positivismo. La aparición de nuevas organizaciones sociales, tanto industriales (organizaciones privadas de comercio) como obreras (sindicatos y partidos), son un producto directo del liberalismo.”.

De donde, el problema de las lagunas del Derecho no coincide con la formación de los conceptos jurídicos. Se da de una manera posterior, una vez que la flexibilidad social resquebraja el pétreo concepto de Derecho de las codificaciones.

Esto fija una diferencia sustancial: lagunas y huecos del sistema son dos cosas distintas. Los segundos, son *adiaphorias*, no imperfecciones del sistema (esto debe reservarse para los defensores de la plenitud hermética del sistema), y no pueden ser “llenadas” de contenido jurídico, por el contrario, las lagunas, que sí son imperfecciones del sistema, son solucionables por analogía.

Solamente podría hablarse realmente de que se está ante una laguna jurídica –en el sentido de laguna del Derecho positivo– cuando no se halle ni en las fuentes del Derecho totalmente objetivada (legislación), ni en las parcialmente objetivadas (costumbre jurídica y precedente) la solución adecuada para un determinado caso concreto; ya que cuando no se encuentra una respuesta jurídica razonable en el tipo de fuente del Derecho no objetivada, no se puede hablar propiamente de que se está ante una laguna jurídica, sino frente a una *adiaphoria*, que es uno de aquellos casos que, causados por la evolución (o revolución) social acelerada, en forma extraordinaria, por diversos factores políticos, económicos, sociales, científicos, técnicos, culturales, *et sit cetera*, no pueden ser jurídicamente resueltos en forma satisfactoria por vía jurisprudencial, sino que únicamente lo podrán ser mediante una regulación jurídico-positiva establecida por el Poder Legislativo o, incluso, el Poder Constituyente del Estado. Mientras esto sucede, se revelan como casos de *non liquet*, ya que ni el Derecho legislado o consuetudinario o jurisprudencial, ni aun los principios generales del Derecho, pueden dar una respuesta jurídica que satisfaga plenamente los parámetros axiológicos vigentes, pues la conciencia jurídica colectiva, tanto a nivel nacional como internacional, no ha podido, todavía, determinarla, por lo que se encuentran en un *ámbito libre de regulación jurídica*³³.

f. Clasificaciones de lagunas.

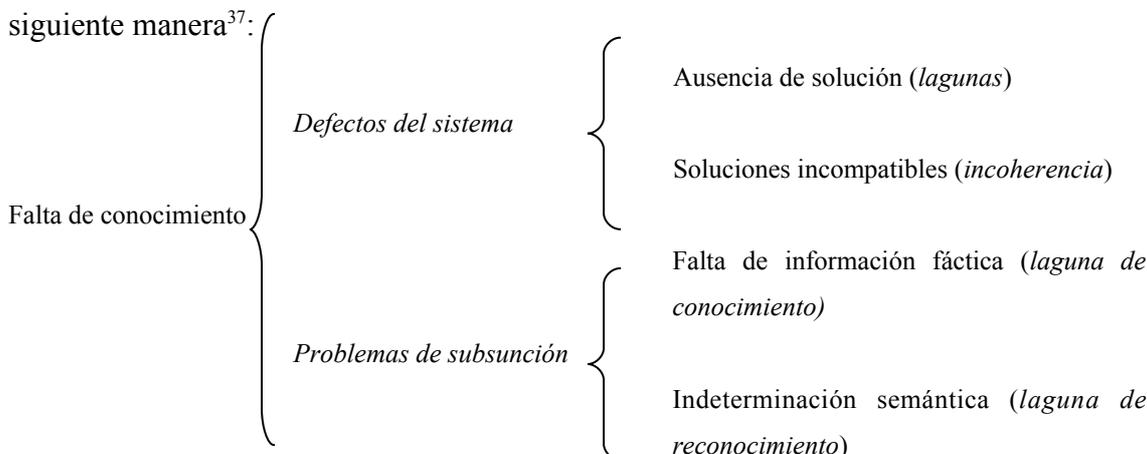
Los ordenamientos jurídicos, califican normativamente ciertas conductas, reglando así los comportamientos de los individuos. La manera de solucionar los conflictos sociales –que es una de las finalidades del Derecho–, sólo es factible –salvo en comunidades muy reducidas³⁴– mediante el dictado por la autoridad de normas

³³ PETZOLD PERNÍA, HERMANN; *El principio “Mater in iure samper certa est” frente a la transferencia de embriones humanos, en el derecho civil venezolano*; en www.zur2.com/fp/otras_public_procu, Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Procuraduría General de la República, Revista de la Fundación Procuraduría, Summa, Caracas, 1998, §4.

³⁴ HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho* (Traducción de Genaro R. Carrió), Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 113 y ss.

generales que solucionen casos genéricos. Sin embargo, tal sistema detenta el problema de la duda o ignorancia acerca de la solución que corresponde al caso individual³⁵.

ALCHOURRÓN y BULYGIN³⁶ han esquematizado este problema de la siguiente manera³⁷:



³⁵ Para estos autores hay dos complejos de problemas que suelen confundirse conjuntamente bajo el rótulo de *interpretación*: unos son problemas *conceptuales* que se suscitan al nivel de los casos y normas generales, son los problemas de subsunción; los segundos se producen en la *aplicación* de las normas generales y son problemas empíricos o semánticos. ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (traducción del inglés de los autores, *Normative System*), Astrea, 2002, p. 61.

³⁶ Esta es la construcción que nos parece más articulada. Pero existen muchas clasificaciones de lagunas, algunas con ítems criticables o cuanto menos analizables finamente, pero sobre lo que no avanzaremos. U. KLUG clasifica: a) *lagunas verdaderas* –donde falta una solución esperada en el sistema para un estado de cosas-, b) *lagunas no verdaderas* –hay solución en el sistema pero se la considera falsa-, c) *lagunas intencionadas* –está expresamente construida por el Legislador pues deja el espacio para que sea llenado por el juez-, d) *lagunas no intencionadas* –son lagunas inconscientes-, f) *lagunas primarias* –se hallan desde el inicio operativo de la norma-, g) *lagunas secundarias* –en atención a alguna modificación del sistema, se manifiestan estos defectos-, h) *lagunas en la ley* –lagunas en el sistema de normas positivas-, i) *lagunas en el Derecho* –lagunas en el sistema suprallegal de normas no empíricas-, j) *lagunas provisionales* –se hallan en la ley pero las corrige el Derecho-, k) *lagunas inmanentes*, l) *lagunas trascendentes*, m) *lagunas de conflicto* y n) *lagunas técnicas*.

A. G. CONTE distingue entre: a) *lagunas deontológicas* –inadecuación del orden normativo al deber ser-, b) *lagunas ontológicas* –inadecuación del orden normativo al ser-. Las primeras se subdividen en: 1) *ideológicas* –inadecuación con relación a una ideología del orden normativo-, 2) *teleológicas* –inadecuación en relación con un fin inmanente al orden normativo. Las ontológicas se subdividen en: 1) *críticas* –imposibilidad de una evaluación deóntica de un comportamiento según las normas-, 2) *diacríticas* –imposibilidad de dar una solución al caso dudoso-. La clasificación de N. BOBBIO es similar.

CHAIM PERELMAN divide a las lagunas en tres especies: *intra legem*, *praeter legem* y *contra legem*.

BRUNETTI diferencia entre las “lagunas ideológicas o de iure condendo” y las “lagunas reales o de iure conditio”. Las primeras, también conocidas como lagunas “impropias”, consisten en la ausencia de una norma justa o de una norma que facilite una solución satisfactoria. Las segundas, también denominadas “propias” son lagunas en un sentido más tradicional, es decir aquellas que se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico.

RAZ distingue entre: a) *lagunas jurisdiccionales*, un orden es jurisdiccionalmente completo si sus tribunales tienen jurisdicción sobre todas las cuestiones jurídicas, pero hay una laguna jurisdiccional si sus tribunales carecen de jurisdicción sobre ciertas cuestiones jurídicas; b) *lagunas del Derecho (strictu sensu)*, un orden jurídico es jurídicamente completo si hay una solución completa sobre todas las cuestiones sobre las cuales los tribunales tienen jurisdicción, contiene una laguna del Derecho si algunas cuestiones jurídicas sometidas a la jurisdicción de los tribunales no tienen ninguna solución completa, pero también en esta segunda categoría, se puede tener un concepto más amplio de laguna cuando se trata de cuestiones jurídicas sin solución. RAZ, JOSEPH; *op. cit.*, p. 95- 96.

Conf. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., p. 49, nota 16.

³⁷ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 203.

Las lagunas según Alchourrón y Bulygin

La *falta de conocimiento*, es acerca de la calificación normativa de una conducta determinada. La falta de conocimiento (duda o ignorancia) acerca del *status* jurídico de una conducta, puede tener diversos orígenes. En primer lugar puede provenir de un *defecto del sistema*, el que a su vez puede provenir de una ausencia de solución (caso de *laguna normativa*) o en la existencia de varias soluciones incompatibles (*incoherencia*). En dichos supuestos se ignora cuál es la solución porque no hay solución o ésta no es unívoca³⁸. Las *lagunas normativas* aparecen cuando, a un caso definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa, no se le ha correlacionado solución normativa alguna³⁹.

En segundo lugar, la falta de conocimiento acerca de la solución del caso puede provenir de que el sistema soluciona casos genéricos, mientras que es necesario saber también cuál es la solución correspondiente a los casos individuales. La *subsunción* es una idea mecánica que no se aplica tal cual como es sostenida dogmáticamente, en el Derecho, pero en lo que aquí interesa, el caso *prima facie* tiene una solución en este, pero se desconoce cuál es ella: o bien porque falta información acerca de algún hecho relevante (*laguna de conocimiento*), o porque el caso individual cae dentro de la zona de vaguedad de algún concepto relevante (*laguna de reconocimiento*)⁴⁰.

Las *lagunas de conocimiento* se presentan porque hay algunos aspectos del hecho que son desconocidos, y ello dificulta la posibilidad de clasificar el caso; este defecto se ha remediado mediante la apelación a un recurso práctico que les permite obviar la falta de información: las *presunciones legales*, las cuales desempeñan un papel muy importante en la práctica judicial, le permiten al juez suplir su falta de conocimiento y actuar como si conociera todos los hechos relevantes, su lugar central lo ocupa el principio general de la carga de la prueba⁴¹. De éste tipo de lagunas no nos ocupamos aquí, pues hacen al aspecto fáctico de la resolución (el caso individual) y no es el foco de nuestro análisis constituido por los casos genéricos; el Derecho Procesal es la rama del Derecho que se ocupa de estas cuestiones, estableciendo reglas sobre la

³⁸ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 202.

³⁹ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 22, Alicante, 1999, p. 349.

⁴⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 203.

⁴¹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 62.

admisibilidad de pruebas, reglas que distribuyen la carga de la prueba de los hechos entre las partes y reglas para la valoración de las pruebas.

Las *lagunas de reconocimiento* presentan un aspecto problemático mucho más agudo, pues no puede erradicarse absolutamente la vaguedad (actual o potencial) que los conceptos utilizados en los textos legales (descriptivos o normativos), tienen. La vaguedad puede ser reducida en alguna medida a través de la utilización de conceptos técnicos, introducidos por definiciones explícitas, que estipulan expresamente sus reglas de aplicación; sin embargo, la discrecionalidad judicial permanece puesto que el problema señalado no es del todo erradicable: siempre cabe la posibilidad de que se presente un objeto atípico o insólito, o bien que mute el eje de valoración social, escapando así a las reglas de aplicación del concepto, por más numerosas y minuciosas que éstas sean (sólo en los lenguajes puramente formales, como los de la lógica y la matemática, no se plantean problemas de vaguedad)⁴². La mecánica que utilizan los jueces frente a éstas cuestiones no pueden ser abordadas aquí, son problemas que interesan en virtud de su perfil empírico- conceptual. Sin embargo, respecto a las llamadas *lagunas de reconocimiento* caben algunas reflexiones. HART entiende que aquellas se originan en los *problemas de penumbra*, propios de la problemática empírica, de donde muchos autores concluyen que, en la aplicación del Derecho a casos individuales, al comprobarse la existencia ineludible de estos problemas, el Derecho es esencialmente incompleto ya que contiene numerosas lagunas. De la misma manera su discípulo RAZ entiende que un tipo de causa para las lagunas es la indeterminación del lenguaje, si bien admite que este tipo de cuestión no constituye la peculiaridad del Derecho; sin embargo, quien estuviera comprometido con la tesis de las fuentes sociales del Derecho debería considerarlas inevitables pues este depende de la acción humana con sus inherentes indeterminaciones⁴³. Pero ALCHOURRÓN y BULYGIN llaman la atención que, denominar “lagunas” a los casos de penumbra, puede aparejar confusiones, pues estos últimos nada tienen que ver con el problema de las lagunas en el Derecho, que es el problema de la completitud normativa. Decir que el Derecho es incompleto, sugiere un defecto –una ausencia o falta de algo-, pero los problemas de penumbra no aparecen porque a aquel le falte algo, sino que se deben a ciertas propiedades semánticas del lenguaje en general⁴⁴. Esta es cuestión de las problemáticas

⁴² ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *ibidem*.

⁴³ RAZ, JOSEPH; *op. cit.*, p. 98.

⁴⁴ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 65. RAZ termina por criticar también este tipo de lagunas pero no por cuestiones conceptuales sino empíricas.

interpretativas y de la relación entre Derecho y lenguaje, en lo sucesivo, coincidiendo con los autores mencionados, no las introduciremos como “lagunas” del Derecho⁴⁵.

g. La ausencia de discreción ante las lagunas (Atria). La presencia de discreción (Navarro). La tesis de la ausencia de lagunas.

Frente al problema de las *lagunas normativas* se pueden señalar tres posiciones básicas⁴⁶:

- a. Teorías que consideran que el Derecho es necesariamente completo y, por lo tanto, niegan la posibilidad de lagunas. KELSEN es el representante emblemático de ésta tesis.
- b. Teorías que consideran que aunque haya lagunas normativas, esto no impide que los jueces puedan resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales preexistentes, ATRIA y RUIZ MANERO representan a esta posición.
- c. Teorías que sostienen que la existencia o inexistencia de lagunas es una cuestión empírica y por ello contingente. ALCHOURRÓN y BULYGIN se inscriben aquí.

Las teorías que admiten la existencia de lagunas, entienden que los jueces tienen discrecionalidad para resolver los casos que allí se presentan, ésta es nuestra postura. Para ATRIA, aunque haya lagunas, no hay discreción, pues afirma que la obligación de admitir o rechazar una demanda muestra que los jueces carecen de discreción; para NAVARRO el tópico adolece de claridad,

“...es preciso distinguir entre el uso de poderes discrecionales para resolver una laguna normativa, v.gr. para crear Derecho, y la necesidad del ejercicio de discreción para admitir o rechazar una demanda.”⁴⁷

⁴⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, anotan la controversia generada entre SOLER y CARRIÓ. En tanto, SOLER destaca como una de las características más importantes de los conceptos jurídicos su “finitud lógica” – los conceptos jurídicos tienen un número limitado y taxativo de notas definitorias-; CARRIÓ señala que dichos conceptos son “vagos”, lo que implica que en su uso empírico, pueden surgir dificultades. Pero la controversia es sólo aparente, pues el primero reduce su análisis a problemas conceptuales, y el segundo a lo empírico, y ello se confirma en el tratamiento dispar que ambos autores hacen de las *lagunas*: SOLER entiende que las lagunas no existen, pues todos los órdenes jurídicos son completos en tanto solucionan todos los casos (su trabajo se refiere a las *lagunas normativas*); por el contrario, CARRIÓ critica por falsa la afirmación de que los sistemas jurídicos son cerrados, y están dotados de plenitud hermética, el Derecho tiene lagunas pues hay casos que no pueden ser resueltos con fundamento exclusivo en sus normas o una mixtura de ellas (pero su pensamiento discurre en torno a las *lagunas de reconocimiento*). ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, pp. 68-69.

⁴⁶ BULYGIN, EUGENIO; *Los jueces ¿crean derecho?*, cit., pp. 14-15.

⁴⁷ NAVARRO, PABLO; *Casos difíciles, Lagunas en el Derecho y Discreción Judicial*, en ATRIA, FERNANDO *et al.*, “Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, p. 96.

La de ATRIA es una postura difícil, el rechazo o la admisión de la demanda no soluciona el caso genérico que apareja una laguna para un sistema normativo dado, admitir o rechazar una demanda es una acción del juez completamente diferente de la conducta que tienen que ejecutar las partes sometidas al proceso. En resumidas cuentas, para ATRIA, los jueces tienen que señalar que en el caso no hay normas aplicables y rechazar la demanda, pero se soslaya que lo que un juez debe hacer en casos de lagunas es dependiente, en gran medida, de las normas que regulan la actividad judicial,

“...una reconstrucción teórica de la justificación de las decisiones judiciales no debería apartarse arbitrariamente de este esquema institucional.”⁴⁸

(v.g. en Argentina debe tenerse en cuenta el art. 16 C.C., de donde, en el Derecho argentino no puede decirse que la obligación de los jueces, en casos de lagunas, sea rechazar la demanda). Si existe una laguna en determinado caso, NAVARRO entiende que la única forma de resolverla es modificando el sistema normativo; si una acción no tiene una regulación normativa para un caso, la única manera de calificar deónticamente dicha acción es añadiendo una nueva norma, y los jueces, ciertamente, llevan a cabo dicho accionar ejercitando

“...ese poder normativo, que es intersticial, restringido y dirigido, una nueva norma se añade al sistema y se completa la laguna. En otras palabras: es imposible colmar una laguna sin modificar el sistema, y ello requiere uso discrecional (¡pero no arbitrario!) de poderes normativos. Por supuesto, es posible debatir acerca de si la nueva norma es obligatoria, v.gr. si otros jueces deben emplearla para resolver casos similares, o si esas normas son vigentes...”⁴⁹

Antes de continuar con la explicación que hace a la postura que aquí se sustenta, corresponde rebatir la tesis de quienes niegan la existencia de lagunas. Esta postura se basa en el *principio de legalidad* –“Todo lo que no está prohibido, está permitido”-; para KELSEN, este principio forma parte de todo orden jurídico, siendo la idea central que el Derecho prohíbe ciertas conductas, y las restantes al no estar prohibidas, están automáticamente permitidas. Todas las conductas tienen un *status* normativo (prohibidas o permitidas), de donde, no existen conductas no regladas por el Derecho.

El argumento señalado tiene varios problemas, entre ellos, la tesis predetallada no distingue entre la afirmación de que todo ordenamiento jurídico *sea*

⁴⁸ NAVARRO, PABLO; *op. cit.*, p. 95.

⁴⁹ NAVARRO, PABLO; *op. cit.*, p. 97.

completo y la *exigencia* de que todo ordenamiento sea completo. El postulado de la plenitud hermética, en cuanto afirmación de que todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos, carece de justificación⁵⁰.

Primariamente, el postulado no diferencia entre distintos sentidos del término “permitido” (*adiaphorias* o permisos legales).

En segundo lugar, las *normas* son expresiones prescriptivas que prohíben, ordenan, o permiten ciertas conductas en determinadas circunstancias. Las normas pueden ser calificadas de válidas o inválidas, de eficaces o ineficaces, pueden ser obedecidas o no; pero no son ni verdaderas ni falsas; si el principio es entendido como una genuina norma que autoriza aquellas acciones que no han sido prohibidas, no puede afirmarse que se trate de una verdad analítica, dado que no tiene sentido alguno atribuir valores de verdad a las normas, y no hay razón que justifique por qué una norma tal debería formar parte de todo sistema jurídico concebible. Por el contrario las *proposiciones normativas*⁵¹ son verdades o falsas, pero no tienen ninguno de los atributos de las normas. De todo ello es dable inferir que el término “permitido”, cuando se utiliza en una norma, se lo hace prescriptivamente, significa lo mismo que “no prohibido”. Entonces, del principio “Todo lo que no está prohibido, está permitido”, debe elucidarse primariamente si es una norma o una proposición normativa; de donde: a) si es una norma que permite todas las conductas que no están prohibidas por otras normas, entonces, como toda norma, es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico; b) si es una proposición normativa, caben dos posibilidades: o bien “permitido” implica “no prohibido”, entonces el principio de legalidad es necesariamente verdadero, pero absolutamente trivial, pues sólo dice que lo que no está prohibido, no está prohibido (lo que es inocuo y compatible con la

⁵⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 227. Los autores mencionados entienden que de ello no se sigue que la *exigencia de completitud* también sea injustificada, “...una cosa es afirmar que la completitud es un hecho y otra, muy diferente, decir que los sistemas normativos *deban ser* completos [...] ¿Cuál es el *status* de ésta exigencia? Parece claro que no es un enunciado descriptivo de alguna realidad, susceptible de ser verdadero o falso. Tampoco es una norma de conducta, ya que no establece ninguna obligación, prohibición, ni permisión, en una palabra, no prescribe ninguna conducta. Parece razonable concebirla como una *regla ideal*... Al establecer una pauta o criterio para juzgar los sistemas, esta regla expresa un ideal: el ideal de completitud normativa.”

⁵¹ Decir que p está prohibido por el sistema S, no es dictar una norma sino expresar una proposición. Tal proposición normativa pertenece a un nivel de lenguaje diferente al de los enunciados normativos de referencia; se trata de una proposición metalingüística con respecto al lenguaje del sistema normativo S. decir que p está prohibido por S, significa que la norma que prohíbe p, pertenece a o es una consecuencia del sistema S. Un enunciado metalingüístico en el sentido indicado, puede ser entendido, en su negación, en el siguiente sentido: decir que una acción no está prohibida en un cierto sistema normativo puede significar que no existe en el sistema normativo considerado una norma que prohíbe tal acción, sentido de acuerdo con el cual la negación opera sobre la norma mencionada en el enunciado metalingüístico. RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *op. cit.*, p. 351.

existencia de lagunas); o bien “permitido” significa que una conducta no está prohibida porque hay una norma que lo permite, lo que es falso, pues del mero hecho de la ausencia de una norma prohibitiva, no se infiere sin más la presencia de una norma permisiva. En síntesis, el principio de legalidad, si es una norma es contingente, y si es una proposición normativa es o bien vacuo o bien falso, en ningún caso puede sustentar la tesis de que el Derecho sea necesariamente completo⁵².

De lo antedicho surge la importancia (aunque es un tema que no será tratado aquí), de diferenciar entre una lógica de normas (que intenta reconstruir la racionalidad en el dictado de las normas) y una lógica de proposiciones normativas (que procura determinar qué consecuencias se siguen de un sistema normativo)⁵³.

h. Sentencias declarativas y normativas. Normas de competencia y normas de obligación. El rechazo de la tesis de Alchourrón y Bulygin. El rechazo de la demanda (Atria)

Las teorías que consideran que el Derecho es necesariamente completo, utilizan como remedio para conjurar los problemas de la *falta de conocimiento* (explicitados *supra*), la implantación de la denominada jurisdicción obligatoria; de éste modo, la jurisdicción, ejercida por los jueces que son los llamados a determinar si las conductas de los individuos son o no conforme a Derecho y de imponer consecuentemente sanciones o no, es obligatoria en dos sentidos: a) el demandado o acusado no puede sustraerse al proceso, ni hace falta su consentimiento para que éste tenga lugar; y b) las obligaciones y sanciones ordenadas por los jueces son impuestas coercitivamente. Por otro lado, los conflictos de intereses que resuelven los jueces son de dos tipos: a) aquellos en los que la controversia versa acerca de la clasificación o tipificación de un caso individual –es decir si el caso individual pertenece o no a un caso genérico-, y b) aquellos que versan sobre la calificación normativa de una determinada conducta. En consecuencia las preguntas dirigidas al juez son también de dos tipos: a) acerca de la clasificación, que se refieren a la subsunción de un caso individual en uno genérico y b) preguntas normativas que se refieren a la calificación normativa de una conducta en un supuesto individual. La actividad jurisdiccional consiste entonces en dar respuesta a las preguntas señaladas, y

⁵² BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 16.

⁵³ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *op. cit.*, p. 352.

“...como las preguntas son de dos clases, también las respuestas son de dos tipos distintos”⁵⁴

ALCHOURRÓN y BULYGIN distinguen, en consecuencia, dos tipos de sentencias, cuyo carácter está ligado a la naturaleza del problema planteado: las *sentencias declarativas* corresponden a las controversias que versan sobre un problema de clasificación, y las *sentencias normativas* resuelven problemas normativos; el contenido de las primeras son proposiciones que admiten (afirman) o rechazan (niegan), una determinada tipificación de un caso individual; las segundas contienen normas que regulan lo que debe o puede hacerse en el caso en cuestión⁵⁵.

Dicho esto, es dable señalar el conjunto de normas que regulan la conducta de los jueces, y siguiendo en esto también el criterio de ALCHOURRÓN y BULYGIN por su interés y adecuación a nuestra línea argumental, tales normas pueden dividirse en dos grupos⁵⁶:

(a) *Normas de competencia*. Son las que confieren a los jueces la jurisdicción, es decir, la facultad de juzgar. Establecen que los jueces pueden -son competentes- para entender en ciertos casos y dictar ciertas clases de sentencias observando determinadas formalidades.

COSSIO entendía que el juez siempre debe juzgar, porque esa es su ontología, y no porque tal obligación le sea impuesta por un Legislador. El “ser” del juez consiste en su deber de juzgar. En contraposición con esto ALCHOURRÓN y BULYGIN, entienden que es posible definir al juez en función de normas permisivas; no hay nada contradictorio para ellos, en un juez que no *deba* juzgar sino que *pueda* juzgar. Lo realmente contradictorio sería el caso de un juez que no pudiera juzgar, pero es concebible que un juez no tenga obligación de juzgar.

⁵⁴ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 204.

⁵⁵ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 207. Los autores señalan que la doctrina procesalista suele clasificar las sentencias en declarativas, de condena y constitutivas; pero tal clasificación, afirman, es objetable, pues no se explicita el criterio clasificatorio, y de ser el mismo, un criterio de carácter lógico (proposición o norma), la tercera categoría estaría de más.

⁵⁶ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, pp. 208-211.

Lo cierto es que, y en lo referente a las lagunas, el ficcionalismo de HANS VAHINGER entiende que “...no interesa tanto la verificación de una esencia axiológica. Es posible que no exista un ‘cielo de los conceptos’ en donde se pueda tocar un ente llamado ‘Justicia’”, por ejemplo. Lo importante es que la gente actúa ‘como si’ ese valor realmente existiera, y es esta acción social lo que realmente importa para el análisis social. ¿Cómo se adapta esta postura filosófica al problema de las lagunas? Reconociendo la existencia de las lagunas en el Derecho, pero actuando ‘como si’ no las hubiere, para evitar que las conductas humanas queden al margen de toda regulación.” Conf. GARCÍA, IGNACIO; *op. cit.*, p. 33; una forma de pragmatismo, del que el ficcionalismo es una submodalidad es el postulado de obligación de resolver por el juez.

- (b) *Normas de obligación*. Además de las normas de competencia, constitutivas de la función judicial, están las normas de obligación, que establecen obligaciones y prohibiciones para los jueces. Dichas normas tienen por finalidad regular el comportamiento de los jueces en cuanto tales, es decir, cuando ejercen su actividad jurisdiccional:
- 1) Los jueces tienen la *obligación de juzgar*, de dictar sentencia resolviendo la controversia sometida a su conocimiento; si el caso no ingresa en su competencia, el juez no sólo no debe resolverlo, sino que usualmente le está prohibido el hacerlo. Esta obligación, comúnmente se halla legislada bajo la forma de prohibición de abstenerse de juzgar (v.g. art. 15 C.C. y 273 C.P.)⁵⁷, es una obligación cuya existencia depende de que lo ordene el Legislador, y por ello, es contingente. Sin embargo, la existencia de ordenamientos jurídicos en los que los jueces pueden abstenerse de juzgar es lógicamente posible e históricamente comprobable.
 - 2) Los jueces tienen la *obligación de fundar sus decisiones en Derecho*. La obligación de indicar expresamente la razón o fundamento de la decisión, suele figurar en los códigos procesales⁵⁸ y en las Constituciones⁵⁹. Que una sentencia esté fundada tiene dos sentidos: un sentido estricto que es cuando una sentencia tiene fundamento y éste se expresa en aquella; y un sentido lato, cuando la sentencia tiene un fundamento expresable, aunque de hecho no se lo haya plasmado (v.g. por obvio). Si las resoluciones carecen de fundamento, devienen arbitrarias.

La obligación de fundar la sentencia, tiene un sentido distinto según de qué tipo de sentencia se trate. Así, en las sentencias declarativas, donde el problema se reduce a determinar si el caso individual tiene o no alguna de las propiedades definitorias del caso general, la justificación de una decisión tiene como principal valladar, problemas semánticos y ello puesto que la dificultad, aquí, consiste en identificar la propiedad designada en los textos legales.

⁵⁷ En el Derecho positivo español: el art. 1.7 C.C. impone a los jueces “el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” y el art. 357 C.P. señala la pena de suspensión para el juez que “se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley”.

⁵⁸ Art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina y art. 106 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

⁵⁹ Art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

“La obligación de fundar en derecho significa aquí que el juez no debe atribuir a las expresiones y términos jurídicos significados arbitrarios, sino que debe usar, en lo posible, los significados que ellos tienen...”⁶⁰,

es una de las problemáticas de la actividad interpretativa de los jueces. En este contexto, los jueces hallan dos problemas: falta de información sobre los hechos e indeterminación semántica (v.g. vaguedad, textura abierta, ambigüedades), es decir, con la terminología de ALCHOURRÓN y BULYGIN, lagunas de conocimiento y de reconocimiento respectivamente.

Por el contrario, las lagunas normativas, cuando se trata de fundar una sentencia declarativa, no parecen presentar mayores problemas; y ello es obvio, pues como se discute que un caso individual se incluya dentro de uno genérico, el que éste último esté o no solucionado, carece de relevancia. En la fundamentación de una sentencia normativa, se busca la derivación de un sistema normativo (sistema que correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas). Dicha fundamentación comprende varias etapas (subsunción, determinación de la solución y derivación de la solución para el caso individual mediante las reglas de inferencia del sistema). La presencia de lagunas normativas en el sistema normativo usado para la fundamentación de la sentencia normativa es dificultoso en el caso de las sentencias normativas por la variedad de cuestiones planteables.

ALCHOURRÓN y BULYGIN sostienen que las lagunas normativas demuestran la completitud del sistema, todas las demás no son lagunas, son lagunas axiológicas. Dicha idea es insuficiente: a) por un lado, si todo sistema normativo puede diseñarlo el jurista a su antojo pues no importa la naturaleza de los enunciados de base, no importan las fuentes del Derecho; entonces ya el operador está actuando discrecionalmente, puede, según lo sostienen los autores, juntar normas con costumbre, hacer mixtura de fallos (antecedentes) y de reglas, *et sit cétera*; si ya el operador puede hacer este desbarajuste, es que hace lo que quiere, y los autores están encubriendo la actividad creadora en la base; b) entonces, la creación de lagunas normativas es voluntarista, pues han soslayado incluir, por caso en los enunciados de base, principios jurídicos que habrían podido rellenar el sistema; es dable observar que en el ejemplo de sistema que ellos utilizan, ya efectúan una interpretación amplia⁶¹ en los enunciados que manejan. Por qué no incluir en cualquier otro caso, junto a las reglas del sistema que

⁶⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 212.

⁶¹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 39.

manejen, una serie de principios jurídicos útiles; la respuesta parece ser que el diseño es flexible para mostrar lo que se quiere mostrar; un sistema será incompleto si sólo se utilizan reglas interpretadas de una manera, pero completo si se lo utiliza interpretando las reglas de otra manera o introduciendo otros enunciados necesarios; en síntesis, no hay diferencia entre lagunas axiológicas y normativas, todo depende del recorte que se quiera efectuar en la base, de donde sólo serán distinguibles en el caso de efectuar efectivamente un recorte en dicha base (sólo por ello conviene mantener la distinción).

Todas las lagunas son insuficiencias del ordenamiento en uno u otro sentido, sin embargo, este aserto precisa aun de un ajuste más.

Los autores, a quienes no se les escapa esto, señalan que si a un *sistema normativo*, se lo integrara con otra norma, las lagunas desaparecerían, pero entonces se trataría de un sistema distinto, lo que demuestra la importancia de ponerse de acuerdo acerca de qué normas se están utilizando cuando se habla de lagunas⁶². La distinción es especiosa en grado sumo, y a diferencia de lo que entienden los autores, los juristas no operan de ese modo, recurren a todo el ordenamiento para solucionar el problema, ya KELSEN mostraba que

“Como el derecho válido, sin embargo, siempre es lógicamente aplicable, puesto que no tiene ‘laguna’... la fórmula en cuestión sirve, una vez que se va más allá de su carácter ficticio, no a conseguir la limitación buscada en la autorización concedida al tribunal, sino a su autosuperación. Pero si el tribunal mismo acepta el supuesto de que el derecho tiene lagunas... (tomará sobre sí) la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho... desempeñ(ándose) en el lugar del legislador.”⁶³

También es interesante destacar que ALCHOURRÓN y BULYGIN advierten que, aunque a los jueces los rijan “normas de obligación”, ello no importa que siempre lo hagan. La posibilidad de discrepancia entre las reglas del sistema y lo que los jueces dicen, surge tanto cuando el juez yerra en su apreciación o cuando se aparta deliberadamente del contenido de las normas (v.g. por considerarlas injustas, o por meros criterios de oportunidad); esto es lo examinado propiamente por las corrientes *realistas* a las que los autores precitados soslayan por no corresponderse con su análisis. Sin embargo, éste trabajo pretende enrolarse precisamente en tal perspectiva, de donde los análisis de las lagunas en el Derecho, necesariamente, poseen salvedades a efectuar

⁶² ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 47.

⁶³ KELSEN, HANS; *op. cit.*, p. 257.

a la tesis lógica de ALCHOURRÓN y BULYGIN, sin obstar a las digresiones de estos por su profundidad y pertinencia.

En los casos de lagunas normativas, si el sistema nada dice al juez en torno a si éste tiene que condenar o absolver, y toda vez que el magistrado sólo tiene la obligación genérica de juzgar, se abren dos posibilidades.

La primera tesis, en la que se podría enrolar a RUIZ MANERO y a ATRIA, que ya se citó *supra*, sostiene que, no existiendo una norma específica que obligue al juez a condenar, entonces el magistrado está obligado a rechazar la demanda (absolver, sobreseer)⁶⁴. ATRIA entiende que si bien puede existir una respuesta negativa a la pregunta en torno a si el caso de que se trate, está regulado por el Derecho, no impide que haya una respuesta correcta en torno a qué debe hacer el juez ante el caso individual: la respuesta es que el juez debe rechazar la demanda (absolver, sobreseer); para ATRIA, las dos preguntas son independientes (para ALCHOURRÓN y BULYGIN no). En consecuencia, no es verdad que el juez tenga discreción para resolver el caso individual cuando hay una laguna normativa: aunque el caso genérico no esté regulado, el caso individual siempre lo estará⁶⁵.

El argumento tiene un par de problemas. En primer lugar presenta una analogía aparente con una forma válida de razonar: el silogismo disyuntivo, de donde, de una proposición disyuntiva y de la falsedad de un miembro de la disyunción, se infiere la verdad del otro miembro. Pero en el analizado, el enunciado disyuntivo es normativo, pues aparece afectado por el operador deóntico “Obligatorio” (obligatorio condenar o absolver, obligatorio juzgar o no), y es importante no confundir la obligación de realizar un acto disyuntivo con la disyunción de dos obligaciones, ya que el operador deóntico señalado no es distributivo respecto de la disyunción⁶⁶.

Además, el argumento de ATRIA no distingue entre normas y proposiciones normativas, pues

“Si el juez se limitara a informar a las partes que el derecho no contiene una norma que obligue al demandado, su sentencia sería una mera proposición normativa. Pero la función del juez no es informar a los litigantes acerca del contenido del derecho, sino resolver el conflicto y para hacerlo tiene que dictar una norma, ya sea que obligue al demandado,... o una norma que permita al demandado no hacer lo que el actor pretende, es decir, una norma de la forma

⁶⁴ BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 17.

⁶⁵ BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 18.

⁶⁶ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 216.

permitido no F. en ambos casos se trata de normas y no de proposiciones normativas.”⁶⁷;

BULYGIN señala que el juez justifica las normas individuales mediante normas generales, y como por hipótesis, no hay una norma general preexistente que justifique la decisión del juez, éste tiene que inventarla⁶⁸. Además, si el juez decidiera sin apoyo en una norma general, la decisión no estaría justificada, dicho de otro modo, sería arbitraria.

Finalmente, el “no debe” condenar que señala ATRIA, surge de la mera ausencia de una norma que obligue al juez a condenar, pero tal inferencia no es válida extraerla de la *obligación de juzgar* y de la *ausencia de obligación de condenar*. Rechazar la demanda (absolver, sobreseer) termina siendo también una creación del juez, que es precisamente lo que quiere evitar ATRIA, pues el caso de laguna se caracteriza precisamente por la ausencia de toda obligación *específica* para el juez.

En el caso de laguna el juez no tiene ninguna obligación específica, pero sí le está prohibido el abstenerse de juzgar. Tiene que hacer entonces alguna de dos cosas, o condenar o absolver; haciendo cualquiera de las dos cosas, cumple con su obligación genérica de juzgar. Es evidente que si el ordenamiento nada dice acerca del *status* deóntico de la conducta del demandado, el juez no cumplirá con la obligación de fundar su decisión, cualquiera que sea la decisión que adopte, lo que hará, será

“...modificar primero el sistema primario (recorte del ordenamiento), llenando la laguna, y fundar su decisión en el sistema modificado...”⁶⁹,

esto claramente está reñido con el postulado del juez aplicador del Derecho, pero no creador del mismo. Además debe destacarse, que del hecho de que el juez cree Derecho, no se infiere que las lagunas no existan.

La postura contraria, aquella sostenida por la dogmática penal que no se involucra en estas cuestiones, plantea sin advertirlo, una problemática insoluble, veamos. Si al juez le está prohibido modificar el Derecho, entonces incumplirá con alguna de sus obligaciones: en efecto, si resuelve conforma su obligación de juzgar, pero no se basa en el ordenamiento (porque entiende que no está reglado el caso); dicho de otra manera si soluciona el caso individual sin solucionar el caso genérico, entonces su decisión no estará fundada en Derecho. Por el contrario, si modifica el sistema,

⁶⁷ BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 20.

⁶⁸ KELSEN se resiste a admitir que ésta norma general es creada por el juez, por ello señala que se trata de una norma no positiva. Nosotros nos enrolamos entre quienes defienden la tesis de la creación judicial del Derecho sin ambages. Esto último debe decirse pues, no es correcto predicar una tesis sin indicar la matriz epistémica que maneja el autor.

⁶⁹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 218.

regula el caso genérico, como por hipótesis, le está prohibido hacerlo, realiza un acto prohibido. Y por último, si se abstiene de resolver el caso, viola su obligación de juzgar. Todo lo dicho, muestra que las exigencias de *prohibición de abstenerse de juzgar*, *obligación de juzgar conforme a Derecho* y la *prohibición de modificar el Derecho*, son incompatibles entre sí en el caso de lagunas⁷⁰.

La realidad es que los jueces vulneran sistemáticamente el tercero de los postulados. Como el juez tiene que invocar una norma que establezca la obligación, si ésta no existe (como en el caso de las lagunas), entonces el juez la “llena” creando Derecho a fin de poder justificar su decisión. Ya hemos rechazado la tesis que entiende que el juez resuelve mejor el problema, no “llenando” la laguna, puesto que le basta decir que no existe ninguna norma que imponga dicha obligación (v.g. ATRIA). No hay ninguna diferencia como se señaló *supra* entre la resolución que dispone condenar y la que dispone absolver, en ambos casos el juez llena previamente la laguna; si la llena con una norma que impone una obligación al demandado, debe condenarlo; si la nueva norma permite evitar la obligación, entonces se debe rechazar la demanda (absolver, sobreseer).

“Si no llena la laguna y rechaza la demanda, su sentencia carece de fundamento, del mismo modo que si hiciera lugar a la misma. El mero hecho de que no haya una norma que obligue al demandado no justifica el rechazo de la demanda.”⁷¹

La mera ausencia de una norma, no es suficiente entonces, para justificar una decisión. Si no se integra el sistema con una norma genérica, el rechazo de la demanda es tan poco justificado como su admisión. De hecho, admiten ALCHOURRÓN y BULYGIN, los jueces tratan siempre de resolver el caso genérico, ya sea por aplicación analógica o extensional de alguna norma existente, o ya sea creando Derecho; para aquellos es plenamente factible que el sistema modificado por los jueces, venga a demostrar que, si es seguida sucesivamente por otros órganos judiciales, ha aparecido una nueva norma de origen jurisprudencial⁷².

i. El problema penal. Complementación jurídica. Lagunas provocadas e involuntarias. Aplicación secundum legem. Eliminación praeter legem de las lagunas

⁷⁰ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *ibidem*.

⁷¹ ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 221.

⁷² ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO; *op. cit.*, p. 223.

Ahora bien, si el ordenamiento jurídico no puede aspirar a una plenitud hermética, y al mismo tiempo existen conductas por fuera del Derecho, forzosamente las lagunas han de importar algo distinto. Veamos.

El concepto de *complementación jurídica*, presupone lógicamente, manejarse con un concepto de laguna que se puede caracterizar como una insuficiencia del Derecho, que se percibe como una ausencia de regulación jurídica para determinada situación objetiva en que cabía esperarla, y cuya faltante viabiliza una decisión judicial que complete el Derecho.

Las lagunas aparecen, entonces, donde la ley (o quizás también el Derecho consuetudinario⁷³) no proporcionan una respuesta inmediata a una cuestión jurídica. Cabe aclarar que la ley proporciona una respuesta siempre que ésta pueda decantarse de su texto (vía interpretación, incluso extensiva, en la medida en que tal interpretación es suficiente para responder a las cuestiones jurídicas), allí, no hay lagunas.

Otra modalidad de laguna es aquella, donde el Legislador, -deliberadamente- ha dejado abierta la decisión de un problema jurídico para quien aplicará las reglas. Se introduce entonces la concepción de que las lagunas pueden ser tanto provocadas como involuntarias. Cabe aquí reflexionar una vez más sobre algunos conceptos ya vertidos, no puede sostenerse que, la utilización por el Legislador, de conceptos normativos indeterminados o cláusulas generales, sean lagunas; aunque en gran medida se comporten como tales al conceder un amplio margen a la decisión de quien aplica las normas; en los mismos sólo hay un relajamiento de los conceptos legales que bucea en la idea de permitir un ajuste de la decisión a las circunstancias especiales del caso concreto. HECK ya había caído en esta trampa cuando señalaba que, si existía una laguna de la ley, en vez de una deducción formal- lógica de un superconcepto, se exigía una “formación valorativa del mandato”, el concepto de laguna tenía, para el mencionado autor, un significado normativo: uno crítico,

“...falta algo cuya existencia se desea o se espera. La constatación de una laguna de la ley es ya, por consiguiente, el resultado de una consideración crítica, de una consideración valorativa. Para integrar una laguna, HECK exige que el juez se represente los intereses participantes y que acto seguido los

⁷³ Ver en este sentido ENGISCH; KARL; *Introducción al...*, cit., p. 164.

valore independientemente y, sin embargo, de acuerdo con los principios valorativos contenidos en la ley.”⁷⁴

Como es dable percibir, los límites entre la aplicación del Derecho *secundum legem* y la eliminación *praeter legem* de lagunas, cláusulas generales o interpretación discrecional, es muy fina.

Lo dicho importa la concepción, básica, de una laguna. Pero también suelen presentarse supuestos en los que, se habla de lagunas pero en un sentido distinto al reseñado; no son ya lagunas normativas, sino lagunas axiológicas o político-jurídicas. Se trata de los casos en que se detecta una suerte de insuficiencia insatisfactoria, una no regulación planificada por el Legislador, pero que deben diferenciarse de las *adiaphorias*, como regulación negativa, pues son conductas de las que se espera una sanción, pero carentes de punibilidad por el Derecho; aunque es dable señalar que, a pesar de la distinción prealudida, este especial tipo de lagunas se encuentran en el *ámbito no reglado por el Derecho*, sus circunstancias de hecho caen fuera del Derecho y no constituyen lagunas auténticas. No son lagunas auténticas, del Derecho vigente (*de lege lata*), sino lagunas desde el punto de vista de un Derecho ideal (*de lege ferenda*). También se las ha denominado “falsas lagunas”, “lagunas impropias” o “lagunas ideológicas”, en tanto importan la confrontación de un sistema real con uno ideal; no falta una solución, sino una solución satisfactoria según los valores del intérprete⁷⁵.

Usualmente se dice que una laguna de este tipo sólo puede abrir paso a una reforma legislativa, pero en modo alguno puede ser llenada por un juez. El llenado de una laguna por vía judicial sólo es viable ante una laguna de *lege lata*.

Sin embargo, la cuestión no es sencilla, es una cuestión de interpretación el determinar si un supuesto de hecho cae dentro del *ámbito libre de regulación jurídica* o no. Cuando en la ley falta una consecuencia jurídica, no debe admitirse sin más un *espacio libre de regulación jurídica*, pues puede acaecer que dicha “falla” se trate de una auténtica laguna, debe distinguirse.

⁷⁴ Cít. LARENZ, KARL; *op. cit.*, p. 70. Explica que, según HECK, la analogía está justificada cuando la igualdad de la situación de los intereses, exige que la valoración por los intereses de la comunidad jurídica sea la misma.

⁷⁵ EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER; *La argumentación en la justicia...*, cit., p. 48. Aunque la definición es de N. BOBBIO.

“El momento de la ‘oposición al plan del legislador’, en cuanto elemento del concepto de laguna, tiene especial importancia cuando se trata de la inexistencia de disposiciones de excepción.”⁷⁶,

estando a una consideración meramente formal, se debe limitar a aplicar la disposición de carácter general al caso; en el supuesto, entonces, no habría una laguna. El ejemplo que cita ENGISCH de esto, y que deviene sumamente ilustrativo es el del aborto indicado; así, señala el profesor de Heidelberg, que si se interrumpiera un embarazo por “indicación social” (necesidad económica), tal conducta sólo podría ser analizada de acuerdo a las reglas del delito de aborto, pues no está explícitamente reconocida por el Derecho; es entonces cuando se plantea la cuestión de si en realidad aplicar la regla general, coincide mejor con el plan del Legislador que si se aplicara una norma de excepción a la circunstancia fáctica, en el caso del ejemplo, el juez, si considera que se realizará mejor el plan del Legislador soslayando la regla general, es porque se comprobó la necesidad y justificación de llenar la laguna, la misma sería llenada mediante un principio supralegal que entiende, que en el supuesto en examen, es más conveniente excepcionar el caso.

El problema de si la ausencia de una disposición de carácter excepcional para la interrupción del embarazo, constituye una falta de *lege lata*, y por consiguiente una “laguna”, no puede analizarse desde el punto de vista del Legislador histórico ni desde el punto de vista actual –interpretación objetiva-. El cambio de las concepciones en el devenir histórico, puede dar origen a lagunas que antes no habían sido notadas, lagunas del Derecho, y en este sentido lagunas axiológicas. Esto es lo que da origen a la distinción entre *lagunas primarias* –las que desde un comienzo se encuentran vinculadas a una regla- y *lagunas secundarias* –las que aparecen posteriormente con motivo de los cambios de las circunstancias históricas o con el cambio de las valoraciones-.

j. Lagunas axiológicas. Tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. El hueco o vacío legal y las lagunas.

Esta idea, entonces, de las *lagunas axiológicas*, es muy importante y precisa ser explicitada. Una propiedad es relevante en un *sentido descriptivo*, para un caso y en relación a un sistema normativo y un universo de soluciones, porque afirma un estado de cosas que de hecho se da; tal estado de cosas significa que, el caso en

⁷⁶ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., p. 167.

cuestión (p) y su complementario (- p), *tienen* diferente estatus normativo. Pero la relevancia puede utilizarse también en un *sentido prescriptivo*, donde no se afirma que un estado de cosas es, son que debe o debería ser; tal estado de cosas significa que el caso en cuestión (p) y su complementario (- p), *deberían tener* diferente estatus normativo. La confusión entre las lagunas axiológicas y las normativas, se debe al uso indistinto de la expresión “laguna”, en combinación con la ambigüedad mencionada de la expresión “relevante”. Sobre esta base, se distingue entre *tesis de relevancia* e *hipótesis de relevancia*: donde la primera significa que un sistema normativo S, para un universo de acciones, es una proposición que identifica el conjunto de todas las propiedades relevantes con relación a S y al universo de acciones; la hipótesis de relevancia para un universo de acciones es la proposición que identifica el conjunto de todas las propiedades que deben ser relevantes para ese universo de acciones. La tesis de relevancia es un criterio para la selección del universo de propiedades y, consecuentemente, para el universo de casos, y permite determinar las propiedades formales de un sistema normativo tales como la consistencia y completitud. La hipótesis de relevancia es un criterio de adecuación axiológica para sistemas normativos, dado que determina el conjunto de propiedades que deben ser relevantes para el universo de acciones. El problema de determinar si una propiedad debe o no ser relevante, es un problema axiológico y supone un juicio de valor⁷⁷.

Las lagunas axiológicas son las que determinan que una propiedad (p) debe ser relevante para el caso de que se trate con una cierta hipótesis de relevancia, pero la propiedad (p) es irrelevante para el sistema S, en relación con la tesis de relevancia. Para que exista una laguna axiológica, debe haber una discrepancia entre la tesis y la hipótesis de relevancia de un sistema⁷⁸.

Una laguna axiológica es una propiedad de un caso, es relativo a un sistema normativo, a un universo de acciones y a una cierta hipótesis de relevancia. Además, el caso debe estar relacionado con alguna solución normativa para que pueda predicarse la existencia de una laguna axiológica, caso contrario lo que habría sería la llamada laguna normativa.

ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que dos problemas recurrentes son, la confusión entre lagunas axiológicas y normativas, y la no distinción entre lagunas

⁷⁷ Seguimos para ésta tesis de ALCHOURRÓN y BULYGIN, la clara presentación de RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *Lagunas axiológicas y...*, cit., p. 354.

⁷⁸ NAVARRO, PABLO y RODRÍGUEZ, JORGE; *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, Isonomía nro. 13, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre 2000, p. 76.

axiológicas y desacuerdos valorativos.

“La idea es que la autoridad normativa no ha tomado en consideración una cierta propiedad porque no la ha considerado, pero si la hubiera considerado, le habría dado al caso una solución diferente. En lugar de resolver el caso como lo hizo, le habría dado una solución distinta.”⁷⁹

Frente a ello, los jueces pueden actuar de dos maneras. En un primer sentido, expresarán sus propios juicios de valor de manera encubierta, y para ello el utilizar la voz “laguna”, implica una típica instancia de este tipo de operaciones; puesto que si bien puede ser cierto que, si la autoridad normativa hubiese tomado en cuenta cierta propiedad, el caso hubiese sido correlacionado con una solución normativa diversa, no es menos cierto que tal enunciado contrafáctico es de difícil prueba; de forma que los jueces postulan para el caso la solución que juzgan más adecuada amparándose en la imposibilidad de probar la afirmación anterior. En otro sentido, al afirmarse una laguna axiológica, es posible que el juez esté procurando reconstruir las propiedades que deberían ser consideradas relevantes de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa, y no proponiendo sus propios puntos de vista.

Tomando en cuenta el último sentido, RODRÍGUEZ entiende que, la propiedad en cuestión no *debería* ser relevante, sino que lo *es*. Después de todo, la autoridad sólo expresa ciertas prescripciones para hacer conocer sus intenciones, las que deben ser interpretadas; de donde, si se ha de ser fiel a las intenciones del Legislador al interpretar sus normas, y si dicha autoridad tenía la genuina intención de otorgar relevancia a cierta propiedad, entonces tal propiedad es relevante en el sistema. A partir de esto, el autor citado entiende que tras la idea de lagunas axiológicas se confunden dos nociones: a) la idea de laguna axiológica como un enunciado de crítica respecto de un sistema normativo (enunciado prescriptivo), expresado desde el punto de vista del sistema axiológico del intérprete; y b) la idea de laguna axiológica como un enunciado interpretativo respecto de cierto conjunto de formulaciones normativas que intenta reconstruir las intenciones del Legislador. En éste último sentido no se trataría de un enunciado valorativo, pues se trata de una mera descripción del hecho de que, aunque la autoridad normativa no ha plasmado cierta propiedad en su formulación explícita, dicha propiedad está implícita en el sistema axiológico propuesto por la autoridad en cuestión, el que puede reconstruirse a partir de las restantes reglas promulgadas por la autoridad⁸⁰.

⁷⁹ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *op. cit.*, p. 356.

⁸⁰ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *op. cit.*, p. 357.

Que una propiedad (p) no esté prevista en el sistema S, implica que el sistema no proporciona ninguna información en relación a los casos no previstos; no puede derivarse ninguna norma del sistema respecto del caso, pero ello no significa que no puedan formularse proposiciones normativas a su respecto (v.g. “de acuerdo con el sistema S, no está prohibido realizar el acto q en el caso – p”, en el sentido de que no existe una norma que prohíba q para el caso – p en el sistema S, proposición que resultaría verdadera respecto del sistema señalado)⁸¹.

La débil línea entre las lagunas normativas y las axiológicas (más allá de que la doctrina conserve la distinción por su utilidad metodológica), en la práctica judicial ya fue señalada *supra*.

k. El Derecho defectuoso. Contradicciones técnicas legales. Contradicciones entre normas. Contradicciones de valoración. Contradicciones teleológicas. Contradicciones de principio.

Volviendo a la concepción del hermetismo del “orden jurídico”, importante para completar la exposición, puede ocurrir que no sea posible llenar la laguna de una formulación jurídica, pues no es ya una laguna de la ley sino de todo el orden jurídico⁸²; dichas lagunas pueden permanecer vacías; en tanto es probable que, en rigor, se trate de un ámbito vacío de Derecho y no de una auténtica falta de regulación. No siempre tiene que ser posible dar una respuesta jurídica a una cuestión jurídica⁸³. Tal concepción no vale *a priori*, pues es concebible que el juez, ante ciertas lagunas se halle autorizado a no dar respuesta, a lo que se suma que, aun cuando un juez esté llamado a decidir y se encuentre obligado a ello, no importa esto que su decisión se funde suficientemente en principios jurídicos trayendo así una decisión jurídica, podemos enfrentarnos a una decisión puramente arbitraria.

La idea de plenitud hermética del orden jurídico se emparenta con el *principio de unidad del orden jurídico*. Este último permite estudiar el problema de la *corrección del Derecho defectuoso* (muy similar al de las lagunas axiológicas pero que debe diferenciarse conceptualmente), aunque aquel principio sea más amplio que ésta cuestión, no es menos cierto que se relaciona profundamente con la última.

Un aspecto del principio de unidad del orden jurídico, es el mandato de eliminar las contradicciones dentro del orden jurídico, dichas contradicciones son

⁸¹ RODRÍGUEZ, JORGE LUIS; *op. cit.*, p. 364.

⁸² Se trata de una cuestión más filosófico- jurídica que metodológica.

⁸³ STAMMLER citado por ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., p. 188.

“fallas” o “defectos” de diverso tipo, aunque pueden ser definidas como primarias o secundarias; las primeras se encuentran desde un momento inicial en el conjunto de las proposiciones jurídicas, las segundas se presentan *a posteriori*. El más común es el segundo, pues es usual que el Legislador dicte normas de manera armónica y razonable, pero al dictar nuevas normas no advierta una contradicción con las proposiciones individuales ya existentes en el orden jurídico.

El tipo de contradicciones posibles, en prieta síntesis, puede ser el que sigue⁸⁴:

- a. *Contradicciones técnico- legales*. Se trata de una falta de unidad en la terminología utilizada. Por caso, los conceptos de “funcionario- público”, “cosa”, “error”, “negligencia”, ostentan diversa significación en los distintos preceptos jurídicos en que se los inserta.

Los conceptos reciben contenido y alcance del contexto en que se encuentran, especialmente del concepto normativo y teleológico, entonces, la univocidad del uso jurídico del idioma resta relegada a un segundo plano ante la relatividad objetiva.

Esta cuestión no es una laguna, como se señaló al analizar las denominadas *lagunas de reconocimiento* es un problema empírico- conceptual.

- b. *Contradicciones entre normas*. El supuesto se presenta cuando una conducta, en abstracto o en concreto, aparece como simultáneamente ordenada y prohibida. Es el caso emblemático en que el orden jurídico manda al mismo tiempo a cumplir incondicionalmente la orden de un superior y prohíbe realizar determinadas acciones punibles (v.g.: privar de la libertad, allanar un domicilio, *et sit cétera*).

Las contradicciones de este tipo no pueden tener permanencia, ello es claro, y de hecho muchas de estas contradicciones son en verdad aparentes, es el supuesto en que después de la conjugación de distintas normas, se observa que no existe tal contradicción pues el rango entre las distintas prescripciones es diverso.

Se corrige mediante reglas como: 1) *lex specialis derogat legi generali* –la norma especial se antepone a la general-, 2) *lex superior derogat legi inferiori* – la norma superior deroga a la norma inferior, 3) *lex posterior derogat legi priori* –la ley posterior deroga a la ley anterior-. No ingresaremos al análisis de estas cuestiones, baste decir que el mismo es campo de la dogmática penal.

⁸⁴ En el esquema subsiguiente se sigue a ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., pp. 191-196.

En caso de no poder determinarse qué regla tiene prelación sobre cuál, las normas contradictorias se anulan mutuamente y se produce la llamada *laguna por colisión*.

No son lagunas, sino problemas vinculados a la metodología judicial y a cuestiones de *inconsistencias normativas*.

- c. *Contradicciones de valoración*. Son las contradicciones dentro del orden jurídico, en las cuales, el Legislador, sin caer en una contradicción normativa, no permaneció fiel a la valoración que él mismo realizara. Deben ser analizadas cuidadosamente por interpretación, con el objeto de no caer, el juez, en el riesgo de resolver de acuerdo a sus propias valoraciones que no armonicen con las del Legislador.

La cuestión puede vincularse a los extremos de las lagunas axiológicas preanalizadas.

- d. *Contradicciones teleológicas*. Aparecen cuando no se da la relación de medio a fin entre las normas, allí donde precisamente tendría que producirse.

Es el caso en que el Legislador persigue con determinadas normas fines específicos, pero con otras normas no logra diseñar las únicas medidas que son viables para considerar como medio para lograr dichos fines. El Legislador prevé ciertas medidas, pero luego deja de dictar aquellas normas que son indispensables para su realización.

Son lagunas jurídicas no eliminables, antes que contradicciones.

- e. *Contradicciones de principio*. Importan desarmonías en el ordenamiento jurídico, cuando en su formación participan diversas ideas fundamentales que pueden entrar en conflicto entre sí.

Son cuerpos extraños en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo local fueron los arts. 33 a 39 del controvertido decreto ley 6582/58, donde se punía el robo mediando el uso de armas de automotor con una pena mínima de 9 años, esto es, una pena superior a la mínima contemplada para el homicidio simple, alterando el esquema de bienes jurídicos de nuestro ordenamiento.

Forma parte del “conflicto decisivo” entre “justicia” y “seguridad jurídica” al que aludiera RADBRUCH. Se refiere a la relación del Derecho positivo con el suprapositivo y a la posibilidad de la corrección del primero por medio del último.

I. El razonamiento analógico y la abducción. Analogía legal y jurídica. Apelación a principios jurídicos.

Lo dicho hasta aquí, y teniendo un panorama más claro de qué son las *lagunas* o el *Derecho defectuoso*, nos reconduce a la cuestión de qué métodos conceptuales de carácter jurídico hacen falta para llenar aquellas o corregir a éste (por comodidad nos referiremos a la cuestión de las primeras): y la respuesta es la *analogía* (el mecanismo abductivo también posee virtualidad en éste aspecto, mas lo que importa es visualizar claramente que, el método de la subsunción mecánica falla cuando de llenado de lagunas se trata; como asimismo, la vulneración al *principio de legalidad* es palmaria, aunque se utilizan argumentos discursivos para ocultar la mecánica que explicitamos). La identidad del método utilizado para solucionar éste problema, como asimismo, la problemática de los conceptos normativos, cláusulas generales y los conceptos indeterminados, pautan la vinculación entre ambos. Se borran los límites entre los conceptos normativos y las cláusulas que remiten a determinadas valoraciones por una parte, y los principios de solución de lagunas por otra; de tal forma, se oscurecen los límites entre la aplicación del Derecho *secundum legem* y la aplicación del Derecho *praeter legem*. El razonamiento por analogía no sólo es legítimo sino frecuentemente usado, mucho más de lo reconocido, allí donde la similitud cesa, aparece una diferencia esencial y halla la analogía sus límites, apareciendo también en ocasiones el *argumentum a contrario*, el razonamiento que va desde la diferencia de los presupuestos a la diferencia de las consecuencias jurídicas.

Precisando el campo de actuación de la analogía, cabe la aplicación analógica de toda proposición jurídica; no sólo de la ley en sentido estricto, sino también de todo tipo de ordenación jurídica, se puede razonar analógicamente dentro de los límites de alguna rama del Derecho, como asimismo entre dos ramas del Derecho. La analogía se sitúa entre la interpretación y el *argumentum a contrario*⁸⁵, pero así como es difícil determinar en lo concreto la relación entre éste último y la analogía, tampoco son precisos los límites entre ésta y la interpretación; aunque puede sostenerse que el razonamiento analógico se utilizará *a posteriori* de una interpretación extensiva (v.g. si la interpretación tiene sus límites donde el sentido literal no coincide con una decisión jurídica, en dicho límite empieza a operar el razonamiento analógico)⁸⁶. La cuestión

⁸⁵ Soslayaremos deliberadamente el *argumentum a maiori ad minus*, el *argumentum a minori ad maius* de sentido contrario y otros argumentos similares.

⁸⁶ ENGISCH citando a PHILIPP HECK comenta que “El límite de las hipótesis de interpretación es el *texto posible*”, ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., p. 176.

costrará especial relevancia, cuando el ordenamiento jurídico de que se trate permita jurídicamente todo tipo de interpretación, pero proscriba la analogía.

Interpretación y analogía se combinan en una estructuración compleja que no es posible ahondar en estas líneas, ello se patentiza cuando, al examinarse una cuestión, se debe atender o bien a la voluntad del Legislador histórico o bien se debe recurrir a una interpretación objetiva, es decir, cuáles son los propósitos que subyacen a la regla, operando entonces una analogía teleológica⁸⁷. Impone la diferenciación de la *analogía legal* y la *analogía jurídica*, la primera parte de una proposición jurídica singular (v.g. art. 166 inc. 2º del C.P. argentino) y de ella se obtiene una idea fundamental aplicable a casos similares; la segunda parte de una “serie” de disposiciones jurídicas singulares y desarrolla a partir de ellas, mediante mecanismo de obtención de conclusiones analógicas, principios generales, aplicándolos a casos que no caen bajo ninguna disposición legal⁸⁸. La diferencia entre ambas es de grado.

Se entiende, en orden a lo ya estudiado, que la analogía tiene límites; así, cuando una disposición procede para un caso excepcional, no puede aplicarse, por analogía, a casos en los que no se presenta dicha situación excepcional (*singularia non sunt extendenda*). A falta de presupuesto especiales, no puede producirse la consecuencia jurídica específica (*argumentum a contrario*), pero dentro de los límites de los propósitos subyacentes a la regla de excepción sí es viable la analogía. Por todo ello, la máxima *singularia non sunt extendenda*, no trae nada nuevo en lo que respecta a la relación entre analogía y *argumentum a contrario*.

La prohibición de analogía que establece el Legislador, es también un límite a ella. El caso paradigmático es el *principio de legalidad*, que a la luz de su entendimiento por la Ilustración, importa la obligación de juzgar y castigar un delito

Sin embargo, HECK, señala que, en la aplicación del Derecho, en la interpretación, en la corrección de la ley y en la complementación de las lagunas, deben tenerse en cuenta los intereses causales. En todas partes el Derecho prefiere ciertos intereses a otros y decide conflictos de intereses reales o posibles mediante la valoración de dichos intereses (Teoría del Conflicto); por ello cada mandato jurídico decide un conflicto de intereses, está basado en una divergencia de ellos, la protección de intereses se efectúa en un mundo donde ellos abundan y en el cual todos los bienes son deseados y, por consiguiente, siempre a costa de otros intereses. Ahondando en esto, HELMUT COING señaló que no son intereses cualquiera los que deben ser respetados, no se encuentran junto a los elementos del hecho que hay que ordenar, sino por encima de ellos, los decisivos son los valores sobre los que descansa el orden jurídico, tales como la equidad, la confianza y el respeto a la dignidad de las personas; COING, HELMUT; *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Asde ediciones previas, Río Cuarto, s.a., pp. 201- 204.

⁸⁷ ENGISCH citando a EBERHARDT SCHMIDT señala que éste último recomienda como medio para llenar las lagunas, que, junto con consideraciones puramente teleológicas acerca de la aptitud de una regulación jurídica para la realización práctica de determinados fines, se debe efectuar una valoración jurídica. ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., p. 186.

⁸⁸ ENGISCH, KARL; *Introducción al...*, cit., p. 177.

sólo sobre la base de una regla aplicable. Pero tal principio también tiene que ser reinterpretado, de donde este límite deviene igualmente difuso.

En síntesis, el razonamiento por analogía y el *argumentum a contrario*, sirven para transformar normas jurídicas en medios para llenar lagunas. La cuestión radica en cómo se debe llenar una laguna cuando la resistencia semántica de la regla lógica y teleológica no son suficientes para fundamentar una decisión buscada. Los jueces suelen recurrir a principios jurídicos más seguros para suplir las lagunas, cuando la respuesta es negativa y la razón moral no es considerada como suficiente para el caso dado (v.g. interrupción del embarazo por indicación social), dicha respuesta está sustentada en consideraciones del tipo que pueden denominarse “Derecho justo”. Sin embargo, existen fundadas razones para oponerse a esta forma de llenar las lagunas, en tanto existe el peligro de que cuando una falta voluntaria produce una consecuencia no deseada pueda aquella ser eliminada simplemente invocando crípticas o inexplicables bases fundantes.

Más allá de ello, no importa aquí qué se considera como “objetivamente justo” sino la fundamentación metodológica, y con esto estamos ya señalando que nuestra dirección de estudio es netamente procedimental, al estilo del imperativo categórico kantiano.

Es evidente que, para justificar a una decisión del tipo de la que venimos analizando, se debe apelar a principios generales del Derecho, llámese a los mismos principios generales propiamente dichos, valoraciones del *dominus*, Derecho justo, Derecho natural, *et sit cétera*⁸⁹.

ENGISCH entiende que los principios no pueden tratarse jerárquicamente. DWORKIN, por el contrario, señala la dimensión de peso que entre ellos existe, de la misma partida es ALEXY.

A modo de conclusión

De lo dicho extraemos que, con el material aportado, no es posible distinguir entre lagunas jurídicas y situaciones jurídicamente irrelevantes (o *adiaphorias*), pues si se entiende que la ausencia de solución normativa para un caso μ , debe terminar por concederse que también serían lagunas una infinita serie de

⁸⁹ Los principios pueden ser universalmente válidos, o principios que pertenecen a un orden jurídico histórico concreto. Cuando se llenan las lagunas, se tienen en cuenta, claramente, los primeros: principios jurídicos absolutos, universalmente válidos, o al menos máximas formales. Las fórmulas que invocan el “espíritu del orden jurídico” o las “valoraciones del *dominus*” se sustentan en principios que sólo son válidos desde el punto de vista histórico.

situaciones triviales de la vida cotidiana que ya hemos colocado bajo el paraguas de las *adiaphorias* (v.g. saludarse, mover un dedo, *et sit cétera*); la carencia total de regulación normativa no puede entonces llamarse laguna sino que es un hueco o vacío legal. Sobre esto reflexionaba BULYGIN, aunque de manera marginal:

“¿Qué ocurre con las conductas no reguladas que no constituyen lagunas normativas?

“Las conductas no reguladas, es decir, no prohibidas ni permitidas positivamente por una norma, pueden dar lugar a problemas similares a los que plantean las lagunas normativas. Esto ocurre cuando surge un conflicto respecto de la obligatoriedad de una conducta no regulada, que una parte afirma y la otra niega... Si el conflicto es llevado ante un juez, se abren dos posibilidades: si el problema le parece poco serio, el juez rechazará la demanda *in limine*, es decir, sin sustanciar el pleito y sin resolver el conflicto. Pero si el juez considera que el conflicto es suficientemente serio y merece una solución, entonces dará traslado de la demanda a la otra parte, seguirá todos los pasos procesales pertinentes y finalmente dictará una sentencia que resuelve el conflicto. Lo podrá hacer de dos maneras: haciendo lugar a la demanda o rechazándola. Y como por hipótesis no hay ninguna norma que se refiera a la conducta del demandado, el juez no está obligado a acoger la demanda, ni tampoco a rechazarla, puede resolver el caso discrecionalmente, siguiendo sus propias valoraciones o las valoraciones que él atribuye a la sociedad o que cree correctas. Como en el caso de una laguna normativa, el juez tiene discreción... La conducta del demandado, que antes del proceso era simplemente no regulada y, por lo tanto, permitida en sentido negativo o débil (no prohibida), se convierte ahora gracias a la sentencia del juez en permitida en sentido positivo o fuerte.”⁹⁰

Hemos visto también lo arbitrario del sistema de lagunas normativas, de donde, si se careciera auténticamente de una propiedad, sería un vacío legal, como también lo es la ausencia de propiedad deóntica para el mover un dedo; pero si se tratara de una ausencia de solución por construcción discrecional del operador jurídico que ha utilizado un espectro de sistema muy reducido, sería una laguna axiológica, ya que como explicáramos, tal sistema puede ampliarse o contraerse o sencillamente deconstruirse a voluntad del operador conforme el sistema de valores que utilice en el sistema.

⁹⁰ BULYGIN, EUGENIO; *En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria*, en VV.AA., “Lagunas en el Derecho”, Marcial Pons, Barcelona, 2005, pág. 83.

Lo cierto es que (y esto ya había sido avizorado por SOETEMAN⁹¹), las lagunas axiológicas vienen a ser lo que en la doctrina clásica de la materia se denominaban “lagunas en el Derecho”. La ausencia de normas no sería sin más una laguna, como pretenden ALCHOURRÓN y BULYGIN con las lagunas normativas, porque ciertas situaciones en las que falta una norma no podrían ser consideradas como ausencias incorrectas. Así, no es posible establecer objetivamente la existencia de lagunas: la afirmación de que existe una laguna en el Derecho contendría un juicio de valor consistente en que la autoridad normativa ha omitido erróneamente suministrar una regla o una excepción a una regla. Las lagunas axiológicas de los autores argentinos tendrían la dificultad de que la constatación de su existencia dependería de una decisión normativa, de una valoración y, por ello, para ALCHOURRÓN y BULYGIN la discusión racional del problema no sería posible⁹².

Entonces, sólo resta reservar para el concepto de laguna, el espacio creado para las denominadas *lagunas axiológicas*; donde no se trata de conflictos irresolubles, sino de disposiciones jurídicas que tengan fuerza *prima facie* y deban ser sometidas a consideraciones morales u a otras consideraciones no basadas en la tesis de las fuentes sociales. Así, la proposición jurídica de que se trate no sería ni verdadera ni falsa hasta que el tribunal autoritativamente determine su validez, los tribunales gozan de discrecionalidad cuando se requiere aplicar consideraciones morales. Las lagunas entonces se dan cuando el Derecho habla con voz incierta (indeterminación) o cuando habla con muchas voces (contradicciones), pero no cuando el derecho es mudo⁹³, allí hay *adhiaporias*.

⁹¹ SOETEMAN, AREND; *Logic in Law. Remarks on Logia and Rationality in Normative Reasoning, especially in Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, págs. 135 a 136.

⁹² RODRÍGUEZ, a pesar de lo anterior, defiende la existencia de lagunas normativas sosteniendo que se trata de casos que “el derecho pretende regular”, sin que ello importe efectuar ninguna valoración: “Frente a una laguna normativa, la conducta de que se trata ha recibido cierta calificación normativa al menos respecto de ciertos casos, definidos a partir de propiedades que resultan descriptivamente relevantes, esto es, propiedades cuya presencia o ausencia determina soluciones diferenciadas en el sistema. No obstante, en un caso que resulta igualmente definido a partir de tales propiedades, se ha omitido calificar normativamente la misma acción. De manera que podría sostenerse que se trata de un caso que el derecho ‘pretende regular’ puesto que 1) la acción cuya calificación normativa preocupa ha sido considerada por la autoridad normativa al menos respecto de ciertos casos, y 2) el caso que preocupa es uno que resulta de la consideración de propiedades que son descriptivamente relevantes respecto de esa acción, no de propiedades cuya eventual relevancia es evaluada desde una perspectiva valorativa externa al sistema.” Conf. RODRÍGUEZ, JORGE; *La imagen actual de las lagunas en el Derecho*, en VV.AA., “Lagunas en el Derecho”, Marcial Pons, Barcelona, 2005, págs. 147 a 148.

La reflexión del profesor marplatense, entendemos, es cierta, pero su construcción fluye de una consideración de los sistemas como constructos lógicos. La lógica es una herramienta útil para interpretar el aparato normativo, pero no la única, y tampoco exhaustiva. Los casos que refiere RODRÍGUEZ, entendemos, pueden ser interpretados de manera diversa a partir de métodos reconocidos por la ciencia jurídica: o bien serán auténticos vacíos del Derecho, o serán corregidos jurisdiccionalmente.

⁹³ RAZ, JOSEPH; *La autoridad del Derecho...*, cit., pág. 103.

