

I

**ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

Lagunas constitucionales

Constitutional Gaps

Por JOSEP AGUILÓ REGLA*
Universidad de Alicante

RESUMEN

El texto trata de desentrañar la cuestión de las lagunas constitucionales, mostrando las semejanzas y diferencias con las lagunas legales (tesis del defecto y tesis del desbordamiento). Se centra también en los ajustes que el constitucionalismo jurídico (la teoría del Derecho adaptada al Estado constitucional) debe hacer en relación con la concepción positivista de las lagunas.

Palabras clave: *Laguna constitucional, laguna jurídica, constitucionalismo jurídico, postpositivismo, método jurídico, argumentación jurídica.*

ABSTRACT

The article tries to unravel the question of constitutional gaps, showing the similarities and differences with the legal gaps (thesis of defect and thesis of overflow). It also focuses on the adjustments that legal constitutionalism

* ORCID: 0000-0002-8560-8802. Agradezco a Manuel Atienza, Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Álvaro Nuñez, Danny Cevallos, Hector Alejandro Morales Zuniga y Betzabé Marciani los comentarios, sugerencias y correcciones que han formulado al presente texto.

(the theory of law adapted to the constitutional state) must make in relation to the positivistic conception of legal gaps.

Keywords: Constitutional gap, legal gap, legal constitutionalism, postpositivism, legal method, legal argumentation.

En memoria de Miquel Dols Roca

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LAGUNAS CULTURALES, LAGUNAS CONSTITUCIONALES Y LAGUNAS LEGALES. – 2. EJEMPLOS DE USOS NO EXTRAVAGANTES DE LA EXPRESIÓN «LAGUNA CONSTITUCIONAL». – 3. LA TEORÍA DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS: LAGUNAS NORMATIVAS, LAGUNAS AXIOLÓGICAS Y LAGUNAS DE RECONOCIMIENTO. – 4. ¿LAGUNAS CONSTITUCIONALES? – 5. ESTADO CONSTITUCIONAL Y LAGUNAS JURÍDICAS: «DARSE UNA CONSTITUCIÓN», «TENER UNA CONSTITUCIÓN» Y «PRACTICAR UNA CONSTITUCIÓN». – 6. DE NUEVO SOBRE LOS EJEMPLOS DE USOS NO EXTRAVAGANTES DE «LAGUNA CONSTITUCIONAL». – 7. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: CULTURAL GAPS, CONSTITUTIONAL GAPS AND LEGAL GAPS. – 2. SOME NON-EXTRAVAGANT EXAMPLES OF «CONSTITUTIONAL GAPS». – 3. THE THEORY OF LEGAL GAPS: NORMATIVE GAPS, AXIOLOGICAL GAPS AND RECOGNITION GAPS. – 4. CONSTITUTIONAL GAPS? – 5. CONSTITUTIONAL STATE AND LEGAL GAPS: «ENACTING A CONSTITUTION», «HAVING A CONSTITUTION» AND «PRACTICING A CONSTITUTION». – 6. BACK TO THE NON-EXTRAVAGANT EXAMPLES OF «CONSTITUTIONAL GAPS». – 7. SOME CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN: LAGUNAS CULTURALES, LAGUNAS CONSTITUCIONALES Y LAGUNAS LEGALES

Tras enunciar el significado natural de «laguna» (1. «Depósito natural de agua...»), el DRAE distingue otros cuatro sentidos vinculados a entidades culturales: 2. «En los manuscritos o impresos, omisión o hueco en que se dejó de poner algo o en que algo ha desaparecido por la acción del tiempo o por otra causa»; 3. «Defecto, vacío o solución de continuidad en un conjunto o una serie»; 4. «Carencia en la formación intelectual de una persona»; 5. «Olvido o fallo de la memoria». Y el propio diccionario del español jurídico (dependiente de la RAE y del CGPJ) define «laguna legal» o «laguna normativa» como «inexistencia de regulación para un supuesto de hecho, que no ha sido contemplado por el ordenamiento jurídico».

Tenemos, pues, un sentido natural de laguna y cinco sentidos culturales, donde uno de ellos es específicamente jurídico. Si

reparamos en los sustantivos utilizados en las definiciones de los sentidos culturales (omisión, hueco, defecto, vacío, carencia, olvido, fallo, inexistencia) es fácil percatarse de que todos apuntan a la idea de que falta algo que debería estar; es decir, a la idea de defecto o carencia. Si esto es así, parece claro que no puede haber lagunas que sean buenas o positivas, lagunas que no supongan un defecto.

Pero, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de lagunas constitucionales? A primera vista, parecería que la expresión «laguna constitucional» debería adquirir su sentido a partir de su pertenencia al género «laguna jurídica» y de su oposición a la especie «laguna legal»; y aproximadamente así voy a estipularlo al final del trabajo. Sin embargo, hay un uso muy extendido que supone tratar las expresiones «laguna jurídica», «laguna legal» y «laguna normativa» como sinónimas, como intercambiables. Pero, además, ocurre que la expresión «lagunas constitucionales» es ambigua y puede aludir a dos situaciones que, en principio, parecen bien diferentes entre sí. Una es «lagunas del texto constitucional» y, otra, «lagunas jurídicas que son el resultado de una falta de desarrollo constitucional» (o del incumplimiento del «deber ser» constitucional o, dicho en términos más políticos, de las «promesas constitucionales»). Más allá de esta ambigüedad, empezaré estudiando únicamente las «lagunas del texto constitucional»; las otras, las «lagunas jurídicas por incumplimiento del deber ser constitucional», aparecerán más adelante y se explicarán como un desarrollo natural del análisis que haremos del primer sentido.

En relación con «lagunas del texto constitucional» trataré de defender dos tesis: la tesis del desbordamiento y la tesis del defecto. La tesis del desbordamiento sostiene que el uso que se hace de la expresión «laguna constitucional» desborda el concepto de «laguna legal» porque con frecuencia alude a casos que están más próximos a los sentidos meramente culturales de laguna que al sentido estrictamente jurídico recién enunciado y que, más adelante, será retomado. Pero, por otro lado, esos usos de la expresión «laguna constitucional» tendrán que compartir con todas las nociones culturales de laguna la propiedad de constituir un defecto o una carencia (tesis del defecto). Esto es importante porque nos encontraremos con ausencias de normas constitucionales que en apariencia podrían constituir una laguna constitucional, pero que en realidad no pueden ser consideradas tales porque lejos de suponer un defecto de la constitución, supondrán un acierto de la misma. Por tanto, no toda ausencia de norma que en principio «merecería» estar en la constitución, constituirá una laguna constitucional.

Estas dos tesis relativas a las «lagunas constitucionales» me permitirán, a su vez, ilustrar otras dos tesis de teoría jurídica de la constitución sobre las que vengo insistiendo desde hace tiempo. La primera es la tesis de la diferencia entre «interpretación de la ley» e

«interpretación de la constitución»; tesis que tiene como corolario la máxima de que lo que es virtud en la ley puede ser vicio en la constitución y, a la inversa, lo que es vicio en la ley puede ser virtud en la constitución. La segunda tesis es la de que una buena teoría jurídica de la constitución debe ser capaz de distinguir y dotar de sentido a tres perspectivas (o momentos) diferentes a la hora de considerar una constitución: «darse una constitución», «tener una constitución» y «practicar una constitución»¹. Si bien se considera, esta última tesis está muy emparentada con la anterior, pues la diferencia interpretativa entre constitución y ley tiene mucho que ver con la diferencia entre la «dinámica rígida de la constitución» y la «dinámica flexible de la legislación».

En cualquier caso, antes de empezar quisiera pedirle al lector dos cosas: la primera, algo de paciencia (pues nada va a resultar claro de manera inmediata); y la segunda, que se deje llevar (pues hay mucho que construir y se va a generar un cierto vaivén).

2. EJEMPLOS DE USOS NO EXTRAVAGANTES DE LA EXPRESIÓN «LAGUNA CONSTITUCIONAL»

Empecemos mostrando algunos ejemplos de usos reales o potenciales de la expresión «laguna constitucional». Todos los ejemplos están tomados de la Constitución española, pero lo que se va a decir es perfectamente trasladable a otros órdenes constitucionales. En consecuencia, estas ilustraciones pretenden tener un alcance general, no meramente idiosincrásico.

a) Andrés Ollero (Magistrado del Tribunal Constitucional español): «La Constitución tiene muchas lagunas, pero nadie quiere “abrir el melón” de reformarla [...] Por ejemplo, el texto no especifica cuáles son las Comunidades Autónomas existentes en España...»².

b) Manuel Atienza (catedrático de filosofía del Derecho): «[...] lo que sí sería importante es establecer una cláusula que fijara con precisión (lo que no hace la actual Constitución) cuáles son las com-

¹ Véanse respectivamente AGUILÓ REGLA, J., «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012; y AGUILÓ REGLA, J., «Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución», en *Isonomía*, núm. 28, 2008.

² Entrevista a Andrés Ollero por José Antonio Muñoz, en *Ideal*, Granada, 24 de junio de 2019.

petencias [no transferibles] del Estado»³. Y en la exposición oral de este texto, Atienza recurrió a la expresión «laguna de la Constitución»⁴.

c) El texto constitucional nada dice del aborto. ¿Es el aborto un caso de laguna constitucional?

d) Artículo 117.1: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». El artículo no menciona la imparcialidad judicial ¿significa ello que el legislador puede disponer del principio de imparcialidad judicial? ¿Es la imparcialidad judicial una laguna constitucional?

e) La Constitución no reconoce el derecho a la protección de los datos personales, aunque todo el mundo parece asumir que es un derecho derivado del derecho a la intimidad (art. 18.1). ¿Estamos ante una laguna constitucional?

f) Artículo 99.5: «Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso». ¿Y si no hubiera primera votación de investidura porque nadie se presentara como candidato a la presidencia, ¿cuándo empezaría a contar el plazo de dos meses? ¿Se trata de una laguna constitucional?

g) El apartado 1 del art. 3 establece que «el castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla»; y el apartado 2, «las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos». ¿Puede un Estatuto de Autonomía establecer el deber de conocer la lengua propia? ¿Y la prunción de conocimiento de la misma?

h) El artículo 15 prohíbe «las penas y los tratos inhumanos o degradantes». ¿Obligar a vestir un uniforme de preso es un trato degradante?

Todo lo anterior no es más que un pequeño muestrario de situaciones jurídicas respecto de las cuales se recurre (o se puede recurrir) a la expresión «laguna constitucional» sin caer en la extravagancia. ¿Es acertado este recurso? ¿Presenta peculiaridades respecto de la idea de «laguna legal»? Una cosa es evidente: todos los ejemplos aluden a algo que no está en la Constitución; lo que es dudoso es si algunas de esas ausencias pueden considerarse un defecto y/o una carencia. Pero

³ El apartado 2 del artículo 150 formula de manera muy vaga el límite a la transferibilidad de las materias; dice así: «El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación».

⁴ ATIENZA, M., «En el 40 aniversario de la Constitución española», en <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2018/12/en-el-40-aniversario-de-la-constitucion.html>

no nos adelantemos y tratemos de precisar el concepto de laguna jurídica (o laguna legal) y de presentar algunas distinciones que parecen imprescindibles en el tratamiento de las lagunas.

3. LA TEORÍA DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS: LAGUNAS NORMATIVAS, LAGUNAS AXIOLÓGICAS Y LAGUNAS DE RECONOCIMIENTO

La teoría del Derecho ha construido el concepto de laguna legal (o jurídica) a partir de otros dos conceptos más básicos: el de norma jurídica (en el sentido de regla) y el de sistema jurídico (en el sentido de conjunto de normas jurídicas). Simplificando mucho las cosas, puede decirse que una norma jurídica (una regla) es un enunciado normativo que correlaciona un caso (o supuesto de hecho) con una solución normativa (una conducta calificada como obligatoria, prohibida o permitida)⁵. Es decir, un enunciado que adoptaría una estructura condicional semejante a esta: si se dan las propiedades a, b y c (caso), entonces prohibido/obligatorio/permitido realizar la acción p (solución normativa). La noción de sistema jurídico es la de conjunto ordenado de enunciados jurídicos; simplificando nuevamente podemos reducirlo a un conjunto ordenado de reglas como las anteriores.

Atendiendo a estas dos restricciones conceptuales es fácil entender a qué se refería el diccionario jurídico cuando definía «laguna legal o normativa» como inexistencia de regulación para un supuesto de hecho. Ahora bien, ha habido autores, como Kelsen, que han sostenido que en el Derecho no podía haber lagunas porque todo sistema jurídico incluía una regla de clausura que establecía que «todo lo que no está prohibido está permitido»⁶. Este argumento fue criticado de manera definitiva por Alchourrón y Bulygin al mostrar que esa regla de clausura era contingente, no necesaria; y que allí donde no había sido positivamente establecida podía perfectamente haber lagunas jurídicas. Sea

⁵ Cfr. ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974. Siempre he usado con pequeños ajustes la rica tipología de enunciados jurídicos debida a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (*Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996); en consecuencia, resulta evidente la simplificación operada: los diferentes tipos de normas regulativas han quedado reducidos a las «reglas de acción».

⁶ Escribe KELSEN, «Lo esencial de esta argumentación [la de que hay lagunas] reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente en este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido [regla de clausura]», KELSEN, H., *La teoría pura del derecho* (trad. de R. Vernengo), UNAM-Porrúa, México, 1991 8.^a reimpresión), p. 255.

como fuere, para empezar a abordar la cuestión voy a guiarme por la distinción entre lagunas normativas, lagunas axiológicas y lagunas de reconocimiento trazada por Alchourrón y Bulygin⁷, aunque iré marcando las distancias respecto de la misma.

La idea de laguna normativa está asociada a la de defecto lógico del sistema jurídico, pues supone un atentado contra el ideal racional de completitud (o plenitud) de los sistemas de enunciados (en nuestro caso, de los sistemas jurídicos). Y así, decimos que en un sistema jurídico hay una laguna normativa cuando nos encontramos con un caso (un conjunto de propiedades previstas por el propio sistema jurídico) que no tiene asociado una solución normativa, una respuesta jurídica. Propiedades previstas, combinación de propiedades no prevista y ausencia de respuesta jurídica son, pues, los elementos esenciales de las lagunas normativas. Por ello, constituyen –se dice– un defecto lógico del sistema jurídico. En definitiva, no hay regla aplicable al caso (las reglas del sistema resultan, en este sentido, infraincluyentes en relación con el caso) y, en general, suele decirse que hay que proceder a la «ampliación analógica» de las reglas existentes para poder resolver el problema jurídico que suponen.

Distinta es la noción de laguna axiológica, pues apunta en una dirección diferente. Las lagunas axiológicas están asociadas a la idea de defecto valorativo del sistema jurídico y, en este sentido, suponen un atentado contra el ideal racional de justicia de los sistemas jurídicos⁸. Un sistema jurídico contiene una laguna axiológica cuando el sistema de reglas resuelve un caso, pero lo hace ignorando una propiedad relevante que apuntaría a una solución correcta diferente de la prevista por la regla. Las lagunas axiológicas son el resultado de que las reglas, en ocasiones, resultan sobreincluyentes; abarcan más de lo que justificadamente («en justicia») deberían abarcar. En resumen: hay regla aplicable al caso, pero el caso presenta una propiedad que justificaría («merecería») una respuesta diferente a la dada por la regla. Estas lagunas están emparentadas tanto con las «viejas» cuestiones de la equidad y de la formulación de excepciones a las reglas como con la «muy actual» de la derrotabilidad de las reglas.

Las lagunas de reconocimiento apuntan a la idea de defecto del sistema jurídico por falta de claridad semántica de las reglas; atentan, pues, contra la precisión del lenguaje de las reglas jurídicas y el ideal racional de la seguridad jurídica. Un sistema jurídico contiene una

⁷ ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974. Su distinción incluye además las llamadas «lagunas de conocimiento», pero para los fines de nuestro análisis es un tipo perfectamente prescindible. Más adelante propondré prescindir también de la noción de laguna de reconocimiento.

⁸ Esta última afirmación nunca sería suscrita por los autores de la distinción, Alchourrón y Bulygin, pues tratan las cuestiones valorativas vinculadas a la aplicación de normas como meramente subjetivas, como una pura cuestión de preferencias subjetivas.

laguna de reconocimiento cuando no podemos saber si un caso individual encaja o no en un caso genérico porque la formulación de las propiedades que definen el caso genérico previsto por la regla padece de indeterminación semántica y/o imprecisión lingüística. Las lagunas de reconocimiento, vistas como problemas jurídicos, pueden adoptar dos formas diferentes: como problemas de calificación y/o como problemas de interpretación⁹. Un problema de calificación es aquel en que se sabe cuáles fueron los hechos del caso (qué ocurrió), pero se duda respecto de si esos hechos conocidos encajan o no en el caso genérico previsto por la regla debido a la imprecisión de su formulación (¿cómo se califican estos hechos conocidos?, ¿encajan en el caso genérico previsto por la regla?). Los problemas de calificación se resuelven bien con un «sí encajan», que se justifica mediante un razonamiento *a simili* o *a pari*; o bien con un «no encajan», que se justifica recurriendo a un razonamiento *a contrario sensu*. Si la laguna de reconocimiento se plantea como un problema de interpretación (¿qué significan las palabras de esta regla?), entonces el problema jurídico se resuelve bien mediante una interpretación ampliativa del significado de las palabras de la regla, bien mediante una interpretación restrictiva de las mismas.

Esta distinción entre los tres tipos de lagunas, que parece clara, pierde sin embargo su nitidez a la luz de los principios jurídicos¹⁰. En efecto, si se da entrada a los principios en el razonamiento jurídico, ocurre que estos juegan su papel justificativo tanto en relación con la existencia de las lagunas (sean del tipo que sean) como con la solución al problema jurídico que ellas suponen (sean del tipo que sean). Y, como consecuencia de ello, todo adquiere unos «tonos axiológicos» que difuminan las «nítidas» diferencias entre los tipos de lagunas¹¹. La justificación de que estamos ante una laguna jurídica, sea del tipo que sea, requiere, pues, de un juicio de relevancia; y este juicio es de naturaleza ponderativa y valorativa. Ello es así porque, en general,

⁹ Véanse MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978; y ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho*, CEC, Madrid, 1991.

¹⁰ No es casualidad que Alchourrón y Bulygin sean autores positivistas y completamente escépticos en materia de principios jurídicos y de juicios de valor. Juan Ruiz Manero ha reconstruido esta teoría asumiendo una perspectiva postpositivista e integrando en ella los principios jurídicos. Véanse RUIZ MANERO, J., «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en ATRIA, F. (y otros), *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y RUIZ MANERO, J., «Sistema jurídico: lagunas y antinomias», en González Lagier, D. (ed.), *Conceptos jurídicos básicos*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

¹¹ Soy consciente de que muchos pensarán que hay que distinguir entre la «identificación» de la laguna y la solución a la misma; de forma que la identificación no exija siempre un juicio de valor. Sin embargo, la tesis que voy a sostener es que la idea de laguna presupone algo así como la de «norma debida». Bien mirado, el concepto jurídico de laguna se parece mucho al concepto jurídico de omisión. La omisión de una acción presupone que la acción en cuestión «es debida»; la laguna (la falta de norma) presupone que la norma en cuestión «es debida» en algún sentido.

no puede hablarse de una «regla de clausura», pero sí de un «principio de clausura» que establece que «lo que el Derecho no ha seleccionado explícitamente como relevante, no es relevante». Y la ponderación de este principio «institucional» con los otros principios aplicables al caso es lo que produce el juicio de relevancia¹².

Las lagunas normativas suponen algo más que un mero «defecto lógico» del sistema jurídico, atentan también contra el ideal de justicia del mismo. ¿Por qué? Porque dentro de los casos no regulados (cuestión lógica) únicamente los casos relevantes (cuestión axiológica) constituyen una laguna normativa. Las lagunas axiológicas, por definición, exigen un juicio de relevancia jurídica: solo las propiedades no contempladas por el sistema jurídico que son valorativamente relevantes pueden constituir (y/o justificar la existencia de) una laguna axiológica. En este sentido, las lagunas atentan siempre contra el ideal de justicia del sistema jurídico¹³. Y, finalmente, las llamadas «lagunas de reconocimiento» no son, en realidad, lagunas porque no hay carencia de norma. Y es precisamente el hecho de que no falte norma lo que explica que para su detección y/o justificación no se requiera en absoluto un juicio de relevancia. Bien miradas, estas supuestas «lagunas» no son otra cosa que problemas de interpretación de las palabras de una regla (¿qué significan las palabras de esta regla?) y/o de calificación de unos hechos en relación con una norma existente.

Por otro lado, la nitidez de la distinción se pierde también si se la mira desde la perspectiva no de la detección o justificación de la laguna, sino desde la de las operaciones destinadas a resolver los problemas jurídicos que las lagunas representan; todas esas operaciones involucran principios y todas ellas tienen una naturaleza valorativa y/o ponderativa. El «supuesto defecto lógico» de las lagunas normativas remite a la analogía y a la coherencia valorativa; las llamadas

¹² «Se trata de una regla de clausura o de un principio de clausura? La discusión no me parece interesante. Lo importante es darse cuenta de que se opera con distintos tipos de normas en los diferentes ámbitos. Por ejemplo, en el ámbito del Derecho Penal la ponderación entre el principio de clausura y el principio de legalidad penal da como resultado una regla de clausura que no admite excepciones. En otros ámbitos, probablemente pueda hablarse de una regla de clausura que sí admite excepciones. Y, finalmente, puede haber ámbitos en los que únicamente tenga sentido hablar de un principio de clausura.

¹³ Kelsen era perfectamente consciente de que detrás de la idea de «laguna jurídica» solo podía haber un juicio de valor (cosa distinta es su relativismo respecto de los mismos). Así escribe: «Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una “laguna” solo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del Derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación [laguna normativa]. Pero como inconveniente o injusta puede verse la aplicación del orden jurídico válido [por ejemplo, las lagunas axiológicas]. Ni en un caso ni en el otro existe una laguna en el sentido de inaplicabilidad lógica del derecho válido; y, por lo menos, es inconsistente suponer solo en un caso, pero no en el otro, una laguna». KELSEN, H., *ob. cit.*, pp. 255.

«lagunas axiológicas», a la equidad y a la formulación de excepciones a las reglas (a la «derrota» de las reglas¹⁴); y, las llamadas «lagunas de reconocimiento» remiten, bien a la redefinición de las palabras de las reglas, cuando adoptan la forma de un problema de interpretación; o bien, a la determinación y/o concreción de las reglas, cuando adoptan la forma de un problema de calificación¹⁵. En definitiva, los principios y los juicios de valor juegan su papel tanto en la justificación de la detección de las lagunas (sean del tipo que sean), como en la justificación de la solución del problema jurídico que suponen (sean del tipo que sean).

En cualquier caso, hagamos de la necesidad virtud y, aunque sea provisionalmente, sigamos recurriendo a la distinción de marras para plantear la cuestión de las lagunas constitucionales.

4. ¿LAGUNAS CONSTITUCIONALES?

Aceptemos, en primer lugar, que, por más formalistas que nos pongamos, no es posible sostener que hay algo parecido a una regla de clausura constitucional que haga imposibles las lagunas constitucionales¹⁶. Una solución «nominal» a la Kelsen sería lo más parecido a una «pseudosolución». Retomemos, pues, algunos de los ejemplos de usos no extravagantes de la expresión «laguna constitucional» expuestos en el epígrafe 2 y proyectemos sobre ellos la distinción recién explicada procurando mantener nítidas las diferencias entre los tipos de lagunas.

¹⁴ Siempre me ha parecido que la expresión «derrotabilidad de las reglas» despista más que aclara cuando hablamos del Derecho. Si se acepta (y entiende) el papel justificativo de los principios, las reglas válidas nunca resultan derrotadas. Quien quiera (por razones genuinas o espurias, ahora da igual) desplazar una regla válida, lo primero que tendrá que hacer es mostrar que la regla en cuestión tiene un sentido protector y/o promocional de algo y que, precisamente por ello, no resulta finalmente aplicable al caso en cuestión. El *dictum* de «la excepción confirma la regla» (aunque a primera vista pueda parecer paradójico) resulta infinitamente más pregnante para dar cuenta de este tipo de soluciones a problemas normativos que la expresión «derrotabilidad de las reglas».

¹⁵ Todas las operaciones del método jurídico recién enumeradas involucran una importante actividad del intérprete/aplicador del Derecho. Puede decirse que todas ellas –y sin entrar ahora en mayores precisiones– suponen que el intérprete/aplicador ejerce discrecionalidad en algún sentido. Ahora bien, hay dos grandes maneras de concebir esas operaciones y la discrecionalidad que implican. Desde el positivismo de las reglas, se asume que el juez (intérprete/aplicador) es libre (en un sentido más o menos fuerte) para decidir y que las razones que pueda usar están fuera (más allá) del propio Derecho. Por el contrario, desde el postpositivismo se afirma que la discrecionalidad del juez implica la responsabilidad (es decir, el deber) de hallar y de justificar jurídicamente la mejor respuesta. Y dado que «debe» implica «puede», el postpositivismo asume que esta justificación jurídica es posible.

¹⁶ Cfr. NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astra, Buenos Aires, 1992, pp. 95 ss.

Empecemos por un caso claro, el de la disolución de las Cámaras como consecuencia de la fallida investidura del Presidente del Gobierno. El ejemplo f), en mi opinión, encaja perfectamente en el concepto estricto de laguna normativa recién explicado. La Constitución introduce un conjunto de propiedades relevantes y hay una combinación de ellas que no tiene respuesta normativa. El sistema de reglas relativas a la disolución de las Cámaras tras las fallidas sesiones de investidura contiene un defecto, una laguna; pues no dice nada respecto del caso de que no hubiera habido primera votación por falta de candidatura a la presidencia del gobierno. Es claro que estamos ante un defecto de regulación que puede calificarse de «defecto lógico». El defecto en términos axiológicos es tan manifiesto que puede incluso pasar inadvertido; pero, bien mirado, a nadie se le escapa que una situación de bloqueo del sistema político es extremadamente «relevante» en términos axiológicos. Si hubiera ocasión de volver a redactar el artículo en cuestión, parece claro que se dispondría de una solución para el caso de que no hubiera candidato para una primera votación. La solución (por la vía de la reforma de la constitución o de la determinación legislativa) tiene que consistir en evitar lo que convierte en relevante (en laguna) dicha ausencia de regulación: es decir, en evitar el bloqueo del sistema político. Este ejemplo nos permite extraer ya una primera conclusión: se puede hablar de lagunas normativas respecto de la Constitución en el mismo sentido en que se hace respecto de la legislación. Si hay un ejemplo claro y acertado no hay razón para renegar del concepto de «laguna constitucional» en el sentido estricto de laguna normativa. Cuestión diferente es la de su relevancia cuantitativa y cualitativa, pero eso no afecta al concepto de «laguna constitucional» porque, como se acaba de mostrar, «haberlas, haylas».

¿Es el aborto una laguna constitucional? ¿Se trata de una laguna axiológica? Repasemos ahora el ejemplo c). El «derecho a la vida», tal como está formulado en la Constitución, apunta en una dirección que invita exclusivamente a la prohibición del aborto. Muchos pensamos que si se toman en consideración algunas propiedades omitidas por ese artículo, no solo nos encontramos con casos en los que el aborto debe ser lícito (así es como lo ha desarrollado la legislación española), sino que además puede incluso configurarse como un derecho de las mujeres. Pero lo cierto es que si se toma únicamente el derecho a la vida como parámetro de evaluación, se apunta en el sentido de la prohibición del aborto. Obviamente, en este punto no faltará alguien que diga que el «derecho a la vida» es un principio y que como tal no es concluyente, sino que es ponderable y que, por tanto, no estamos ante una laguna axiológica. Naturalmente, nadie piensa que la Constitución debería haber «regulado» todos los casos de licitud del aborto, pero sí se puede pensar que, como en tantísimas otras ocasiones, la Constitución debería haber hecho una remisión a la ley e incluir una coletilla del tipo «la ley regulará los casos de aborto lícito». Dado que no lo

hizo, ¿estamos ante una laguna constitucional, ante una laguna axiológica? Para responder a esta pregunta antes habrá que resolver otra cuestión: ¿la omisión de cualquier referencia al aborto en el texto constitucional (hecho fácilmente constatable) es realmente un defecto de la Constitución? La respuesta es necesaria porque solo si hay «defecto» parece que tiene sentido hablar de laguna. Visto desde la perspectiva de hoy en día todo es mucho más fácil, pero la omisión del «aborto» en la Constitución fue un acierto, no un defecto. Es verdad que, desde que se aprobó la Constitución en 1978 hasta ahora, se ha librado una batalla político-jurídica que ha conseguido resolver la cuestión y, en gran medida, estabilizar una respuesta relativamente consensuada en materia de aborto. Esta respuesta ha sido el resultado de una maduración de la cuestión a través del debate colectivo. Si hoy se reescribiera la Constitución, probablemente reflejaría el consenso alcanzado en estos años e incluiría una coletilla del tipo de «la ley regulará...». Pero, y esto es lo importante, en la España de 1978, la constitucionalización del aborto o bien hubiera resultado imposible, o bien hubiera generado un rechazo tal por parte de la población católica que hubiera supuesto un gravísimo problema político para que la Constitución echara a andar¹⁷.

El lector que haya llegado hasta aquí puede pensar que lo que se acaba de decir a propósito del aborto en España tiene bastante de especulativo («si entonces era imposible...», «si hoy en día se redactaría...») y de idiosincrásico (todo muy español). Y algo de eso hay. Ahora bien, lo interesante a efectos teóricos radica en los siguientes puntos. El primer punto es completamente general: el paso del tiempo y los cambios en la conciencia valorativa de los intérpretes, aplicadores y destinatarios de las normas pueden hacer aflorar lagunas axiológicas que perfectamente podían haber pasado inadvertidas durante largo tiempo. Esta afirmación vale tanto para los textos legales como para los textos constitucionales. Aceptarla, sin embargo, no supone en absoluto adherirse a la tesis tantas veces repetida por muchos autores positivistas de que las lagunas axiológicas pertenecen al puro dominio de la subjetividad del intérprete.

El segundo punto a considerar en términos teóricos es que, si interpretamos el derecho a la vida como un principio que debe ser ponderado con otros principios, entonces no cabe hablar de la omisión de la referencia al aborto como una laguna en el mismo sentido en el que lo hacemos al referirnos a las lagunas jurídicas y/o lagunas legales. En el nivel constitucional no falta regla porque el principio todavía no ha sido

¹⁷ En este punto, no quiero dejar de referirme al Tribunal Constitucional español actual. Lleva más de diez años sin dictar sentencia declarando la constitucionalidad de la última ley del aborto. ¿Por qué no lo hace? En mi opinión, por la falta de independencia de algunos de sus magistrados que indebidamente desempeñan funciones de representación de intereses políticos y/o religiosos. Naturalmente ello erosiona la legitimidad democrática del Tribunal; pero no precisamente por resultar contramayoritario, sino por la falta de independencia de los magistrados. En cualquier caso, para un balance general véase LIFANTE VIDAL, I., «40 años de justicia constitucional en España», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 2019, pp. 177 ss.

ponderado con los otros principios. Pero, si a pesar de ello, se quiere seguir hablando de laguna, entonces habrá que reconocer que se hace un uso de la expresión más próximo a los sentidos meramente culturales de laguna que al sentido estrictamente jurídico (tesis del desbordamiento). Y, finalmente, el tercer punto es que, en muchas ocasiones, el consenso constitucional puede llegar a tener más valor que la «determinación valorativa». En consecuencia, algunas «supuestas lagunas axiológicas» de la constitución no podrán ser consideradas defectos o carencias de la constitución sino, más bien, virtudes de la misma. La omisión del «caso del aborto» en la Constitución no podría, pues, ser considerado una laguna constitucional ni siquiera en el sentido amplio de «laguna» antes referido, en el meramente cultural (tesis del defecto).

Abordemos, ahora, el ejemplo h). ¿Es un trato «inhumano o degradante» obligar a vestir uniforme a los presos? Formulada así la pregunta y leído el artículo 15 de la Constitución sin más, es difícil responder algo distinto de «quién sabe». Una cosa está clara: la Constitución resulta, en este punto, semánticamente imprecisa; y, atendiendo a las distinciones arriba usadas, parece que estaríamos ante un caso de las llamadas «lagunas de reconocimiento»¹⁸. El mismo artículo 15 suministra, a su vez, un ejemplo inmejorable de claridad semántica: la prohibición de la pena de muerte. El contraste es manifiesto, una mera lectura superficial es suficiente para saber qué está prohibido y qué, no. Llegados a este punto surge, de nuevo, la pregunta conceptual importante. La noción cultural de laguna implica la idea de defecto o de carencia. Lo mismo ocurre con los tres conceptos de laguna jurídica recién expuestos; en particular, las llamadas «lagunas de reconocimiento» presuponen una falta de claridad que atenta contra lo que podríamos llamar racionalidad lingüístico-comunicativa de las reglas¹⁹. Luego, ¿la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes de la Constitución española es defectuosa? ¿Si tuviéramos ocasión de reescribir el artículo, eliminaríamos la imprecisión semántica? En mi opinión, la respuesta es que no deberíamos cambiar la redacción del artículo porque, en realidad, no estamos ante un defecto de la Constitución. La regulación abierta, en forma de principios, no es necesariamente un defecto en la Constitución. De nuevo, no nos adelantemos demasiado pero retengamos esta idea que es esencial para el desarrollo del tema: lo que es defecto en una ley puede ser virtud en una constitución y lo que es virtud en una ley puede ser defecto en una constitución. Lenguaje y regulación abiertos pueden ser, sin lugar a dudas, una virtud constitucional. Y, según lo visto hasta ahora, todo parece indicar que no tiene sentido hablar de «lagunas virtuosas».

¹⁸ En mi opinión, y como ya he advertido, las llamadas «lagunas de reconocimiento» no son lagunas, pues no falta norma. Se trata de problemas de interpretación y/o calificación.

¹⁹ ATIENZA, M., *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Cívitas, Madrid, 1989.

Pasemos ahora a analizar el ejemplo d), el relativo a la «omisión» de la referencia a la imparcialidad judicial. El artículo menciona los principios judiciales de independencia, inamovilidad, responsabilidad y legalidad, pero se olvida de la imparcialidad. ¿Es una omisión? Me parece que sí. Todo el mundo al que se hace reparar en la «no alusión» a la imparcialidad judicial reacciona de la misma manera: Por un lado, se sorprende de la ausencia, lo que presupone que se tenía la expectativa de que el principio de imparcialidad apareciera mencionado entre los principios que inspiran la jurisdicción. Pero, por otro lado, nadie concede trascendencia normativa a dicha omisión, porque todos consideran que la imparcialidad judicial es un principio implícito de nuestra Constitución que puede justificarse por coherencia; es decir, que está en la Constitución, aunque no se halle expresado en su texto. Estamos, pues, ante un olvido: si hubiera oportunidad de reescribir el artículo nadie se opondría, me parece, a incluir la mención a la imparcialidad en el texto constitucional. ¿Se trata de un defecto? En mi opinión, sí. Lo que ocurre es que la unanimidad actual en torno a la solución (considerar que está como principio implícito), opaca el defecto del texto constitucional, la laguna. Si apareciera una facción política que sostuviera que el legislador puede disponer del principio de imparcialidad judicial debido a su no inclusión expresa en el texto constitucional se tomaría conciencia de la laguna (tesis del defecto). Ahora bien, ello supone ir más allá del concepto de laguna legal porque no se trata de una ausencia de regla, sino de la ausencia de un principio explícito (tesis del desbordamiento)²⁰.

5. ESTADO CONSTITUCIONAL Y LAGUNAS JURÍDICAS: «DARSE UNA CONSTITUCIÓN», «TENER UNA CONSTITUCIÓN» Y «PRACTICAR UNA CONSTITUCIÓN»

Llegados a este punto hay que reconocer algo que es esencial para la correcta comprensión de la cuestión de las «lagunas consti-

²⁰ Un bonito ejemplo de interpretación de una omisión constitucional es la sentencia sobre el aborto de la Suprema Corte de México de 28 de agosto de 2008. Del hecho de que la Constitución mexicana no incluyera la expresión «derecho a la vida», la Suprema Corte concluyó que la «Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo». No se sabe muy bien qué significaba esa expresión, pero en mi opinión nada impedía reconocer el defecto (es decir, la laguna) y, en consecuencia, proceder a resolverlo. Los argumentos para resolver el defecto y sostener que los mexicanos sí tenían ese derecho «en sentido normativo» podían abarcar desde razones autoritativas que apelaran a otras fuentes distintas de la Constitución (como los tratados internacionales) hasta razones sustantivas que justificaran que se trataba de un derecho (principio) implícito de la Constitución mexicana. En mi opinión, había omisión (tesis del defecto) y laguna, también (tesis del desbordamiento). No faltaba regla explícita, pero sí principio explícito.

tucionales». La teoría de las lagunas jurídicas se construyó esencialmente para dar cuenta de un tipo de defecto propio de los sistemas jurídicos que respondían al modelo de las reglas. En nuestra tradición jurídica, este modelo está vinculado a la idea de Estado de Derecho como imperio de la ley. Pero ocurre que la constitucionalización de nuestros ordenamientos jurídicos ha dado lugar a una nueva versión del Estado de Derecho, como Estado constitucional. La transición de uno a otro podría sintetizarse recurriendo la fórmula «del Estado de Derecho como imperio de la ley al Estado de Derecho como Estado constitucional». Y ello ha conllevado dos cambios muy relevantes en el razonamiento jurídico ordinario. El primero es el de una modificación del umbral del razonamiento jurídico. Mientras que en el imperio de la ley el razonamiento jurídico se agotaba en la legislación (era estrictamente *sub lege*), en el Estado constitucional ese umbral queda desbordado y alcanza argumentos constitucionales. El segundo cambio supone una transición de una concepción de la normatividad vinculada esencialmente a las reglas, a otra concepción que incorpora con naturalidad los principios. Pues bien, estos dos cambios hacen que las construcciones teóricas elaboradas para el «imperio de la ley» no puedan ser aplicadas sin más al Estado constitucional; porque acaban generando verdaderas distorsiones e incomprensiones respecto del método jurídico²¹.

Para comprender el alcance de dichas distorsiones analicemos brevemente las semejanzas y diferencias entre constitución y ley. Las constituciones formales (y/o rígidas) de los Estados constitucionales y la legislación comparten muchos rasgos. Se trata siempre de textos promulgados (tienen un origen deliberado y cuentan con un momento cero de promulgación), que están estructurados por artículos (por disposiciones normativas) y que se proyectan normativamente hacia el futuro (pretenden determinar lo que debe ser). Esto es lo que explica que muchos autores hayan pensado que, incluso en un Estado constitucional, ambos textos normativos responden (o deben responder) a una misma técnica de redacción²² y que no presentan diferencias interpre-

²¹ Bien mirado, a la teoría de las antinomias del sistema jurídico le ocurre exactamente lo mismo que a la de las lagunas: exige ajustes importantes. Una teoría de las antinomias que no incorpore hoy los principios, la ponderación y el juicio de proporcionalidad sirve realmente para muy poco. Los criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis* naturalmente siguen valiendo, pero por sí solos únicamente resuelven casos realmente fáciles de conflictos entre reglas.

²² Ferrajoli, por ejemplo, escribe: «En todos los casos, sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos [...] promoviese el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible» en FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (trad. N. Guzmán), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34, 2010, p. 51. En mi opinión, Ferrajoli se equivoca al trasladar directamente lo que pueden ser virtudes del lenguaje de las leyes y de los reglamentos al lenguaje de las constituciones. Véase:

tativas²³. Pero, a pesar de todas las semejanzas que puedan señalarse, constituciones y leyes responden a una dinámica jurídica completamente diferente; y ello les confiere una función normativa también diferente. La flexibilidad convierte a la legislación en el instrumento de cambio del sistema jurídico por excelencia; la rigidez, por el contrario, convierte a la constitución en un instrumento para la orientación y conservación del sistema jurídico. Si a esa diferente dinámica entre ley y constitución, se le agrega la relación jerárquica entre una y otra es fácil observar dos cosas. Primera, que el *lex superior* de la constitución cumple la función tanto de orientar como de inhibir el *lex posterior* de la legislación (función de conservación de la constitución). Segunda, que el *lex posterior* de la legislación cumple una función de determinación y adaptación del *lex superior* constitucional (función de efectividad de la constitución). En este sentido, puede decirse que la dialéctica constitución/ley se ventila en dos frentes: por un lado, en la dialéctica conservación/determinación (o adaptación); y, por otro, orientación/realización (o efectividad).

Si se es consciente de lo anterior, es fácil darse cuenta de que hay que operar ajustes teóricos importantes para presentar la cuestión de las lagunas constitucionales. A un instrumento normativo formalmente estático (como la constitución rígida) no se le pueden proyectar sin más categorías pensadas para un instrumento normativo formalmente dinámico (como la legislación). Por ello, el constitucionalismo jurídico (la teoría del Derecho adaptada a las exigencias normativas del Estado constitucional), necesita considerar la constitución desde tres perspectivas: «darse una constitución», «tener una constitución» y «practicar una constitución». Expliquémoslo brevemente.

1) «Darse una constitución». La idea de constitución connota lo fundamental (los derechos), lo permanente, lo estable, el marco compartido, el consenso, lo indisponible para todos, lo asegurado a todos, etc.²⁴ Por su parte, la idea de legislación connota lo fundamentado, lo modificable, lo dinámico, lo disponible, lo controvertido, el ámbito de la disputa política, etc. La vigencia y la perdurabilidad en el tiempo de

AGUILÓ REGLA, J., «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 56 ss.

²³ Escribe, por ejemplo, Guastini: «Es una idea bastante difundida que los textos constitucionales presentan problemas de interpretación diferentes de, e irreducibles a, los problemas “comunes” de interpretación de las leyes. ¿Pero en verdad se trata de genuinos problemas interpretativos? Es lícito dudar [...] Hay que recordar que una cosa es interpretar en sentido estricto, es decir, adscribir un significado a un texto normativo (“T significa S”), y otra cosa es elaborar teorías o doctrinas generales destinadas a orientar la interpretación y, aún más, a proveer argumentos para la construcción de normas inexpresas [...]», en GUASTINI, R., «Interpretación de la constitución», en Cap. 56, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3, UNAM, pp. 2011 ss.

²⁴ Bien mirado, la constitución en términos jurídicos pretende jugar el mismo papel estabilizador que se atribuyó a los grandes códigos en el periodo de la codificación.

una constitución penden mucho más de la aceptación que de la imposición; sin aceptación difícilmente hay constitución. Por ello, en el momento de redactar una constitución tienen más valor el consenso y el compromiso que la determinación y/o concreción normativa y valorativa. Un constituyente responsable, en consecuencia, debe encarar tanto el problema del consenso como el del compromiso.

El problema del consenso consiste en que la constitución tiene que unir a las poblaciones y a las diferentes facciones políticas en torno a un texto. En múltiples ocasiones, alcanzar el consenso exige recurrir a una regulación de principios y a la formulación de cláusulas normativas abiertas. El problema del compromiso consiste en que, dado que el éxito de una constitución pasa necesariamente por su permanencia en el tiempo, hay que estar seguros de los compromisos normativos que se asumen. Naturalmente, exhibimos dificultades para atarnos normativamente hacia el futuro de manera prácticamente inderogable; mostramos inseguridad práctica hacia dichos compromisos. Ello explica y justifica el recurso en las constituciones a una normatividad cargada de principios, conceptos valorativos y cláusulas abiertas.

2) «Tener una constitución». Una constitución exitosa se prolonga en el tiempo y acaba determinándose en infinitas normas jurídicas. Lo que en términos de proceso se ha llamado «constitucionalización del orden jurídico», en términos de producto se llama «orden jurídico constitucionalizado». Pues bien, preguntarse por la regulación de cualquier materia constitucional, supone tomar en cuenta la constitución más todas aquellas normas y sentencias que son un desarrollo de la misma. Ello vale para los derechos fundamentales, las garantías procesales, las ordenaciones territoriales, los colegios profesionales, la relación entre los poderes, el papel del tribunal constitucional, etc. Hablar de la regulación de cualquier materia constitucional no es ni mucho menos hablar solo del texto constitucional. Es hablar de él más todos los desarrollos y determinaciones que del mismo se han hecho. «Tener una constitución» no es hablar solo del texto constitucional ni de Derecho constitucional, sino de un Derecho (administrativo, civil, procesal, etc.) constitucionalizado. En definitiva, «tener una constitución» en términos de teoría jurídica significa tener un orden jurídico constitucionalizado; y la teoría del Derecho adaptada a este marco es el llamado «constitucionalismo jurídico».

Pero, más allá de lo anterior, lo que me interesa resaltar es que en el momento de «tener una constitución» (es decir, de aplicar el Derecho en un orden jurídico constitucionalizado), los argumentos constitucionales no adquieren especial relevancia. Frente a lo que tantas veces se ha afirmado, la aplicación ordinaria de un orden jurídico constitucionalizado no está penetrado por argumentos constitucionales. Se aplica un Derecho constitucionalizado, que no es lo mismo que aplicar directamente la constitución. Hay una diferencia esencial entre el proceso de constitucionalización (caracterizado por una pre-

valencia de los argumentos constitucionales en la aplicación ordinaria del Derecho) y el resultado de dicho proceso: un orden jurídico constitucionalizado (donde esa prevalencia ya no se da). En este ámbito rigen todas las presunciones de constitucionalidad y de validez de las normas jurídicas. Lo que supone que en la vida ordinaria del Derecho no estamos permanentemente invocando la constitución. El contraste aquí es entre dos grandes modelos de método jurídico: el positivista vinculado al Estado de Derecho como imperio de ley y el postpositivista vinculado al Estado constitucional. Naturalmente esta discusión no se sitúa en el nivel de los hechos: nadie niega la realidad de la constitucionalización. La discusión relevante es de opción metodológica. Y ello ha quedado reflejado a propósito de las lagunas en la oposición entre los dos modelos: el modelo de las reglas (positivista) y el modelo de las reglas y los principios (postpositivista)²⁵. En este sentido, el constitucionalismo jurídico (la teoría del Derecho adaptada al Estado constitucional), al aceptar que entre los principios y las reglas se da una relación de justificación, concluye que los principios no quedan saturados por las reglas que los desarrollan en un momento determinado²⁶.

3) «Practicar una constitución». Una cosa es que un orden jurídico esté constitucionalizado porque muchas de sus normas se vean como desarrollos y determinaciones de exigencias normativas y valorativas extraídas de la constitución y otra muy distinta es que esa constitucionalización se considere una obra acabada y perfecta. El

²⁵ En este punto no puedo dejar de referirme a lo que me parecen el gran acierto y el gran error de F. Laporta. Laporta tiene razón al llamar la atención respecto de que las constituciones son puros adornos si no hay leyes eficaces y, en consecuencia, sostiene que hay poner el énfasis no en la constitución, sino en la ley [«es como poner un sombrero muy atractivo encima de un sujeto que no existe, porque cuando no hay un entramado de leyes que configuren con vigor y eficacia el esqueleto del ordenamiento jurídico lo demás son adornos inútiles»]. Estoy plenamente de acuerdo con esta afirmación y es lo que he intentado reflejar con la idea de «tener una constitución». El error de Laporta consiste, en mi opinión, en su defensa del formalismo y del literalismo interpretativo. En un orden jurídico constitucionalizado todas las normas jurídicas tienen que tener un sentido protector y/o promocional de algo distinto de la mera obediencia a la voluntad del que dictó la norma; y ello acaba reflejándose en todas las operaciones del método jurídico. Dicho de manera contundente, mi opinión se resume en un sí al Laporta que reivindica el papel de la ley, y en un no al que defiende el formalismo jurídico. LAPORTA, F., *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

²⁶ Si hoy tuviera que sintetizar la oposición entre positivismo y postpositivismo, la situaría en torno a estas tesis. El positivismo acepta el modelo de las reglas y sostiene la tesis de «la separación conceptual entre Derecho y moral». Y el postpositivismo acepta el modelo de las reglas y de los principios y sostiene la tesis de «la no confusión conceptual entre Derecho y moral». Véase AGUILÓ REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007; y AGUILÓ REGLA, J., «En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019.

constitucionalismo jurídico acepta –como se ha visto– la tesis de los principios (los principios no quedan saturados por las reglas que en un momento determinado los desarrollan) y acepta también que los derechos fundamentales pueden leerse como principios; luego, los derechos tampoco quedan saturados por los deberes correlativos que en un momento determinado los garantizan. Bien mirado, el progreso en materia de derechos no es tanto formular nuevos derechos, cuanto mejorar sus garantías (los deberes correlativos que los garantizan). Si se es consciente de ello, es fácil de entender que el constitucionalismo de los derechos somete a reevaluación el orden jurídico constitucionalizado en función del grado de satisfacción de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales. Se trata de asegurar la continuidad de los principios y los valores que dotan de sentido la continuidad de la constitución. La rigidez constitucional no está al servicio de sí misma. Por ello, y diciéndolo a la Dworkin, los conceptos constitucionales, por más desarrollados y determinados que estén, siguen conservando siempre su potencial de «conceptos interpretativos»²⁷. Piénsese, por ejemplo, en el derecho constitucional a la igualdad. Este derecho/principio se usa para combatir, por un lado, discriminaciones entre las personas (los casos relacionados con las propiedades «sospechosas», tales como raza, sexo, nacimiento, creencias, etc.) y, por otro, distinciones (diferenciaciones o indiferenciaciones) no justificadas en virtud del principio «casos iguales deben tratarse del mismo modo y casos diferentes deben tratarse de modo diferente». Pues bien, esto último es lo que jurisprudencialmente se ha consolidado como el «principio de razonabilidad». Su uso justificado, al permitir revisar nuestras determinaciones constitucionales, ilustra perfectamente lo que se quiere significar con la idea de «practicar una constitución»²⁸.

²⁷ Sobre la noción de concepto interpretativo (frente a la de concepto criterial) véanse DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2013, p. 402, y *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires., pp. 244-245.

²⁸ En términos radicalmente críticos, Guastini ha llamado al principio de razonabilidad «la máquina para producir lagunas». Así, ha escrito: «En las manos de los tribunales constitucionales esta interpretación del principio de igualdad se convierte en un instrumento muy potente para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador [...] Se llama “laguna axiológica” a la falta no de una norma cualquiera, sino de una norma “justa”, es decir, de una norma que no está pero que “debería” estar, porque es requerida por el sentido de justicia del intérprete o por una norma superior. El principio de igualdad, interpretado como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: podría decirse que es una máquina para producir lagunas [...] Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete le parecen iguales [...], entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata en modo igual casos que al intérprete le parecen diferentes [...], entonces el intérprete sostendrá que falta una norma diferenciadora». GUASTINI, R., «La costituzione come limite alla legislazione», *Analisi e diritto*, 1998, pp. 111-112.

6. DE NUEVO SOBRE LOS EJEMPLOS DE USOS NO EXTRAVAGANTES DE «LAGUNA CONSTITUCIONAL»

Empecemos por los ejemplos ya analizados. Hay casos que, se miren como se miren, constituyen una laguna constitucional genuina. El ejemplo de la disolución de las Cámaras es una laguna constitucional y lo esperable es que, una vez detectada, se proceda a colmar la laguna mediante determinación legislativa. La omisión de toda referencia al aborto y la imprecisión de «tratos inhumanos o degradantes» no pueden ser calificados como lagunas en el momento de «darse una constitución». Ello es así porque, lejos de constituir un defecto, resuelven un problema de consenso, el primero, y de compromiso, el segundo. En el momento de «tener una constitución» habrá que estar a las determinaciones que el sistema jurídico haya hecho tanto de la cuestión del aborto como de la de obligar a los presos a vestir uniforme. Naturalmente, en «practicar una constitución» se tratará de revisar dichas determinaciones a partir de tomar «el derecho a la vida» y «los tratos inhumanos o degradantes» como conceptos interpretativos y de ponderarlos con otros derechos/principios constitucionales. Finalmente, la consideración de que la «imparcialidad judicial» es un principio implícito de la Constitución supone reconocer que hay una laguna en el sentido de que falta el principio explícito en la Constitución (tesis del defecto y tesis del desbordamiento)²⁹.

Veamos ahora el ejemplo propuesto por M. Atienza. Que no haya un límite preciso (una frontera nítida) que separe las competencias del Estado (estableciendo de manera clara cuáles son intransferibles) de las de las Comunidades Autónomas es calificado por Atienza como una laguna constitucional. No es aventurado decir que esa ausencia de regla de demarcación trató de resolver un problema de consenso político en el momento «darse una constitución»: probablemente iba destinada a integrar en la aceptación de la Constitución a las fuerzas políticas nacionalistas vascas y catalanas, pues dejaba abierto el proceso de construcción del Estado de las Autonomías. Naturalmente aquí no voy a tratar en detalle la cuestión de si esa ausencia fue un defecto o no; pero hay algo que sí creo que conviene remarcar. En el constitucionalismo de los derechos, propio del Estado constitucional, hay que saber distinguir bien entre deliberación (en torno a cuestiones de corrección) e intercambio (en torno a cuestiones de pura convención). Todos los acuerdos políticos tienen ambos componentes, pero no

²⁹ No puedo detenerme a desarrollarlo, pero sí creo que vale la pena apuntar el diferente papel que juega la noción de «principio implícito» en la constitución y en la ley. Mientras que en la constitución el principio implícito juega el rol de exigencia normativa que la legislación no puede ignorar (es decir, pretende jugar el mismo papel que los principios constitucionales explícitos); los principios implícitos en la ley cumplen la función de dotar a las reglas de un sentido protector y/o promocional de algo valioso (es decir, cumplen el mismo papel que los principios legales explícitos).

siempre los tienen en la misma medida. En materia de aborto, los componentes de deliberación son muy superiores a los de intercambio; mientras que los componentes de intercambio (de puro conflicto de intereses políticos) son muy superiores a los de deliberación en la distribución de poderes normativos y competencias. No puedo desarrollar aquí esta idea, pero la misma probablemente permitiría mostrar por qué la ausencia de regla en materia de aborto fue un acierto y, sin embargo, esa ausencia fue un defecto en materia de distribución del poder territorial. Lo que sí resulta evidente es que en «tener una constitución» no ha sido posible estabilizar de manera más o menos definitiva una demarcación competencial clara entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas»³⁰.

La afirmación del Magistrado Ollero de que la Constitución contiene una laguna porque no incluye una relación de las Comunidades Autónomas existentes no dice nada en términos de «darse una constitución» ni de «tener una constitución». En términos, de «darse una constitución» no es posible pensar en una laguna porque las Comunidades Autónomas fueron un producto de la propia Constitución y no podían preexistir con su denominación actual a los respectivos Estatutos de Autonomía. Y, en términos, de «tener una constitución» no se aprecia tampoco laguna alguna, pues no hay defecto normativo. Lo que, en realidad, está diciendo el Magistrado Ollero es algo parecido a si se emprende una reforma de la Constitución, sería bueno (conveniente) incluir una enumeración de las Comunidades Autónomas existentes, pero nada más. Naturalmente, si en algún momento se emprende una reforma «federalizante» del Estado de las Autonomías, dicha enumeración resultará completamente imprescindible.

Abordemos ahora el ejemplo g). Cualquiera que se pregunte hoy en día por el régimen constitucional de las lenguas cooficiales no puede ignorar los cuarenta años de desarrollo constitucional de la materia y su grado de consolidación. En términos de «tener una constitución» lo importante no es tanto el texto constitucional como los desarrollos del mismo. Quien quiera conocer la situación actual de la cooficialidad tendrá que estudiar los Estatutos de Autonomía de las Comunidades con lengua propia y las leyes autonómicas sobre la materia. En particular, la respuesta a la cuestión que nos formulábamos a propósito de si podía establecerse una presunción de conocimiento de la lengua propia cooficial a partir de un deber general de conocerla en el respectivo ámbito territorial, no puede responderse sin tomar en consideración las diferentes sentencias que el Tribunal Cons-

³⁰ Quiero llamar la atención sobre la potencial conflictividad que suponen los dos principios del Estado de las Autonomías (apartados 2 y 3 del art. 150). El efecto cruzado del principio de transferencia de competencias estatales a las autonomías, por un lado, y el principio de intervención estatal en el ejercicio regular de las competencias autonómicas, por otro, han resultado ser una fuente inagotable de conflictos políticos y jurídicos entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

tucional ha dictado sobre la materia³¹. En «darse una constitución», la cuestión estaba relativamente abierta; en «tener una constitución», no está abierta porque, como en tantísimas otras ocasiones, el Estado constitucional ha ido desarrollando y determinando la cuestión a lo largo de cuarenta años de vida de la Constitución. ¿Está dicha la última palabra al respecto? Probablemente, no: los derechos y deberes lingüísticos son susceptibles de ser reinterpretados por la propia «práctica constitucional».

¿Qué puede decirse en relación con el ejemplo e), el derecho a la protección de los datos personales? Si se asume que este derecho/principio es un componente necesario del Estado constitucional de Derecho, habrá que concluir que estamos ante una laguna del texto constitucional (tesis del defecto y del desbordamiento). Bien mirado, el caso se parece mucho al de la imparcialidad judicial: el consenso en torno a que se trata de una extensión del derecho a la intimidad hace que no se vea el defecto del texto constitucional. Naturalmente, si no se le reconoce el carácter de componente necesario del Estado constitucional, habrá que concluir que no constituye una laguna constitucional; que ese derecho/principio puede estar o no estar en la constitución de un Estado Constitucional.

7. CONCLUSIONES

1. Todos los conceptos no naturales de laguna incluyen la nota de «defecto» o «carencia» (tesis del defecto); en consecuencia, todos los tipos de lagunas jurídicas presuponen un defecto, una carencia.

2. En las lagunas jurídicas, la carencia, lo que falta, es una norma: una norma que debería estar y no está.

3. En el Derecho, en general, hay un principio de clausura (no una regla de clausura) que tiene naturaleza institucional. Este principio puede formularse así: «En principio, solo es jurídicamente relevante lo explícitamente establecido como relevante».

4. Como consecuencia de la consideración de este principio de clausura, la existencia de una laguna exige siempre justificación jurídica. La justificación de la existencia de la laguna (sea del tipo que

³¹ En torno a esta cuestión, la primera sentencia del Tribunal Constitucional tuvo por objeto una ley del Parlamento de Galicia que introdujo el deber de conocer la lengua cooficial (STC 84/1986, FJ 2). Más adelante, la STC 31/2010 reinterpretó el sentido del deber de conocimiento del artículo 6.2 del Estatuto de Cataluña de 2006 (FJ 14, letra b). Por el contrario, el propio Tribunal sí ha aceptado que pueden establecerse deberes lingüísticos de carácter específico ligados a las llamadas relaciones de sujeción especial (STC 337/1994, de 23 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio). Sobre la cuestión, véase: SEGURA GINARD, L. J., «Al voltant de quaranta anys d'oficialitat i d'usos institucionals de les llengües pròpies de les comunitats autònomes», en *Llengua i dret*, núm. 72, pp. 5-20.

sea) pide un juicio de relevancia jurídica que muestre que las razones en favor de la afirmación de la laguna pesan más que las razones en favor del principio de clausura. Concluir que hay una laguna es concluir que falta una norma que debería estar.

5. Las llamadas «lagunas de reconocimiento» no son lagunas porque no falta «norma». Hay norma y problemas de interpretación y/o de calificación.

6. La diferencia esencial entre las llamadas lagunas legales y las lagunas constitucionales radica en lo siguiente: las lagunas legales implican siempre la ausencia de una regla; las lagunas constitucionales, aunque pueden abarcar también reglas, pueden ir referidas a la ausencia de principios y/o derechos explícitos. En este sentido, el concepto constitucional de laguna está más próximo a los conceptos meramente culturales de laguna que al de «laguna legal» (tesis del desbordamiento).

7. La relación entre «laguna del texto constitucional» y «principio constitucional implícito» es la relación entre «problema normativo» y «solución al problema normativo». Si hay principios constitucionales implícitos es porque en el texto constitucional (en lo «explícito») falta «algo» que debería estar.

8. De manera general puede afirmarse que mientras que los «principios legales implícitos» se extraen de la interpretación de las reglas presentes en la ley; los «principios constitucionales implícitos» se extraen en ausencia de reglas constitucionales. En este sentido, su justificación tiene mucho que ver con necesidades conceptuales y cuestiones de coherencia con otros principios constitucionales.

9. La dinámica rígida de la constitución hace necesario que, al abordar la cuestión de las lagunas constitucionales, haya que distinguir tres perspectivas diferentes: «darse una constitución», «tener una constitución» y «practicar una constitución».

10. El contenido de la tesis del defecto puede cambiar en función de la perspectiva adoptada.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J., «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012.
- «Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución», en *Isonomía*, núm. 28, 2008.
- «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011.
- «En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019.
- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, CEC, Madrid, 1991.
- «En el 40 aniversario de la Constitución española», en <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2018/12/en-el-40-aniversario-de-la-constitucion.html>
- *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Cívitas, Madrid, 1989.
- ATIENZA M., y RUIZ MANERO J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2013.
- *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2017.
- FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (trad. N. Guzmán), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34, 2010.
- GUASTINI, R., «Interpretación de la constitución», en Cap. 56, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3, UNAM.
- «La costituzione come limite allá legislazione», *Analisi e diritto*, 1998.
- KELSEN, H., *La teoría pura del derecho* (trad. de R. Vernengo), UNAM-Portúa, México, 1991.
- LAPORTA, F., *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LIFANTE VIDAL, I., «40 años de justicia constitucional en España», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 2019.
- *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
- MUÑOZ, J. A., «Entrevista a Andrés Ollero», en *Ideal*, Granada, 24 de junio de 2019.
- NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astra, Buenos Aires, 1992.
- RUIZ MANERO, J., «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en ATRIA, F. (y otros), *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- «Sistema jurídico: lagunas y antinomias», en González Lagier, D. (ed.): *Conceptos jurídicos básicos*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- SEGURA GINARD, L. J., «Al voltant de quaranta anys d'oficialitat i d'usos institucionals de les llengües pròpies de les comunitats autònomes», en *Llengua i dret*, núm. 72.