

El problema de las lagunas en el derecho

Por MANUEL SEGURA ORTEGA

Santiago de Compostela

1. *La noción de lagunas*

El tema de las llamadas lagunas tiene una importancia crucial en la teoría del Derecho entre otras razones porque la posición que se adopte respecto de este problema incide decisivamente en la propia concepción del fenómeno jurídico: ¿qué función tiene? ¿cuáles son sus límites? ¿qué labor deben desarrollar los sujetos que aplican el Derecho? ¿cuándo hay creación del Derecho?, etc., etc. A pesar de los múltiples interrogantes que plantean las lagunas lo cierto es que sólo desde hace relativamente poco se iniciaron estudios en profundidad. Zitelmann —al que puede considerarse pionero en este tema— se quejaba a principios de siglo de esta carencia; decía este autor: «sabemos con cuánta frecuencia ocurre el que al lado de una región de un territorio visitado por toda clase de viajeros, existe otro igualmente atractivo, pero que permanece, sin embargo, en el olvido. Y así ocurre con la naturaleza de las lagunas jurídicas: casi todos las pasan por alto. Sólo algunos han pisado este territorio desconocido»¹.

Afortunadamente, en el momento presente la situación ha cambiado de un modo sustancial y los estudios y monografías sobre las lagunas son bastante numerosos, al menos fuera de nuestras fronteras². Por lo que se refiere a España no puede decirse que este tema haya preocupado de un modo especial a nuestros juristas y filósofos a juzgar por los escasos estudios existentes³. Esta circunstancia me ha impulsado a hacer algunas reflexiones sobre la cuestión y sólo espero que al final de mi exposición queden aclarados algunos de los equívocos que sobre este tema siguen existiendo.

1. ZITELMANN, E.: *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903. Hay traducción castellana de C. G. POSADA: «Las lagunas del Derecho» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1922, por la que se cita, p. 542. Hay otra traducción en el volumen titulado *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, Losada, pp. 289-325.

2. Hay que destacar de un modo especial el volumen publicado por PERELMAN: *Le problème des lacunes en droit*, Bruselas, 1968, Etablissements Emile Bruylant. En el mismo se recogen trabajos de distintos autores en los que se analiza el problema de las lagunas desde puntos de vista muy diferentes.

3. Vid. DE DIEGO, C.: «En torno a las lagunas de la ley», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1944. Del mismo autor, *De las lagunas de la ley*, Madrid, 1945, discurso a la Real

Afirmaba hace un momento que el problema de las lagunas había recibido un escaso tratamiento al menos hasta finales del siglo XIX y principios del XX pero esta situación obedece a unas razones muy concretas. Como ha señalado Perelman «el problema de las lagunas tal como lo conocemos hoy, nace con la limitación del poder judicial, seguido de la admisión de la doctrina de la separación de poderes, principal garantía contra el absolutismo real y los abusos del *Ancien Régime...*; después de la revolución francesa queda consagrada la preponderancia de la ley y del poder legislativo, emanación de la nación. Se reduce el papel del juez al de un simple instrumento de aplicación de la ley»⁴. Durante el período de la codificación el Estado trata de monopolizar toda la producción jurídica y, por ello, el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico parece ser admitido por todos los juristas. No es posible que las lagunas existan ya que en los códigos puede encontrarse la respuesta a cualquier conflicto que se plantee. El juez debe pronunciarse siempre de acuerdo con las normas establecidas y no puede acudir a ninguna otra instancia que no sea la ley. Por todo esto no es extraño que la mayoría de los juristas del siglo pasado prescindieran del problema de las lagunas porque se consideraba que los ordenamientos jurídicos fruto de la codificación eran perfectos. Pero cuando estas ideas comienzan a desvanecerse o, por lo menos, a ponerse en tela de juicio —y esto sucede en las últimas décadas del XIX— surgen una serie de corrientes que, admitiendo la existencia de las lagunas como algo inevitable, tratan de ofrecer medios adecuados para colmarlas. Esto ocurre —por citar sólo un par de ejemplos— con la jurisprudencia de intereses y con el movimiento del Derecho libre. Esta última doctrina considera que el Derecho está repleto de lagunas y critica abiertamente el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. Kantorowicz afirmaba en este sentido que «en ninguna ciencia teórica o práctica subsiste la opinión de que todos los problemas puedan solucionarse... El biólogo, el filólogo, el historiador, el astrónomo, etc., niegan poder responder a todas las preguntas...; sólo la ciencia jurídica pretende, en base a su supuesta y sistemática plenitud, dar solución a todos los problemas imaginables»⁵. Por consiguiente, a partir de este momento la cuestión de las lagunas del Derecho comienza a ser ampliamente debatida y, de un modo particular, por el positivismo jurídico para el que —en palabras de Sauer— «el problema de las lagunas se convierte en un tema propio y querido»⁶, aun cuando su finalidad sea demostrar la inexistencia de las mismas.

Academia de Jurisprudencia y Legislación. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: «Las lagunas del ordenamiento jurídico estatal», en *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid, 1987 (antes en *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Madrid, 1976, Tecnos). Recientemente ha aparecido un interesante artículo de ITURRALDE SESMA, V.: «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988, t. V.

4. PERELMAN, CH.: «Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse», en *Le problème des lacunes en droit, cit.*, p. 542.

5. KANTOROWICZ, H.: «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, 1962, C. F. Müller, p. 20.

6. SAUER, W.: *Juristische Methodenlehre*, Aalen, 1970, Scientia (reimp.), p. 281.

Hecha esta breve introducción vamos a tratar de determinar en qué consisten las lagunas. En relación con la noción de laguna puede decirse que existe un acuerdo bastante amplio entre los distintos autores que se han ocupado de este tema. Primariamente el término laguna se utiliza para hacer referencia a una falta o carencia en relación con un todo. Nuestro diccionario define la laguna del siguiente modo: «en lo manuscrito o impreso, hueco en que se dejó de poner algo» y también «defecto o vacío en un conjunto o serie»⁷. Por tanto, la primera idea que surge al hablar de lagunas del Derecho es la de la ausencia de normas que regulen una determinada situación. En este sentido se expresa Engisch cuando dice que «las lagunas son insuficiencias del Derecho positivo (del Derecho legal o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación para determinadas situaciones objetivas en que cabría esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complemente el Derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la ley ni el Derecho consuetudinario proporcionan una respuesta inmediata a una cuestión jurídica»⁸. En términos parecidos se expresa Canaris: «existe una laguna cuando en el Derecho positivo falta una regulación a pesar de que el orden jurídico (considerado) en su totalidad la exige»⁹. Por consiguiente, la utilización del término laguna suele llevar aparejada la idea de un fallo por parte del legislador. Este ha omitido una regulación que se presenta como necesaria para un determinado caso, es decir, el juez no cuenta con una regla precisa y expresa para resolver una determinada controversia. Lo primero que hay que preguntarse es si es posible que el legislador pueda prever todos los casos que las relaciones sociales puedan plantear y parece que la respuesta debe ser negativa. Por tanto —y en ello se ha insistido hasta la saciedad— las lagunas serían algo inevitable como consecuencia de la incapacidad humana para reproducir en abstracto todos los posibles casos reales. Incluso en aquellas épocas en las que se ha reconocido al legislador una capacidad desmesurada de previsión estaba latente la idea que necesariamente debían producirse omisiones y fallos. Baste recordar las palabras pronunciadas por Portalis en el Discurso preliminar del proyecto del código civil francés: «*Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?... Les besoins de la société sont si variées, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus? qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout*»¹⁰.

7. Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1984.

8. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, Guadarrama, trad. E. Garzón Valdés, p. 174.

9. CANARIS, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Berlín, 1964, Dunker-Humblot, p. 55. No obstante, añade Canaris: «*diese Definition ist nun aber noch zu weit und zu unbestimmt, um im Einzelfall als brauchbares Kriterium für die Lückenfeststellung zu dienen*», *ibidem*.

10. Tomado de FORIERS, P.: «Les lacunes du droit», en *Le problème des lacunes en droit*, *cit.*, p. 16.

Las lagunas o «situaciones no reguladas» como prefiere denominarlas algún autor como Makkonen¹¹ pueden existir con mayor frecuencia de lo que a primera vista pudiera parecer. Como dice Larenz «siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente, tiene lagunas»¹². Pero no por ello hay que llegar a la conclusión de que la presencia y constatación de una laguna sea sin más algo negativo. Desde mi perspectiva, las lagunas no sólo son inevitables sino que, además —al menos en un tipo concreto de lagunas— pueden llegar a ser beneficiosas. Por utilizar la metafórica expresión de Terré la laguna vendría a ser «un oasis de frescura en medio de las arenas del Derecho»¹³. Ya he dicho que la laguna supone una ausencia de regulación pero es necesario precisar con más detalle los límites dentro de los cuales puede hablarse en sentido estricto de laguna. Y para ello hay que señalar aquellos casos que no entran en el concepto. Fundamentalmente, hay que referirse a los denominados conceptos jurídicos indeterminados¹⁴; aquí no hay ausencia de regulación sino que simplemente se concede un amplio margen de libertad al sujeto encargado de llevar a cabo la actividad hermenéutica; lo que pide el legislador es que el juez que va a aplicar una norma o un conjunto de normas jurídicas especifique para un caso concreto las determinaciones generales contenidas en una regla. Las normas se expresan siempre de un modo general y, por eso, como dice Hart puede hablarse de una «textura abierta del Derecho»¹⁵, pero es obvio que aquí no nos encontramos ante ninguna laguna porque la norma sí ofrece una respuesta aunque a primera vista pueda parecer poco clara. En consecuencia, sólo hablaremos de laguna allí donde no sea posible encontrar una norma que resulte aplicable para un caso concreto. Se puede afirmar con Bobbio que «existe una laguna del Derecho (o, también en el Derecho) cuando en un determinado ordenamiento jurídico falta una regla a la cual el juez pueda referirse para resolver una determinada controversia»¹⁶. También es cierto que el propio Bobbio ha sostenido —aunque bien es verdad que para referirse a la constatación de las lagunas y no a su concepto— que «la laguna se verifica no por la falta de una norma expresa para la reglamentación de un determinado caso, sino por la falta de un criterio para la elec-

11. MAKKONEN, K.: *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, Turku, 1965, Turun Yliopisto, trad. del finés al alemán de B. Assmuth; dice este autor: «*Deshalb gebrauchen wir lieber den Fachausdruck 'ungeregelte Situation' als den Terminus 'Lücke', der sprachlich die Assoziation eines leeren Raumes erweckt*», p. 130.

12. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980, Ariel, trad. de M. Rodríguez Molinero, p. 359.

13. TERRÉ, F.: «Les lacunes du droit», en *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 145.

14. Una exposición más detallada de tales conceptos en ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., pp. 137 y ss.

15. HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, México, 1980, Editora Nacional, trad. de G. Carrió, vid., pp. 155 y ss.

16. BOBBIO, N.: «Lacune del diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1963, Utet, vol. IX, p. 418.

ción de cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada»¹⁷. De cualquier modo, creo que debe afirmarse que la laguna es antes que nada la ausencia de regulación de una determinada situación que exige una respuesta por parte del Derecho. Poco importa a estos efectos que la carencia se encuentre en la ley o en cualquier otra fuente del Derecho (por ejemplo, el Derecho consuetudinario o el llamado Derecho judicial); lo decisivo es que respecto de un caso determinado hay un vacío jurídico. Pero esto no supone —y ello debe ser advertido desde ahora— que tal caso no pueda ser solucionado. A mi juicio se trata de dos problemas diferentes que pueden ser analizados con independencia: una cosa es la existencia de lagunas y otra muy distinta la necesidad de que tales lagunas sean eliminadas. Creo que éste es uno de los equívocos que todavía hoy sigue subsistiendo en torno al problema de las lagunas y me parece que la falta de claridad se debe a un incorrecto enfoque del tema y sobre todo a la confusión de dos planos de análisis que son diferentes.

Las consideraciones anteriores nos permiten llegar a la formulación de un concepto de las lagunas jurídicas. La definición que propongo es la siguiente: una laguna es la ausencia de regulación por parte del Derecho (podría decirse mejor del ordenamiento jurídico para evitar mayores complicaciones) de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la actividad integradora del juez.

La definición propuesta es, no obstante, muy general. Voy a tratar de analizar sus distintos elementos al objeto de alcanzar la mayor claridad posible. En primer lugar, la ausencia de regulación. Al utilizar esta expresión no me estoy refiriendo exclusivamente a la ley o al Derecho legislativo, sino en general a todas las fuentes que en un determinado sistema jurídico se hallan reconocidas como tales. Por consiguiente, se quiere decir que el ordenamiento jurídico en su conjunto no ha previsto un determinado caso. En segundo lugar, se trata de una situación que es «jurídicamente relevante» y que está necesitada de una respuesta concreta que no proporciona el ordenamiento jurídico (obsérvese que no empleo el término *solución* que es el que ha dado lugar a numerosos equívocos). Naturalmente, la apreciación de que una situación es «jurídicamente relevante» entraña inevitablemente un juicio de valor por lo que la presencia de una laguna es algo que hay que determinar caso por caso. Canaris se ha referido con acierto a este problema al afirmar que «en cada caso la constatación de la laguna resulta de un *juicio de apreciación*; se trata, pues, de un proceso teleológico y no de lógica formal»¹⁸. Pero de esto no debe inferirse que cuando se afirma la existencia de una laguna se esté adoptando una posi-

17. *Idem*, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960, Giappichelli, p. 155.

18. CANARIS, C. W.: «De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand», en *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 174. En el mismo sentido se manifiesta SAUER al afirmar que «Das Problem der Lücke setzt daher ein Werturteil über die positiven Rechtsnormen voraus», *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 281.

ción crítica frente al Derecho vigente¹⁹, esto es, que la constatación de la laguna presuponga un juicio negativo sobre el Derecho establecido y, por tanto, que se postule su transformación. Por último, la situación que no encuentra respuesta en el ordenamiento jurídico debe ser solucionada por el sujeto encargado de aplicar el Derecho, es decir, la laguna debe ser eliminada. En la definición que acabo de proponer aparecen apuntados algunos de los problemas y dificultades que han surgido en relación con el tema de las lagunas. Procuraré dar cumplida respuesta a todos ellos pero antes de proseguir es necesario justificar mi propia posición respecto a la existencia de lagunas porque, como es sabido, esta afirmación no es ni mucho menos aceptada. En efecto, aquí se parte de la presencia de lagunas como algo evidente e inevitable pero han sido muchos los autores que las han negado con profunda convicción.

2. La negación de las lagunas

Fundamentalmente, puede hablarse de dos doctrinas que han negado la existencia de lagunas y aunque ambas manejan argumentos bastante similares es necesario, no obstante, distinguirlas. Me refiero a la teoría del espacio jurídico vacío y la teoría de la norma general exclusiva²⁰. Comencemos por la primera de ellas. La doctrina del espacio jurídico vacío, o no sometido a regulación jurídica o espacio jurídico libre²¹, tiene en Karl Bergbohm a su más clásico representante. Según esta doctrina²², habría dos campos perfectamente delimitados: por una parte, el que se encuentra dominado por el Derecho, es decir, aquel sobre el cual el Derecho proyecta sus pretensiones totalizadoras de regulación y, por otra, el campo que es indiferente al Derecho, esto es, aquel del que deliberadamente no se ocupa porque queda fuera de su ámbito. Bergbohm afirmaba que «un Derecho es siempre una totalidad existente sin lagunas... No necesita nunca ser llenado desde afuera, pues siempre está lleno, porque su entera fecundidad, su fuerza de expansión lógica dentro de su propio campo, cubre en todo momento la necesidad de los juicios jurídicos»²³. En consecuencia, —y sigo citando las ideas de Bergbohm—, «o la cuestión está decidida en el Derecho positivo... o, en caso contrario, entraría en el ámbito del espacio jurídico vacío»²⁴. Esto significa que no hay lagunas, que no puede haber en ningún caso lagunas porque el Derecho es completo; fuera

19. Vid. más adelante el epígrafe dedicado a las clases de lagunas.

20. ITURRALDE SESMA, V. en su artículo «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas» ya citado, habla de otras dos teorías que niegan la existencia de lagunas, *vid.* pp. 359 y ss.

21. Sobre el concepto de espacio jurídico libre, *vid.* COMES, H.: *Der rechtsfreie Raum. Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts*, Berlín, 1976, Dunker-Humblot, y ENGISCH, K.: *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (Argentina), 1960, Universidad Nacional de Córdoba, trad. de E. Garzón Valdés.

22. En lo que sigue he tenido en cuenta los argumentos ofrecidos por BOBBIO: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *cit.*, pp. 143 y ss. Del mismo autor «Lacune del diritto», *cit.*, pp. 421 y ss.

23. En su obra *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, citado por ENGISCH: *El ámbito de lo no jurídico*, *cit.*, p. 42.

24. Citado por ENGISCH: «Der Begriff der Rechtslücke. Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre», en *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag*, Berlín, 1949, Grauyter, p. 99. Dice BERGBOHM: «Entweder di Sache ist im positiven Recht entschieden... oder sie liegt in dem rechtsleeren Raum», *ibidem*.

de su círculo sólo hay actividades indiferentes al Derecho. Bobbio resume con acierto la visión que tienen los defensores de esta teoría: «según esta versión, la esfera de actividad de todo hombre puede considerarse dividida, desde el punto de vista del Derecho, en dos compartimentos: el limitado por normas jurídicas y el que éstas dejan libre, o sea, el espacio jurídico lleno y el espacio jurídico vacío. Con esta consecuencia: que un comportamiento, o pertenece al primer espacio y es entonces jurídicamente relevante, o pertenece al segundo, y entonces es jurídicamente irrelevante. *Tertium non datur*. En esta división de esferas no se ve dónde pueden situarse las lagunas, entendidas como falta o insuficiencia de regulación jurídica: hasta donde ésta llega no hay lagunas, y fuera de ella sólo existe la actividad indiferente al Derecho, que no puede llamarse 'laguna' del Derecho, del mismo modo que la orilla de un río no puede llamarse 'laguna' del río»²⁵.

Engisch interpreta esta doctrina en un sentido muy parecido al afirmar que «estas teorías —se refiere a aquellas que han convertido en dogma la plenitud hermética del orden jurídico— podrían aún ser reforzadas mediante un concepto filosófico-jurídico muy interesante: el concepto de espacio no sometido a regulación jurídica. Este concepto —que por otra parte es en sí muy equívoco— posibilita la siguiente argumentación: el todo jurídico se extiende sobre determinados campos, y en este sentido es hermético. Junto a los campos que están jurídicamente regulados hay otros a los que el Derecho no llega, como, por ejemplo, el campo del puro pensar o de la fe o de las relaciones de vida social. Estos campos se encuentran en el 'espacio no sometido a regulación jurídica'; sin embargo, aquí no tenemos lagunas, sino algo que se encuentra completamente fuera del Derecho»²⁶. Como se ve sólo se distinguen dos esferas: la jurídica que es completa puesto que da respuesta a todas las cuestiones (jurídicas) y la no jurídica que tiene una existencia propia e independiente. Expresándolo gráficamente podría decirse que hay dos círculos cerrados que jamás mantienen contacto.

Sin embargo, creo que esta concepción no responde a la realidad por varias razones. En primer lugar, porque no es posible hacer una separación tan tajante entre lo *jurídicamente relevante* y lo *indiferente al Derecho*. Por supuesto que hay casos en los que tal separación es posible pero no es menos cierto que en muchas ocasiones se producen incursiones de un campo a otro y, por ello, no parece posible realizar una división de esferas *a priori*. En segundo lugar, la propia evolución del Derecho motivada por las necesidades del grupo social y de los cambios que en él se producen implica la necesidad de una transformación constante de las instituciones jurídicas y, por eso, las nuevas regulaciones nunca pueden ser completas. El Derecho no tiene, como dice Bergbohm, una fuerza de expansión lógica

25. BOBBIO, N.: «Lacune del diritto», *cit.*, p. 421.

26. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, *cit.*, pp. 173-74.

—*logische Expansionskraft*²⁷—; lo más que se da en él es una pretensión en este sentido pero nunca puede ir por delante de la propia realidad social.

Existe, por último, un tercer argumento que puede ser utilizado para combatir esta posición y que parte de la aceptación de las dos esferas: lo jurídicamente relevante y el espacio jurídico vacío. Aun admitiendo en hipótesis la existencia de estos dos campos no puede decirse que el ámbito de lo jurídicamente relevante sea completo. Y no lo es porque dentro de él hay aspectos sobre los que no se encuentra ninguna respuesta. A mi juicio, esta doctrina ha sobrevalorado la noción de espacio jurídico vacío o libre sin darse cuenta de que la discusión se encuentra precisamente en el otro campo, esto es, en aquel pretendidamente completo. En realidad esta teoría no pretende resolver el problema de las lagunas aunque sea a través de su negación, sino que simplemente lo elimina y para ello acentúa el papel de aquellas actividades que *prima facie* quedarían fuera del ámbito jurídico. Por otra parte, como ha señalado Comes «Derecho y espacio jurídico libre serían conceptos complementarios» y por eso, «el espacio jurídico libre tampoco es simple negación, o la *pura Nada*»²⁸. Creo que las argumentaciones precedentes son suficientes para demostrar la inviabilidad de esta posición. Incluso si nos atenemos a los hechos, esto es, a cómo se desarrolla en la práctica la aplicación del Derecho puede llegarse a la conclusión de que, en algunas ocasiones, determinados comportamientos no regulados (situación potencial de laguna), lejos de ser jurídicamente indiferentes aparecen calificados por el sujeto que aplica las reglas jurídicas. Bobbio ha dicho que «esta teoría presupone para ser válida una norma de este tipo: 'todo lo que no está expresamente regulado es jurídicamente irrelevante'... Como norma general de este tipo puede ser considerada, según las diversas interpretaciones, el principio *nullum crimen sine lege*, propio de las legislaciones penales modernas. Pero tal principio no está implícito en todo ordenamiento jurídico». Y se encuentra tan poco implícito que si no se declara expresamente «se presupone un principio bien diverso, según el cual todo lo que no está expresamente regulado antes de ser considerado como jurídicamente irrelevante (o permitido) puede hacerse entrar, mediante la interpretación analógica o el recurso a los principios generales no expresos, en el sistema normativo de que se trate (dado)»²⁹. En efecto, presuponer que la norma *todo lo que no está expresamente regulado es jurídicamente irrelevante* es válida para todo sistema jurídico es recurrir a una ficción, ficción que, por otra parte, no es siempre operativa. El error de esta doctrina consiste, pues, en crear una norma ficticia que no forma parte —o, al menos, no siempre— de todo

27. MEIER-HAYOZ, A. dice terminantemente que «Jener Glaube an die logische Expansionskraft des positiven Rechts ist als Aberglaube entlarft worden», *Der Richter als Gesetzgeber*, Zurich, 1951, Iuris, p. 216. Del mismo autor, *vid.* «Lücken intra legem», en *Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag*, Berna, 1969, Stämpfli.

28. COMES, H.: *Der rechtsfreie Raum...*, *cit.*, p. 23. Dice este autor que «der rechtsfreie Raum ist eben nicht blosse Negation, kein reines Nichts... Aber er ist deshalb durchaus ein Etwas, positiv vorhanden und als solches zu behandeln, nicht als Lückenbüsser, als schlichte Negation des Rechts», *ibidem*.

29. BOBBIO, N.: «Lacune del diritto», *cit.*, p. 421.

ordenamiento jurídico y ello implica caer en una contradicción insalvable. Si para esta doctrina no pueden existir lagunas porque allí donde la ley calla nos encontramos en el espacio jurídico vacío, y si fuera de la ley no hay ningún Derecho³⁰, no puede entenderse muy bien la apelación a una norma que no se integra en el sistema. En realidad, se está vulnerando el propio punto de partida puesto que si todo el Derecho está contenido en la ley y en el conjunto de leyes no existe ninguna disposición que asigne al campo de lo jurídicamente irrelevante todo lo que no se halla explícitamente regulado, entonces lo que ha sucedido es que se han traspasado los límites de lo jurídico que es precisamente lo que se quería evitar.

De cualquier modo lo cierto es que puede encontrarse una justificación histórica para la defensa de esta tesis. La plenitud del ordenamiento jurídico se había convertido en un auténtico dogma cuya pretensión fundamental consistía en evitar la utilización de fuentes que no tuviesen su origen en el poder estatal. Y para ello se llega al convencimiento de que el Derecho, todo el Derecho se encuentra exclusivamente en los códigos. Y por eso «el Derecho estatal debía regular todos los casos posibles: si hubiese habido lagunas, ¿qué debía hacer el juez sino recurrir a fuentes jurídicas extraestatales, como la costumbre, la naturaleza de las cosas o la equidad? Admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo, significaba introducir un Derecho concurrente, romper el monopolio de la producción jurídica estatal»³¹. Por consiguiente, el Estado es el encargado de producir el Derecho y fuera de tal Derecho sólo queda la nada, el espacio jurídico vacío. Ahora bien, que el espíritu codificador tuviese la pretensión de regular todos los casos posibles que la vida pueda plantear no significa que efectivamente lo consiguiera y, de hecho, la propia experiencia ha demostrado lo ilusorio de tal pretensión.

La segunda doctrina que sostiene la inexistencia de las lagunas fue defendida por Zitelmann, Donati y más recientemente por Kelsen y es conocida con el nombre de teoría de la norma general exclusiva. Según esta doctrina todas las normas jurídicas particulares que regulan determinadas conductas van acompañadas de una norma general —que normalmente sólo se halla implícita— cuya misión consiste en excluir todos aquellos comportamientos que no aparecen mencionados por la norma particular. En palabras de Bobbio «las normas nacen y nunca se mueven solas, sino en pareja: la norma particular inclusiva va acompañada de la norma general exclusiva, como si fuera su propia sombra. Si es así, juntas una y otra, ocupan todo el espacio ocupable y, por tanto, no dejan sitio a ninguna laguna»³². Se parte, pues, de la existencia de una norma que está presente en todo sistema jurídico y cuyo tenor sería el siguiente: *todo lo que no está expresamente prohibido, ordenado o sancionado, está jurídicamente permitido*. Como se ve en esta teoría el espacio jurídico es completo. El Derecho lo regula todo aunque sea de un modo negativo y, consecuente-

30. Para ENGISCH, ésta es la postura típica del positivismo, *vid.* «Der Begriff der Rechtslücke...», *cit.*, p. 86.

31. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *cit.*, p. 132.

32. *Idem*, «Lacune del diritto», *cit.*, p. 421.

mente, no hay posibilidad de lagunas. Si hace un momento utilizaba la imagen de dos círculos para representar la teoría del espacio jurídico vacío, en este caso podría hablarse de un círculo único dentro del cual entraría todo comportamiento posible. Por eso, no estoy de acuerdo con Bobbio cuando dice que «las dos versiones tienen en común la característica de dividir la esfera de la actividad jurídicamente regulable en dos partes»³³, porque parece que según esta segunda concepción, no habría dos esferas sino solamente una y en toda ella podría mostrarse con claridad la presencia del Derecho ya sea a través de una regulación positiva o por medio de una regulación negativa. En efecto, para la primera teoría no hay lagunas porque existe un espacio jurídicamente irrelevante, mientras que para la segunda no hay lagunas porque todo está jurídicamente regulado bien de un modo expreso o bien a través de la norma general exclusiva.

Veamos a continuación, cuáles son los argumentos que utilizan los que defienden la existencia de esta norma general exclusiva comenzando por la doctrina de Zitelmann. Para este autor, siempre que se pretende la producción de efectos jurídicos se necesita la existencia de una regla jurídica que los determine, pero, por el contrario, para impedir tales efectos no hace falta regla alguna. «Aunque no se diga, pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que ‘son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario’, sin embargo, ello está implícito en el orden jurídico, y con arreglo a esta explicación no hay que temer una mala interpretación si se afirma que en el fondo de todas las reglas de Derecho especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquiera otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especiales aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir»³⁴. Para defender su tesis Zitelmann cita una serie de ejemplos prácticos en los que, a su juicio, la doctrina tradicional hablaría de lagunas sin que en realidad existan. La exposición que hace Zitelmann es muy brillante pero, desgraciadamente, no puedo detenerme a analizar tales ejemplos³⁵. La conclusión a la que llega Zitelmann es, por tanto, bien sencilla: en la mayoría de los casos no nos encontramos ante lagunas. Lo único que ocurre es que al sujeto encargado de aplicar el Derecho no le parece justa o conveniente una determinada regla y lo que hace es dejar de aplicarla y crear una nueva excepción, esto es, una norma particular. Por eso, en tales casos encontramos «en lugar de las pretendidas lagunas,

33. *Ibidem*.

34. ZITELMANN, E.: «Las lagunas del Derecho», *cit.*, pp. 554-55.

35. *Ibidem*, pp. 547 y ss. Un análisis crítico de la doctrina de Zitelmann es el realizado por BETTI, E.: «Metodica e Didattica del Diritto secondo Ernst Zitelmann», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1925, fasc. I, pp. 49-85.

reglas de Derecho, incluso formuladas de una manera expresa, sean ellas de contenido afirmativo o negativo, las cuales el juez podría aplicar de una manera expresa y con las que podría decidir completamente el caso concreto, o bien se trata de reglas de Derecho que tiene por impropias e inadecuadas y por lo tanto no quiere aplicarlas; no suple ninguna laguna sino que corrige el Derecho existente en cuanto para determinados casos hace una excepción de aquella regla»³⁶.

Los argumentos que ofrece Donati son muy similares. También él cree en la existencia de una norma general exclusiva que regula todas aquellas situaciones para las que no es posible hallar una norma particular. Teniendo en cuenta el conjunto de las disposiciones que previendo determinados casos establecen la existencia de obligaciones, del conjunto de las disposiciones mismas derivan «una serie de normas particulares inclusivas y una norma general exclusiva: una serie de normas particulares que establecen para los casos particularmente considerados determinadas limitaciones, y una norma general que excluye cualquier limitación para todos los otros casos, no considerados particularmente»³⁷. Concluiré con algunas de las ideas formuladas por Kelsen para finalizar con la exposición de la doctrina de la norma general exclusiva. Según este autor no existe ninguna imposibilidad lógica para aplicar un orden jurídico válido a cualquier caso que pueda presentarse. Puede suceder, en efecto, que una norma jurídica aislada no sea aplicable a un caso concreto pero sí es factible la aplicación del orden jurídico considerado como un todo. Por eso, «el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso de que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. Este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional —en determinadas circunstancias— como una laguna en el orden jurídico»³⁸.

Para Kelsen, decir que un orden jurídico determinado no puede aplicarse a una situación concreta es recurrir a una ficción. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, con el famoso artículo primero del código civil suizo el cual parte —siempre según la opinión de Kelsen— de una auténtica ficción. Recordemos lo que dispone este artículo: «La ley rige todas las materias a las que se refieren la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve según el Derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador. Se inspirará en las solu-

36. ZITELMANN, E.: «Las lagunas del Derecho», *cit.*, pp. 555-56.

37. DONATI, D.: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910, pp. 36-37.

38. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, México, 1981, UNAM, trad. de la segunda edición alemana de R. J. Vernengo, p. 254.

ciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia»³⁹. La ficción se encuentra en el modo de formulación del precepto y sólo podría obviarse si se utilizase una forma de expresión correcta que sirviera para sacar a la luz lo que realmente se quiere decir. Según Kelsen, si el legislador deja de utilizar una ficción tendría que disponer que «cuando la aplicación del orden jurídico válido existente sea insatisfactoria para la concepción intuitiva moral-política del tribunal en el caso que se le somete, podrá resolver el caso según su propia apreciación»⁴⁰. Vemos, pues, que al igual que ocurría con Zitelmann también en Kelsen las pretendidas lagunas no tienen una existencia objetiva, sino que tan sólo son el reflejo de la adopción de una posición crítica respecto al Derecho vigente por parte del sujeto que va a aplicar una norma concreta. Hay que decir que esta visión también es compartida por otros autores como, por ejemplo, Moor⁴¹ o Cossío⁴².

No obstante, debo insistir en lo que ya se dijo anteriormente: una cosa es que la constatación de una laguna exija la formulación de un juicio de valor y otra muy distinta que tal juicio de valor recaiga sobre el contenido de una norma determinada.

La principal crítica que se puede hacer a esta teoría se refiere al propio carácter de la llamada norma general exclusiva. No puede negarse que la presencia de tal norma puede resultar en muchos casos operativa y, en la práctica, cuando se aplica el Derecho se sigue el criterio de que cuando un comportamiento no está expresamente prohibido u ordenado es jurídicamente lícito. Pero no es menos cierto que tal criterio no puede tener —no tiene de hecho— un carácter absoluto. En consecuencia, el fallo más importante de esta doctrina se encuentra en el hecho de haber convertido en absoluta la norma general exclusiva como si fuese la única existente en todo ordenamiento jurídico, cuando la realidad demuestra que al lado de esta norma exclusiva hay también otra inclusiva cuya función es exactamente la contraria. De ahí que pueda decirse que «en la mayor parte de los sistemas jurídicos, junto a la norma general limitativa o exclusiva, hay otra igualmente general, pero extensiva o inclusiva, según la cual todo lo que no está expresamente regulado, antes de ser calificado como jurídicamente permitido, puede hacerse entrar en las reglas expresas con los medios hermenéuticos tradicionalmente admitidos o explícitamente recomendados. La situación indicada de la teoría de la norma general limitativa o exclusiva es una situación excepcional que, en cuanto tal, no se presume, sino que debe ser explícitamente declarada. Normalmente se presume la situación contraria»⁴³. Por otra parte, no se puede olvidar que es el propio

39. Sobre el artículo 1 del código civil suizo puede verse la obra de MEIER-HAYOZ, A.: *Der Richter als Gesetzgeber*, ya citada.

40. KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 256.

41. MOOR, G.: «Sulla questione delle lacune nel diritto», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, fasc. VI, p. 323.

42. COSSÍO, C.: *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Buenos Aires, 1939, Losada, p. 24.

43. BOBBIO, N.: «Lacune del diritto», cit., p. 421.

legislador y los jueces los que una y otra vez reconocen la existencia de lagunas y tal actitud no supone — como dice Kelsen — recurrir a una ficción; más bien sucede lo contrario ya que afirmar que en todo ordenamiento jurídico existe una norma general exclusiva o una regla implícita de libertad es precisamente apelar a una ficción pues tal regla no se encuentra, en modo alguno, presente y, por ello, lo que viene a afirmar esta doctrina es que hay que actuar *como si* tal norma existiera. En definitiva, lo que se dice es que cuando se aplica el Derecho debe partirse del supuesto de que no hay vacíos en el orden jurídico y, consiguientemente, actuar *como si* no hubiese lagunas. Pero, precisamente por eso, no queda suficientemente demostrada la tesis central, esto es, que no hay lagunas.

Tanto la doctrina de la norma general exclusiva como la del espacio jurídico vacío han recibido numerosas críticas y, en general, puede decirse que en el momento actual casi todos los autores las rechazan⁴⁴. Sin embargo, ello no significa que la idea de la inexistencia de las lagunas haya desaparecido. Por el contrario, sigue siendo formulada con gran insistencia aunque recurriendo a otro tipo de argumentaciones que, a mi juicio, tampoco son plenamente satisfactorias.

3. *Lagunas de la ley y lagunas del Derecho: la plenitud del orden jurídico*

La distinción entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho pretende demostrar que sólo existe un tipo de lagunas, es decir, que éstas pueden constatarse dentro de un sistema jurídico cuando la ley o el Derecho legislativo o estatal⁴⁵ no ha previsto un determinado caso. Probablemente ninguna de estas dos denominaciones es correcta porque ambas pueden producir confusiones. Como ha dicho García Máynez «aun cuando comúnmente se habla de *lagunas de la ley* (debiera decirse *de la legislación*), ambos términos resultan demasiado estrechos, ya que el problema debe plantearse no sólo en lo que a los preceptos legales concierne, sino en general relativamente a todos los que emanan de las mencionadas fuentes. Cuando la cuestión se enfoca de esta manera, el aserto de que en ese conjunto existe un *vacío* simplemente significa que el caso no reproduce la hipótesis de ninguno de ellos o, en diferentes palabras, que los que proceden de las fuentes formales no pueden aplicarse a la situación que el intérprete tiene a la vista»⁴⁶. La expresión lagunas del Derecho también se presta a equívocos porque el término Derecho tiene varios significados y, en algunas ocasiones, puede suceder que no se sepa exactamente a qué tipo de realidad se está apelando cuando se utiliza el vocablo Derecho. Por eso, algunos autores prefieren hablar de lagunas del ordenamiento jurídico para evitar confusiones⁴⁷. De cualquier modo, la distinción

44. Ver, por ejemplo, los argumentos expuestos por Bobbio en las obras citadas anteriormente. En el mismo sentido, FORIERS, P.: «Les lacunes de droit», *cit.*, p. 29.

45. Esta es la expresión que prefiere utilizar ASCARELLI: «Il problema delle lacune e l'art. 3. dispo. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato», en *Studi di diritto comparato*, Milán, 1952, Giuffrè. Este autor habla del ordenamiento legislativo como algo distinto del ordenamiento jurídico, pp. 210-11.

46. GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Lógica del raciocinio jurídico*, México, 1964, Fondo de Cultura Económica, p. 36.

47. Por ejemplo, FORIERS siguiendo a Bobbio: «Les lacunes du droit», *cit.*, p. 13.

entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho no es unánimemente aceptada; por ejemplo, Cossío no admite tal distinción ya que considera que ni tan siquiera hay lagunas. Según este autor si se afirma que hay una laguna, en realidad entra en juego un criterio axiológico; por eso, «la expresión la laguna de la ley es una metáfora para señalar una injusticia»⁴⁸.

Pero veamos qué es lo que subyace en esta distinción entre lagunas de la ley y del Derecho. En mi opinión supone el reconocimiento de las lagunas sin más adjetivos. Naturalmente, los autores que utilizan esta terminología sólo reconocen una clase de lagunas, es decir, aquellas que están en la ley, la costumbre o el Derecho judicial; sin embargo, se niega la existencia de vacíos en el orden jurídico considerando que éste es hermético y completo puesto que siempre ofrece *solución* a todos los casos imaginables. En definitiva, se afirma y defiende la plenitud del ordenamiento jurídico que no significa otra cosa que la posibilidad de ofrecer solución para cualquier situación, pero sobre todo significa ausencia de lagunas. Este dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico tiene su origen en el siglo pasado y como ha señalado Bobbio aparece cuando se produce «la monopolización del Derecho por parte del Estado. Para mantener dicho monopolio, el Derecho del Estado debe servir a todo uso» y, por eso, «el juez debe juzgar permaneciendo siempre dentro del sistema ya dado»⁴⁹. No obstante, resulta contradictorio afirmar la existencia de lagunas en la ley y negarlas en el ordenamiento jurídico porque ello supone utilizar dos criterios o, mejor dicho, dos nociones diferentes de lagunas. Esto se comprueba en las argumentaciones que utilizan los autores que realizan esta distinción. A modo de ejemplo, y para centrar el problema veamos qué tipo de ideas manejan. Recasens ha dicho que «si bien el sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente como completo, como plenario, como hermético, sin poros, es decir, sin lagunas, en cambio, es evidente que de hecho éstas existen en el conjunto de materiales del Derecho positivo. Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, etc., que integran el Derecho formulado de un orden jurídico, hay vacíos. Pero esos vacíos efectivos deben ser efectivamente rellenados por quien ejerce la función jurisdiccional (juez o funcionario administrativo). De suerte que se puede decir que el Derecho formulado, el explicitado en leyes y costumbres, presenta muchos vacíos o lagunas; pero que el orden jurídico vigente, que por esencia debe ser total —herméticamente pleno— contiene en principio respuesta a toda controversia práctica; porque si hay alguna laguna, ésta deberá ser necesi-

48. COSSÍO, C.: *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, cit., p. 24. Una visión crítica sobre esta obra puede verse en la recensión de BOBBIO: «Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, fasc. IV-V y también LEGAZ, L.: «La plenitud del orden jurídico», en *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1947, Bosch.

49. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 133.

riamente llenada por el juez»⁵⁰. En un sentido muy parecido se expresan Foriers⁵¹, Sauer⁵², Brunetti⁵³, Ascarelli⁵⁴ y Reichel⁵⁵, entre otros.

Decía hace un momento que estos autores manejan dos nociones de lagunas: en primer lugar, la laguna —y éste es el verdadero sentido del término— como ausencia o falta de regulación y, en segundo lugar, la laguna como la imposibilidad de encontrar una solución para un determinado caso. Pero parece claro que cuando se emplea el término laguna no se está haciendo referencia a la imposibilidad de hallar una solución, lo mismo que cuando se constata la presencia de una enfermedad no significa que ésta no pueda ser curada a través de los medios técnicos con que cuentan los médicos. Por consiguiente, negar las lagunas aduciendo para ello que pueden ser colmadas en el proceso de aplicación del Derecho, sería lo mismo que negar la existencia de una enfermedad por el hecho de que haya un tratamiento adecuado para conseguir el restablecimiento de la salud. Nos encontramos con dos problemas diferentes que deben ser tratados con independencia. Si se sigue este camino no es posible seguir hablando de lagunas de la ley y lagunas del Derecho; sería suficientemente expresiva la utilización del término laguna sin más calificativos. Poco importa que la laguna provenga de la ley o de cualquier otra fuente del Derecho; lo decisivo es que para un determinado caso no existe una regulación. Por otra parte, es el propio legislador —y posteriormente, y en mayor medida los jueces— el que reconoce sus propias limitaciones y parte del presupuesto de que necesariamente tienen que producirse vacíos. Si esto es así, es difícil de comprender la insistencia en negar las lagunas ya sea por una vía directa (como ocurre con las doctrinas examinadas en el epígrafe anterior) o bien de una manera indirecta que es lo que suele suceder si se admite la distinción entre lagunas de la ley y del Derecho aunque en este caso —también hay que decirlo— la negación de las lagunas tiene lugar inconscientemente, esto es, a primera vista parece que se admiten las lagunas pero luego son negadas en base a la pretendida plenitud del ordenamiento jurídico.

No parece que la distinción entre lagunas, por un lado, y su posible eliminación, por otro, plantee mayores problemas. Sin embargo, hay que preguntarse por qué se ha producido —y todavía hoy se sigue produciendo—

50. RECASENS, L.: *Tratado general de filosofía del Derecho*, México, 1975, Porrúa (5. ed.), p. 325.

51. FORIERS, P.: «Nous arrivons à la conclusion qu'il peut en tout cas exister des lacunes de la loi écrite, mais qu'il n'est pas certain qu'il existe des lacunes du droit», «Les lacunes du droit», *cit.*, p. 13.

52. SAUER, W.: «Lücken gibt es aber nicht im Recht überhaupt. Denn das Recht muss selbstverständlich eine als notwendig erkannte Regelung für konkrete Fälle bieten. Der Begriff der Rechtslücke ist abzulehnen», *Juristische Methodenlehre*, *cit.*, p. 280.

53. BRUNETTI, E.: «Completezza e incompletezza dell'ordinamento giuridico», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1925, fasc. IV, donde responde a las críticas formuladas por V. MICELLI en la misma revista (fasc. I), «La completezza dell'ordinamento giuridico».

54. ASCARELLI, T.: «Parlare di fatti, di lacune dell'ordinamento giuridico, non è, data appunto l'osservazione del Brunetti, possibile; possibile parlare, invece, di lacune dell'ordinamento legislativo, come distinto dell'ordinamento giuridico», «Il problema delle lacune e l'art. 3. disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato», *cit.*, pp. 210-11.

55. REICHEL, H.: «La ley presenta lagunas; el Derecho no las tiene. El espectro de un espacio sin Derecho no existe», *La ley y la sentencia*, Madrid, 1921, Reus, trad. de E. Miñana Villagrasa, p. 104.

do— tanta confusión en este tema. Creo que el motivo fundamental hay que buscarlo en los ideales que sirvieron de base al proceso codificador. Desde un primer momento la plenitud del orden jurídico⁵⁶ fue aceptada como un auténtico dogma y siempre vino a significar la ausencia de lagunas. Un ordenamiento jurídico —se decía— es pleno o completo si, y sólo si, en él no hay lagunas. Puesto que los jueces están obligados a pronunciarse siempre y de hecho cualquier demanda tiene que ser atendida, se llegaba a la conclusión de que no es posible la existencia de lagunas. En este sentido puede recordarse el artículo 4 del código civil francés que establecía la obligación de los jueces de emitir un fallo: *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*. Esta fórmula es la que se introdujo en la mayoría de los códigos (art. 357 de nuestro código penal y 1.7 de nuestro código civil). La existencia de la obligación que tienen los jueces de resolver todo litigio es indiscutible y todos los sistemas jurídicos contienen una norma en este sentido. Pero inferir de tal obligación la inexistencia de lagunas no sólo es discutible, sino que, además, no se corresponde con la realidad. Los autores que hacen la distinción entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho suelen afirmar que el Derecho como un todo no tiene lagunas porque el sistema jurídico siempre contiene una regla que permite la resolución del conflicto. Pero, aunque esto sea verdad, lo cierto es que se trata de un momento posterior a la propia existencia de la laguna. Larenz ha señalado con acierto que «contra esta concepción hay que objetar que desconoce el momento creador propio de todo desarrollo del Derecho, en especial de la integración de lagunas»; de ahí que «una norma jurídica, que primero ha de ser creada, no existe todavía»⁵⁷. En consecuencia, para Larenz es posible afirmar que no sólo la ley sino también el orden jurídico en su conjunto contiene lagunas⁵⁸. Y esto sucede en todos los casos; pensemos, por ejemplo, en el artículo 1 del código civil suizo al que se hizo referencia anteriormente: aun cuando se otorgue un mandato al juez para actuar como si fuera legislador, en realidad, lo que se está reconociendo es la existencia de lagunas⁵⁹ y tal reconocimiento tiene lugar siempre en todos los ordenamientos jurídicos.

En base a todo lo expuesto hasta ahora puede llegarse a la conclusión de que existen las llamadas lagunas del Derecho⁶⁰. Para evitar confusiones y equívocos yo propondría que se suprimiese toda distinción entre lagunas de la ley y del Derecho y que se utilizase únicamente el término lagunas que es suficientemente expresivo y que, por otra parte, permite separar el problema de la existencia de las lagunas del problema de su solución.

56. Sobre el concepto y origen histórico del principio de la plenitud del orden jurídico *vid.* BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 125 y ss.

57. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 398.

58. *Ibidem*.

59. En este sentido se expresa NAWIASKY, H.: *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1962, Rialp, trad. de J. Zafra Valverde, p. 201.

60. ENGISCH lo dice expresamente: «So glauben wir, selbst echte Rechtslücken und damit Grenzen des Prinzips der Geschlossenheit der Rechtsordnung nicht gänzlich leugnen zu dürfen», *Der Begriff der Rechtslücke...*, cit., p. 102.

Pero si se opta por una concepción como la que aquí se sostiene, resulta evidente que el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico debe ser formulado de una manera distinta. Creo que no puede seguir sosteniéndose que la plenitud del ordenamiento jurídico signifique inexistencia de lagunas; más bien significa lo contrario, es decir, que como inevitablemente las lagunas existen el ordenamiento jurídico debe habilitar los medios necesarios para su eliminación. No se puede olvidar que el dogma de la plenitud del orden jurídico va unido irremediabilmente a la pretensión de hacer de la ley la única fuente jurídica y parece que en la actualidad el también dogma de la omnipotencia de la ley está desfasado⁶¹. En consecuencia, plenitud del ordenamiento jurídico quiere decir posibilidad de eliminación de las lagunas. De cualquier modo, hay que decir que esta idea no es nueva; por ejemplo, Carnelutti afirmaba hace años que esta propiedad del ordenamiento jurídico (la plenitud) «no debe entenderse en el sentido de la inexistencia de lagunas, sino en el sentido de la exigencia de su eliminación»⁶².

Probablemente, todas las discusiones que se han originado en torno a este tema se deben a la incorrecta utilización de determinados términos y ello es lo que ha provocado tantas confusiones. Es necesario referirse a un artículo de Conte⁶³ publicado no hace muchos años en el que se hace una distinción importantísima y en el que se resuelve el problema de un modo satisfactorio. Este autor habla de lagunas críticas y diacríticas. Entiende que puede afirmarse la posibilidad de la existencia de las lagunas críticas, es decir, la posibilidad de que un orden normativo no sea completo. Por el contrario, se niegan las llamadas lagunas diacríticas, esto es, la posibilidad de que un orden normativo no sea cerrado. En consecuencia, un ordenamiento jurídico puede no ser completo (*completezza, complétude, Vollständigkeit*) y de hecho ningún sistema lo es, pero sí tiene que ser necesariamente cerrado (*chiusura, clôture, Geschlossenheit*). Esto significa que en cualquier ordenamiento jurídico no se encuentran solucionados todos los casos en el sentido de la existencia de una norma o conjunto de normas que hayan previsto una situación concreta. Sin embargo, sí se puede afirmar que todos los casos tienen una solución que debe encontrarse dentro del sistema jurídico y, por ello, toda solución que no tenga su origen en el propio sistema debe ser rechazada. En definitiva, lo que sostiene este autor es similar a lo que se ha venido afirmando hasta ahora, es decir, que una cosa es la existencia de las lagunas y otra la posibilidad de solucionarlas. Sólo si no se confunden ambas cuestiones es posible captar el problema en toda su integridad.

Sustancialmente estoy de acuerdo con la distinción realizada por Conte y creo que en la misma se encuentra «la clave de la teoría de las lagunas»⁶⁴.

61. MEIER-HAYOZ se ha referido con acierto a esta cuestión: «Das Dogma von der Gesetzesallmacht ist heute wissenschaftlich überwunden und die Ergänzungsbedürftigkeit wird von der 'communis opinio doctorum' bejaht. Das Gesetz — so wird heute gelehrt — trägt wie alles Menschliche den Stempel des Unvollkommenen», *Der Richter als Gesetzgeber, cit.*, p. 216.

62. CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, soc. ed. del Foro italiano (3. ed.), p. 86.

63. CONTE, A.: «Décision, Complétude, Clôture», en *Le problème des lacunes en droit, cit.*, pp. 67-84.

64. *Ibidem*, p. 71.

No obstante, me gustaría matizar mi propia posición en un punto que me parece importante y en el que se produce una discrepancia decisiva. No cabe duda que el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico — como ha señalado Huberlant— «contiene una gran parte de verdad, pero su carácter absoluto lo convierte en inexacto»⁶⁵. Y lo hace en un doble sentido: en primer lugar, porque no es cierto que su significación primaria sea la de ausencia de lagunas y esto creo que ya ha quedado suficientemente demostrado. Y en segundo lugar, porque la posibilidad de eliminar las lagunas no significa que necesariamente se haya de permanecer dentro del sistema y aquí es donde se produce mi desacuerdo con la postura de Conte. Para este autor el que un ordenamiento jurídico sea cerrado significa que todos los hipotéticos casos para los que no existe una regulación normativa pueden y deben ser solucionados siempre de acuerdo con el sistema jurídico, es decir, sin que se puedan rebasar las fronteras establecidas por éste. No cabe duda que esta afirmación no es del todo incorrecta y posiblemente sea válida en la mayoría de las ocasiones en que se constata una laguna, pero, al mismo tiempo no se le puede asignar un valor absoluto porque también es cierto que en algunos casos se sobrepasan los límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico. Y aunque el origen del principio de solución se halle en el orden jurídico el resultado final puede quedar fuera en el sentido de crear una norma nueva individual que, en principio, no era previsible que se integrara en el mismo. Es necesario realizar algunas aclaraciones para precisar mejor lo que se quiere decir.

Habitualmente, cuando el juez se encuentra ante una laguna trata de solucionarla permaneciendo fiel al sistema de fuentes establecido. El primer paso que debe dar consiste en obtener una regla nueva que hasta entonces no se encontraba explicitada y para ello debe tener en cuenta todos los materiales jurídicos de que dispone el ordenamiento. Pero no sería correcto afirmar que tales materiales sean siempre suficientes. Incluso cuando no hay laguna parece que la actividad del juez no está completamente predeterminada por la norma. Si esto sucede en los casos «normales» con mucha más razón tendrá lugar cuando nos encontramos ante una laguna porque en tal caso el margen de maniobra que tiene el juez es mucho más amplio. Además, lo que determina la actividad del juez no es la estricta observancia del conjunto de reglas jurídicas que forman parte de un sistema, sino el deseo de obtener una resolución que se presente como justa o razonable y para ello tiene que prescindir, en ocasiones, del propio sistema. Naturalmente, la regla que elimina la laguna y resuelve el conflicto acaba integrándose en el ordenamiento jurídico pero tal integración sólo tiene lugar en un momento posterior. Esto se ve claramente en las llamadas lagunas sobrevenidas, esto es, en aquellos casos en los que el vacío se produce porque hay un cambio de circunstancias. Pensemos, por ejemplo, en las situaciones que están planteando los vertiginosos avances de la técnica... En tales casos parece que los posibles conflictos no pueden

65. HUBERLANT, CH.: «Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi», en *Le problème des lacunes en droit*, cit., p. 34.

resolverse dentro de un sistema que no previó —que no pudo prever— la aparición de tales situaciones.

Por consiguiente, puede llegarse a la conclusión de que los ordenamientos jurídicos son siempre cerrados en el sentido de que posibilitan la eliminación de las lagunas pero la solución no tiene que hallarse de un modo necesario dentro del sistema. Por eso, no puede decirse que en todo sistema jurídico una solución que venga de fuera del mismo deba ser rechazada. Creo que ya ha quedado suficientemente claro cuál es el sentido que, a mi juicio, debe tener la plenitud del orden jurídico y por qué rechazo la distinción entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho.

4. Clases de lagunas

Como puede suponerse existen muchas clasificaciones de los distintos tipos de lagunas y, desde luego, no hay una terminología uniforme ya que los distintos autores suelen emplear denominaciones diversas⁶⁶. Sin embargo, en realidad no hay muchas diferencias y se trata más bien de discrepancias terminológicas que no afectan para nada al fondo de la cuestión. Para proceder ordenadamente lo primero que hay que hacer es señalar aquellos casos en los cuales no hay lagunas a pesar de que se emplee este término y para realizar esta labor es de gran utilidad la noción de laguna que formulé al principio.

En primer lugar, no se debe hablar de lagunas en todos aquellos casos en los que sí existe una norma o un conjunto de normas que regulan una determinada situación pero que se formulan otorgando una amplia capacidad discrecional al juez. En segundo lugar, tampoco son auténticas las llamadas lagunas de colisión. Se dice que hay una laguna de colisión cuando una determinada situación se encuentra regulada por dos normas que forman parte del sistema y que son contradictorias entre sí, de modo que la aplicación de una excluye la aplicación de la otra. Aquí no nos encontramos con una ausencia de regulación, sino que se produce exactamente lo contrario, esto es, un exceso de regulación. Pero es claro que nos hallamos ante una simple contradicción, una antinomia⁶⁷ que puede ser resuelta aplicando determinadas reglas y no se trata, por tanto, de una laguna. A pesar de ello algún autor⁶⁸ sostiene que se trata de auténticas lagunas. También Engisch afirma la posibilidad de su existencia aunque con un carácter excepcional. Según Engisch «el caso de una contradicción normativa insoluble puede ser realmente poco frecuente, pero no del todo impo-

66. Sobre las clases de lagunas *vid.* entre otros, CANARIS: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, *cit.*, pp. 129 y ss.; CASTRO DE CABANILLAS, R. A.: «Controversias en torno al problema de las lagunas en el Derecho», en *Cuadernos de los Institutos*, 1982, núm. 143 (Universidad Nacional de Córdoba), pp. 86 y ss.; CONTE: «Décision, Complétude, Clôture», *cit.*, pp. 67 y ss.; ITURRALDE, V.: «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas», *cit.*, pp. 368 y ss.; KLUG, U.: «Observations sur les problèmes des lacunes en droit», en *Le problème des lacunes en droit*, *cit.*, pp. 85 y ss.

67. Sobre la identificación de las antinomias *vid.* ITURRALDE, V.: «Una aproximación al tema de las antinomias: problemas relativos a la identificación de las mismas», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, t. IV, pp. 331 y ss.

68. Por ejemplo, HECK, PH. en su *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Berlín-Zurich, 1968, Gehlen. Bad Homburg vor der Höhe, distingue tres tipos de lagunas: primarias, secundarias y de colisión, pp. 105-107.

sible. Si no se logra demostrar cuál de entre varias normas contradictorias entre sí es la más 'fuerte', la única y decisiva, según la concepción dominante —y que también es en general la correcta—, las normas contradictorias se anulan mutuamente y se produce la llamada 'laguna de colisión', que debe ser llenada de acuerdo con los principios generales destinados a llenar las lagunas»⁶⁹. De todos modos, me parece bastante improbable que pueda producirse una situación como la que describe Engisch. Ciertamente, los criterios para resolver los conflictos entre normas (la ley especial prevalece sobre la general, la superior sobre la inferior y la posterior sobre la anterior) no tienen un carácter absoluto y en ocasiones se utilizan unos u otros dependiendo de la situación, pero no cabe duda que son suficientes para solucionar los conflictos normativos. En la práctica cuando dos normas son incompatibles entre sí una debe ceder ante la otra pero lo que no sucede es que ambas se anulen mutuamente. Además, debo insistir en lo que ya se dijo anteriormente: las llamadas lagunas de colisión no pueden entrar dentro del concepto de laguna porque no se trata de un caso de ausencia de regulación y para que exista una laguna es necesario (esencial) que tal ausencia se produzca.

Existe, por último, otro caso en el que no se puede hablar con propiedad de laguna. Me refiero a las llamadas lagunas axiológicas, críticas o ideológicas. Algún autor como Zippelius⁷⁰ considera que se trata de auténticas lagunas pero, en general, la mayoría de la doctrina suele negarlas. Ahora bien, esto no significa —como dice Moor— que «la laguna jurídica sea fundamentalmente la crítica del Derecho vigente y que, por eso, no exprese verdaderamente la falta de regulación jurídica»⁷¹. El concepto habitual de laguna —sigue diciendo este autor— «significa no la falta de una regla jurídica, sino la inidoneidad o la iniquidad del Derecho vigente, tanto que se suele hablar de lagunas jurídicas no sólo cuando el Derecho no regula una determina cuestión que habría debido regular según un recto criterio de política jurídica, sino incluso cuando, si bien regula la cuestión, no la regula como habría debido regularla»⁷². Es cierto que algunas veces los juristas utilizan el término laguna no en el sentido de ausencia de regulación, de falta de una norma, sino asignándole la significación de falta de una norma «adecuada», «justa» o «conveniente» pero, también es verdad que esto no sucede siempre y, en cualquier caso, si se procede de este modo resulta claro que se trata de una incorrecta utilización del término laguna. Las llamadas lagunas axiológicas no son, por tanto, auténticas lagunas, suponen, en efecto, la crítica del Derecho vigente o, al menos, la crítica de una determinada norma. Lo que se propugna, en definitiva, es la sustitución del Derecho establecido por otro que se considera más justo. Como dice Engisch se puede hablar de «una laguna desde el punto de vista de un futuro Derecho mejor (*de lege ferenda*), pero no de una laguna verdadera (*de lege lata*). Una laguna *de lege ferenda*, puede dar pie para

69. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 200-201.

70. ZIPPELIUS, R., *Einführung in die juristische Methodenlehre*, Munich, 1971, C. H. Beck (2. ed.); este autor habla de dos clases de lagunas: *Formulierungslücken* y *Wertungslücken*, p. 64.

71. MOOR, G.: «Sulla questione delle lacune nel diritto», cit., p. 321.

72. *Ibidem*, p. 323.

una reforma del Derecho por parte del legislador, pero no para que el juez la llene. El llenar una laguna por vía judicial presupone siempre una laguna *de lege lata*⁷³. En consecuencia, aunque en el lenguaje jurídico se emplee el término laguna⁷⁴ para designar la injusticia de una determinada regulación debe señalarse que tal uso es impropio. Pero ello no debe llevarnos a la conclusión de que cuando se afirma que hay una laguna se esté criticando el Derecho vigente. Ya se ha dicho que las lagunas tienen una existencia objetiva; lo único que pretendemos es precisar, en la medida de lo posible, sus justos límites. Al igual que ocurría con las lagunas de colisión en el caso de las lagunas axiológicas tampoco se puede hablar en el sentido estricto de lagunas porque no se produce, en modo alguno, una ausencia de regulación, antes al contrario, hay una norma expresa que regula la situación planteada; lo único que sucede es que tal regulación es tenida por insatisfactoria por el sujeto que va a aplicar el Derecho.

Acabo de hacer una descripción de los distintos casos en los que no cabe hablar de lagunas. Ahora debo referirme a las lagunas auténticas o verdaderas, esto es, a aquellas situaciones en las que el ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta concreta. La clasificación que propongo no tiene la pretensión de ser exhaustiva; se trata simplemente de ofrecer los tipos de lagunas que suelen aparecer con más frecuencia en los distintos ordenamientos jurídicos. Advierto desde ahora que no concedo demasiada importancia a la cuestión terminológica ya que cada autor suele utilizar denominaciones diferentes pero, en general, todas ellas pueden reconducirse a una significación precisa⁷⁵.

En primer lugar, hay que hablar de lagunas primarias y secundarias. Las primarias son aquellas que existen desde el momento en que aparece una regulación normativa, es decir, en la previsión hecha por el legislador respecto de un determinado asunto se ha producido un olvido que luego se constata en el proceso de aplicación del Derecho. Por tanto, se puede afirmar que en las lagunas primarias la regulación efectuada por el legislador es defectuosa o insuficiente desde el principio porque ha omitido referirse a un caso o a una circunstancia que tiene relevancia jurídica. Las lagunas secundarias son, por el contrario, aquellas que se originan con posterioridad al nacimiento de la regulación de que se trate como consecuencia de una alteración de las circunstancias. Habitualmente tales lagunas aparecen cuando se producen progresos técnicos y que éstos posibilitan la creación de nuevas situaciones o nuevas figuras que no pudieron ser previstas. Como dice Engisch «esto es aplicable, tanto al cambio de valoraciones como al cambio de circunstancias de hecho con respecto al objeto de la regulación; no pocas veces se producen lagunas en la regulación jurídica *a posteriori* cuando debido a fenómenos económicos (inflación) o progresos técnicos (avión, cine, discos, radiotelefonía, televisión, cirugía de cerebro, fecundación artificial) se plantean problemas jurídicos para

73. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 180.

74. Vid. BOBBIO: «Lacune del diritto», cit., p. 422 y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 157 y ss.

75. Sobre los distintos nombres que se dan a las lagunas vid. especialmente CANARIS, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, cit., p. 129 y ss.

los que la regulación existente hasta ese momento no proporciona ninguna solución satisfactoria»⁷⁶. Dentro de las lagunas secundarias se podría hacer una subdivisión entre aquellas que «nacen de una modificación de las relaciones de hecho y en particular de progresos técnicos y las que resultan de modificaciones de valor»⁷⁷, es decir, cuando se produce un cambio de valoraciones sociales. Las lagunas secundarias o sobrevenidas suelen producirse en aquellos períodos en los que tienen lugar grandes transformaciones. Por ejemplo, en el momento actual no cabe duda que tales lagunas son relativamente frecuentes. Pensemos en los avances de la medicina, las comunicaciones o la informática y podremos hacernos una idea de los nuevos y múltiples problemas jurídicos que tales avances plantean. Para clasificar las lagunas en primarias y secundarias se utiliza un criterio temporal, pero podrá observarse que ambas entran dentro del concepto de laguna que se ofreció al principio, porque en los dos casos nos encontramos ante una ausencia de regulación.

También se puede hablar de lagunas voluntarias e involuntarias aunque en el primer caso en un sentido impropio. Este tipo de lagunas dependería de la voluntad del legislador. Las lagunas involuntarias no plantean ningún tipo de problemas: se trata simplemente de un fallo o un olvido por parte del legislador ya que omite una regulación para un caso determinado o un grupo de casos. Por ejemplo, las lagunas secundarias son siempre involuntarias porque sólo aparecen después de haberse establecido una determinada legislación. Las lagunas voluntarias, por el contrario, no son auténticas lagunas —al menos en determinadas ocasiones— porque lo que sucede en este caso es que el legislador ante la imposibilidad de establecer reglas particulares y minuciosas formula una norma dejando un amplio margen de libertad al juez para que éste determine caso por caso las previsiones genéricas del legislador. Engisch también es partidario de esta posición al afirmar que no se puede hablar de lagunas «cuando el legislador, mediante conceptos normativos indeterminados o cláusulas generales (o cláusulas de interpretación libre), concede un amplio margen a la decisión. Pues aquí tenemos sólo un ‘relajamiento’ que pretende obtener un ajuste de la decisión a las circunstancias especiales del caso concreto y a las cambiantes concepciones de la comunidad jurídica»⁷⁸. Digo que en tales casos no hay lagunas porque el juez lo que hace es desarrollar una actividad interpretativa pero no de integración. Distinguir teóricamente la interpretación y la integración no plantea especiales problemas, pero, en la práctica, sí puede decirse que hay muchas situaciones en las que es difícil establecer los límites entre la actividad interpretativa y la actividad integradora. De cualquier modo, y a los efectos de conseguir claridad, sólo hablaremos de lagunas allí donde la interpretación no sea suficiente para la resolución de los problemas jurídicos.

Por último, se puede distinguir entre lagunas *praeter legem* e *intra legem* (o lagunas técnicas). En realidad se trata de las dos caras de una

76. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 180.

77. KLUG, U.: «Observations sur le problème des lacunes en droit», cit., p. 98.

78. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 175.

misma moneda. Las lagunas *praeter legem* aparecen cuando nos encontramos ante normas particulares que, precisamente, por eso, no pueden comprender todos los casos posibles. Hay, por tanto, situaciones que quedan fuera de la norma particular. Las lagunas *intra legem* o lagunas técnicas tienen lugar cuando la norma está formulada de un modo más general y aunque regule la situación no lo hace de una forma completa, es decir, existe una norma que se refiere a una situación determinada y que pretende la consecución de un determinado fin pero en dicha norma no se establecen los medios necesarios para llegar a tal fin. Podría decirse que la norma es incompleta porque no establece el camino para alcanzar las consecuencias queridas. En este caso se trata de completar una norma ya existente mientras que en las lagunas *praeter legem* es necesario crear una norma nueva distinta de la que aparece expresada. Como ha dicho Meier-Hayoz «la diferencia entre ambos tipos de laguna está en que en las lagunas *praeter legem* el juez que tiene que hallar la decisión se encuentra solo, desde el principio, mientras que en las lagunas *intra legem* el legislador guía al juez al menos durante una parte del camino»⁷⁹. En estos dos tipos de lagunas también nos encontramos ante una ausencia de regulación con la única diferencia de que en un caso tal ausencia es total, mientras que en el otro es tan sólo parcial. Creo que las otras clases de lagunas de las que se habla, por ejemplo, formales y materiales⁸⁰, subjetivas y objetivas⁸¹, manifiestas y ocultas⁸², normativas y de regulación⁸³, etc., pueden ser incluidas en la clasificación que he realizado, bien como subtipos de las clases aludidas o bien como variaciones terminológicas que se refieren a una misma realidad.

5. La constatación de las lagunas: métodos para su eliminación

Ya hemos visto en qué consisten las lagunas y cuáles son las distintas modalidades en que se pueden presentar. A continuación, vamos a analizar el camino que se sigue para descubrir una laguna y, caso de que ésta aparezca, a través de qué medios es posible su eliminación. Antes de proseguir, hay que hacer una advertencia importante que tiene relación con el objeto de nuestra investigación. Cuando se habla de la constatación de lagunas siempre se está pensando en el proceso de aplicación del Derecho, pero es evidente que la existencia de una laguna puede ser advertida antes de que entren en juego los mecanismos de aplicación del Derecho. Los juristas que no aplican normas jurídicas pueden detectar vacíos o insuficiencias en una determinada regulación y proponer soluciones para resolver el problema. Ahora bien, es en el proceso de aplicación donde la presencia de las lagunas adquiere una singular relevancia porque su eliminación es competencia exclusiva de los órganos encargados de tomar la decisión jurídica. Por esta razón, todo lo que se diga a continuación se

79. MEIER-HAYOZ, A.: «Lücken intra legem», *cit.*, p. 158.

80. *Idem*, *Der Richter als Gesetzgeber*, *cit.*, pp. 60 y ss.

81. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *cit.*, p. 163.

82. LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, *cit.*, p. 360.

83. *Ibidem*, pp. 365 y ss.

hará pensando en la actividad que desarrollan los sujetos que aplican el Derecho.

La primera pregunta que hay que formularse es la de ¿cómo se constata una laguna? Creo que hay que partir de una consideración elemental y es la siguiente: la laguna suele aparecer como un defecto o un fallo del legislador y, por eso, debe considerarse una situación excepcional o, cuando menos, poco frecuente. En efecto, lo normal es que las situaciones que se plantean en la práctica puedan ser resueltas acudiendo a las reglas expresas que forman parte del sistema. Tales reglas, a pesar de su generalidad, suelen reproducir un elenco variado de hipótesis que se corresponden más o menos con los casos reales y aunque siempre es necesaria la actividad interpretativa por parte del juez, éste puede llegar a la decisión sin que se presenten dificultades especiales. No sucede lo mismo cuando aparece una laguna porque en este caso las operaciones que debe realizar el sujeto que busca la decisión jurídica son más complejas. Y lo son porque es necesario un examen más profundo del propio sistema jurídico en el que se insertará la decisión. Voy a tratar de hacer una descripción de los pasos que debe dar el juez para verificar la existencia de una laguna. No obstante, quisiera advertir que tal descripción no tiene la pretensión de indicar cómo se desarrolla en el tiempo —paso a paso— el proceso mental que realiza el juez, entre otras razones porque una empresa de este tipo estaría destinada al fracaso más absoluto. Hecha esta aclaración, por lo demás necesaria, examinemos el camino que sigue el juez.

Ante un caso concreto lo primero que debe hacer el juez es comprobar si dentro del ordenamiento jurídico hay una norma que se refiera al caso en cuestión. Si llega a la conclusión de que no hay ninguna norma es indiscutible que tiene que realizar un juicio de valor que se proyecta tanto sobre las normas como sobre los hechos. Ya lo dijimos en otro lugar: la afirmación de que la situación planteada no reproduce ninguna de las hipótesis previstas en las normas requiere inevitablemente la formulación de un juicio de valor. La apreciación que realiza el juez se refiere tanto a las normas como a las circunstancias de hecho. En primer lugar, debe demostrar que ninguna de las normas del sistema jurídico proporciona una respuesta; naturalmente, no se quiere decir que el juez deba examinar una a una todas las reglas del ordenamiento, sino que su visión debe proyectarse sobre el orden jurídico considerado como un todo⁸⁴. En segundo lugar, también debe demostrar o, mejor dicho, debe estar convencido de que los hechos que se le presentan no pueden encajar en ninguna hipótesis normativa debido a su singularidad, o bien por tratarse de un supuesto fáctico completamente nuevo. No cabe duda que para realizar estas operaciones el juez tiene que efectuar valoraciones; sin embargo, tales valoraciones no se refieren nunca al contenido de la norma en el sentido de calificarla como justa o injusta. Me parece que la constatación

84. En parecidos términos se expresa CANARIS: «*Es ist also die Rechtsordnung als Ganzes, die dem Richter als Bewertungsmaßstab für die Feststellung einer Lücke dient*», *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, cit., p. 38.

de una laguna no implica la crítica negativa respecto de una norma o un conjunto de normas; solamente pone de manifiesto una carencia o un defecto del ordenamiento jurídico.

Para constatar una laguna en un caso concreto el juez puede disponer de una serie de criterios que le orienten en su actividad. Es cierto que, en algunas ocasiones, su tarea no es especialmente complicada; esto sucede, por ejemplo, en el caso de las lagunas secundarias o sobrevenidas. Aquí la constatación de la laguna no es muy difícil porque su origen se debe al nacimiento de nuevos hechos que no pueden estar contemplados en el sistema normativo. Pero en la mayoría de los casos es necesario un examen detallado de todas las circunstancias y reglas jurídicas para determinar la existencia de la laguna. Por otra parte, no se puede olvidar que los límites entre la actividad interpretativa y la actividad integradora son muy imprecisos en algunos momentos. Sobre este punto no puede decirse que exista acuerdo en la doctrina y de hecho hay casos en los que unos consideran que únicamente se interpretan normas mientras otros afirman que se colman lagunas. A mi juicio, es necesario analizar caso por caso para manifestarse en uno u otro sentido y aun así es difícil —por no decir imposible— realizar afirmaciones absolutas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que son los propios tribunales los que determinan con exactitud si están colmando una laguna o si, por el contrario, se mueven en un ámbito puramente interpretativo⁸⁵. He hablado hasta ahora de la constatación y eliminación de las lagunas como si se tratase de dos momentos sucesivos que están distanciados en el tiempo de manera que la primera operación que debe realizarse es constatar la laguna y luego eliminarla a través de un determinado procedimiento. Teóricamente esta división temporal no plantea mayores problemas pero en la práctica no sucede lo mismo ya que, en ocasiones, la constatación y eliminación de una laguna se produce al mismo tiempo. Canaris se ha referido a esta posibilidad ofreciendo una serie de ejemplos en los que puede suceder que una laguna sea constatada y al mismo tiempo colmada⁸⁶. Por ejemplo, en determinados casos la analogía no sólo es un medio para colmar lagunas sino que también sirve para su constatación. Parece claro que si tal coincidencia se produce no es posible hablar de dos momentos diferentes. Sea como fuere, lo decisivo es que la laguna desaparezca cuanto antes del orden jurídico. Y la pregunta surge inmediatamente: ¿cómo puede ser ello posible? ¿cuáles son las alternativas que existen y qué métodos se pueden utilizar?

Hoy no se discute que la aplicación del Derecho implica siempre y en todo caso una actividad creadora. Si esto sucede normalmente cuando se interpretan las normas con mucha más razón se producirá en el caso de las

85. Sobre la constatación de lagunas y su eliminación en el caso de nuestro Tribunal Constitucional, *vid.* EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Bilbao, 1987, Instituto vasco de administración pública, especialmente, pp. 35-90. En este libro se recogen y analizan gran cantidad de ejemplos. Sobre el mismo tema, CANARIS, C. W.: «De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand», *cit.*, pp. 167 y ss. Del mismo autor, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, *cit.*, pp. 144 y ss.

86. CANARIS, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, *cit.*, pp. 148 y ss., donde se citan ejemplos extraídos del código civil alemán y se señalan distintos criterios para la constatación de lagunas.

lagunas ya que aquí es necesaria la creación de una norma jurídica nueva e individual que desde ese momento pasa a formar parte del sistema. ¿Cómo se produce o cómo debe producirse el nacimiento de esta nueva norma? Heck, a principios de siglo, reducía a tres las posibles alternativas: «es perfectamente imaginable la complementación de las lagunas de la ley mediante la *libre estimación* del juez, mediante la creación plenamente libre de la norma jurídica... La segunda alternativa consistiría en que el juez negara toda pretensión no soportada por un precepto legal determinado. En esta solución *se ignora el problema de las lagunas de la ley*. La tercera forma, la de la *complementación coherente de la norma*, no limita al juez a la realización de la norma reconocida, sino que le permite complementar o suplir las normas insuficientes y dar a las imprecisas la determinación de que carecen. No obstante, al hacerlo no debe proceder según sus propias valoraciones, sino que tiene que estar vinculado por las intenciones del legislador, por la valoración de los ideales e intereses vitales que están en el fondo de la norma legal. Por este camino puede posibilitarse un tratamiento adecuado de los casos de lagunas sin poner en peligro la seguridad jurídica. El efecto de las valoraciones legales en la complementación de lagunas asegura hasta cierto punto la uniformidad del tratamiento. Por lo demás, es imposible conseguir una eliminación plena del factor individual de la valoración personal del juez»⁸⁷. Hasta aquí las palabras de Heck. Como se ve este autor opta por la tercera alternativa, esto es, la de la complementación coherente de la norma que soluciona el problema de las lagunas y evita los peligros de la libre estimación del juez⁸⁸. Ciertamente es difícil realizar una elección pero, desde mi punto de vista, cuando el juez colma una laguna goza de un amplísimo margen de libertad. Es verdad que los ordenamientos jurídicos suelen establecer directrices para llevar a cabo las tareas de interpretación e integración pero, en última instancia, es al juez al que le corresponde la creación de una norma nueva que solucione el problema y no cabe duda que las orientaciones que le proporciona el legislador son totalmente insuficientes como consecuencia de la indeterminación del lenguaje jurídico⁸⁹. Esto es algo que se puede comprobar analizando las fórmulas de integración que utilizan los distintos sistemas jurídicos. En todos ellos está presente la idea de que todas las previsiones genéricas que se contienen en los mismos no pueden abarcar la rica y compleja realidad y, por esta razón, habilitan al juez para que éste complete allí donde sea necesario.

Pasemos a examinar los distintos métodos que existen para colmar las lagunas. Siguiendo la clásica distinción de Carnelutti⁹⁰ se puede hablar de dos modos de solucionar las lagunas: la autointegración y la heterointegración. La diferencia entre ambos radica en que en el primer caso se suple

87. HECK, PH.: *El problema de la creación del Derecho*, Barcelona, 1961, Ariel, trad. de M. Entenza, pp. 40-42.

88. Heck critica abiertamente la doctrina de Ehrlich por considerarla peligrosa y de imposible realización práctica, *ibidem*, pp. 64 y ss.

89. Sobre la noción de las nociones confusas *vid.* PERELMAN, CH.: «L'usage et l'abus des notions confuses», en *Logique et Analyse*, núm. 81, publicación del *Centre National des Recherches de Logique*.

90. CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del diritto*, *cit.*, pp. 86 y ss.

la laguna permaneciendo siempre dentro del propio ordenamiento jurídico mientras que en el segundo se recurre a otros ordenamientos o a otros criterios que son extraños al mismo⁹¹. Por consiguiente, la diferencia fundamental entre ambos métodos está en el origen de la solución: en la autointegración la solución viene de dentro del sistema mientras que en la heterointegración su procedencia es externa. Las consecuencias de la utilización de uno u otro métodos son aparentemente contradictorias pero en la práctica no hay tantas diferencias. Carnelutti lo señalaba acertadamente: «Así colocados sobre el terreno de la lógica, la autointegración y la heterointegración son los dos extremos de una antítesis: la primera es una solución rígida; la segunda una solución flexible; la primera favorece la conservación, la segunda la evolución del Derecho; la primera coloca a las partes frente al legislador, la segunda frente al juez; la primera somete la justicia a la certeza, la segunda hace prevalecer la justicia sobre la certeza; la primera se resuelve mediante la formación de preceptos abstractos, la segunda mediante la formación de preceptos concretos. Sin embargo, en la realidad, también esta distinción se acorta bastante»⁹². Naturalmente, recurrir a uno u otro método es algo que no se puede determinar *a priori* siendo necesario hallarse frente al caso concreto para decidir qué camino se elige. Dentro del método de la autointegración se suele hacer referencia a la analogía y a los principios generales del Derecho. Por otra parte, los medios típicos de la heterointegración son el recurso al Derecho natural y a la equidad⁹³.

No es mi intención analizar pormenorizadamente cada uno de estos procedimientos porque ello excedería con mucho los límites del presente trabajo. Además, la literatura respecto de este tema es tan abundante que nada o casi nada podría aportar lo que aquí se dijese. En consecuencia me limitaré a exponer algunas ideas de carácter muy general. Puede decirse que la autointegración, esto es, el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho es mucho más frecuente que la heterointegración, entre otras razones, porque en todos los ordenamientos subsiste la pretensión de dar respuesta a todos los problemas jurídicos sin necesidad de acudir a instancias que se encuentren fuera del mismo. La idea de seguridad y el control de aquellos sujetos que aplican el Derecho sigue teniendo una fuerza de atracción considerable, lo cual no es extraño si se piensa en cuáles son los ideales que presiden toda regulación normativa. Aunque la autointegración suponga el reconocimiento de que hay situaciones que escapan a la previsión del legislador (esto es, que hay lagunas), queda por lo menos el consuelo de comprobar que la solución del caso viene proporcionada, en última instancia, por una norma del sistema. Pensemos, por ejemplo, en la analogía; es cierto que el juez debe valorar y tiene que apreciar la «identidad de razón» existente entre el supuesto regulado por

91. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 166.

92. CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del diritto*, cit., p. 91.

93. Aquí sólo se hablará de heterointegración cuando la solución tenga su origen fuera del ordenamiento. Por consiguiente, la costumbre no sería un medio de heterointegración. En sentido contrario, Bobbio y Carnelutti en las obras citadas anteriormente.

la norma y el supuesto que la norma no contempla pero, una vez establecida tal identidad, se aplica una norma que forma parte del ordenamiento jurídico. Lo mismo podría decirse respecto de los principios generales del Derecho.

Por el contrario, si se recurre a la heterointegración la respuesta ya no viene dada por el ordenamiento con lo cual el control de la decisión se hace mucho más difícil. Uno de los procedimientos característicos de la heterointegración ha sido el recurso al Derecho natural. Dice Bobbio que «el tradicional método de heterointegración mediante el recurso a otros ordenamientos consistía en la obligación hecha al juez, de recurrir en caso de laguna del Derecho positivo, al Derecho natural. Una de las funciones constantes del Derecho natural fue la de colmar las lagunas del Derecho positivo. El Derecho natural aparecía como un sistema jurídico perfecto, sobre el cual reposaba el ordenamiento positivo que era por su naturaleza imperfecto»⁹⁴. En la actualidad ningún ordenamiento reconoce esta posibilidad de acudir al Derecho natural y hay muchas razones para ello. «El último residuo de esta doctrina es el artículo 7 del código civil austriaco de 1812 en el cual el juez debe recurrir a los principios del Derecho natural (*natürliche Rechtsgrundsätze*)»⁹⁵. De cualquier modo, aunque no se apele al Derecho natural —por lo impreciso y equívoco del término— sí se recurre en ocasiones a otro tipo de expresiones igualmente vagas como «naturaleza de las cosas» o «lo razonable». Por ejemplo, lo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional⁹⁶. El otro medio típico de heterointegración es el recurso a la equidad. En los sistemas anglosajones se reconoce abiertamente el poder creador del juez; sin embargo en los sistemas de Derecho continental tal posibilidad no está reconocida con la única excepción de los llamados juicios de equidad que tienen un carácter excepcional y, que, por tanto, es un recurso extraordinario que sólo puede utilizarse en contadas ocasiones.

94. BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 167.

95. *Ibidem*.

96. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit., p. 44.