

El problema de las lagunas en el Derecho

MARCELA I. BASTERRA¹

Abogada (USAL). Profesora Adjunta Regular de Derecho Constitucional (UBA);
Profesora titular de Práctica Legislativa;
Profesora Asociada de Historia de las Instituciones Políticas y Adjunta de Derecho Constitucional (UCES).

ABSTRACT: Consideramos que el tema que nos ocupa es sumamente difícil y controvertido; toda vez que si partimos de la obra de los grandes juristas hay contradicción en cuanto a si existen o no las lagunas en el derecho; también en el modo de clasificar las lagunas; y en algunos casos; las diferencias son simplemente una cuestión de terminología. De manera tal que no pretendemos hacer otra cosa a través de este trabajo que tratar de analizar los distintos tipos de lagunas del derecho; delimitar, de ser posible los contornos del tema analizando algunas posibles soluciones; para abordar, por último la problemática específica en el ámbito del derecho constitucional.

I. ¿EXISTEN O NO LAS LAGUNAS EN EL DERECHO?

Consideramos que este es un punto central de la cuestión; y sin pretender agotar el número de autores que han escrito sobre el tema; trataremos de analizar las principales posturas.

1.1. Vanossi² realiza un análisis pormenorizado de

las posturas doctrinarias en torno al tema, a nuestro criterio con una claridad meridiana; y de este autor tomamos la siguiente clasificación:

- a. El "*realismo ingenuo*": Los sostenedores de esta teoría afirman la existencia de las lagunas en el derecho como consecuencia de la imposibilidad de que la inteligencia humana pueda prever las nuevas situaciones de hecho que se van dando en el campo jurídico. Un exponente de esta doctrina es **Busso** en los comentarios al código civil argentino; al referirse que la legislación en materia de bienes muebles es incompleta y por lo tanto constituye una laguna normativa; toda vez que en 1871 el legislador no pudo prever la importancia que dichos bienes tendrían en el futuro.
- b. El "*empirismo científico*": Niegan la existencia de las lagunas en el derecho, admitiendo la validez del principio de que "todo lo que no está prohibido está permitido" son expositores de esta doctrina **Zitelman**; quien otorga carácter negativo al

¹ Investigadora Regular en Derecho Constitucional (UCES). Coautora del "Manual de Teoría del Estado y del Gobierno" -Editorial Belgrano, 1997; coautora de "Habeas Data y otras Garantías Constitucionales" -Editorial Némesis, 1999-. Ha publicado numerosos artículos en revistas especializadas en Derecho Constitucional. Ha participado como Panelista, Organizadora o Coordinadora en numerosos Seminarios y Congresos Nacionales e Internacionales de su especialidad. Miembro del Comité Organizador de la Cátedra Latinoamericana de Derecho Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Departamento de Legislación de la Unión Industrial Argentina y de la Unión Industrial de la Ciudad de Buenos Aires. Secretaria del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Sociedad Científica Argentina.

² VANOSSÍ, Jorge Reinaldo "La Interpretación Constitucional y las Lagunas del Derecho"; "Teoría Constitucional"; 2ª edición, actualizada; Editorial Depalma, Buenos Aires, marzo del 2000; Tomo II; páginas 505-42.

Principio de la Plenitud. Enfoca el problema desde dos cuestionamientos ¿qué son las lagunas del derecho?, y ¿cómo deben llenarse?; dando por sentada la solución del método analógico. El autor a estos casos los llama “correcciones”; y da el nombre de “lagunas auténticas” para señalar el caso que se produce cuando dentro de los límites expresados por la ley hay muchas posibilidades y la ley nada dice respecto de a cual de ellas se refiere. En este caso el juez debe suplir esa laguna; y **Donati**; quien afirma que el principio de que “todo lo que no está prohibido está permitido” es una norma positiva que integra el ordenamiento jurídico en pie de igualdad con las otras normas; implica la obligación de “no hacer”. Para este autor la plenitud jurídica es posible gracias a la integración de una pluralidad de normas; más la inferencia inductiva de esa otra norma implícita (el principio de la plenitud hermenéutica); que considera periférica, general y correlativa de todas las otras normas.

c. *El “pragmatismo”*: Es representante de esta postura **Coviello**; quien afirma la existencia de lagunas en el derecho, pero considera que el mejor camino es considerar que en realidad no las hay; para evitar los trastornos que podría padecer la sociedad en caso de que las acciones de las conductas humanas quedaran al margen de toda regulación. Es una postura utilitaria y sin duda desprovista de rigor científico.

d. *“Eclecticismo”*: Cuyo más conocido representante es quizá **García Máynez**; en realidad como de su nombre surge es una postura intermedia que considera que no hay lagunas en el derecho; pero sí en la ley. Esta diferenciación lleva a sostener dos diferentes plenitudes en el ordenamiento jurídico: la formal –lagunas en el derecho– y la material –lagunas en la ley -. La inexistencia de las primeras la fundan en el principio

de clausura de que “todo lo que no está prohibido está permitido”; o sea admiten la plenitud del derecho. Las lagunas de la ley en cambio, señalan la injusticia o inconveniencia en un caso dado, sin referencia al todo, dando lugar a la plenitud, pero en forma incompleta.

e. *“El apriorismo filosófico”*: **Vanossi**³ da este título bajo el subtítulo “Estado Actual de las cosas”; y esto es porque esta clasificación la presenta él por primera vez en un trabajo para la Universidad de Antioquia en 1961; recién conocíamos la versión en español de la Teoría Pura del Derecho de **Kelsen**, que fue de 1960; (posteriormente conoceríamos la a “Teoría Trialista” de **Goldschmidt** y la obra de **Alchorrón y Bulygin** –1975- entre otras) por ello esta es la última de las corrientes doctrinarias que explica el autor. Llama “apriorismo filosófico” a la expresión de la Teoría Pura que niega la existencia de las lagunas en el derecho. Parte de la base *a priori* de la primacía necesaria y absoluta del “todo” sobre sus parte; no se admite la posibilidad de la existencia de cosas fuera del “todo”; pues ello implicaría una contradicción, ya no sería “todo”; y el ordenamiento normativo se concibe como un “todo”, o sea una estructura totalizadora.

En la misma línea, entre nosotros **Aftalión** dice que la “totalidad” propia de todo orden jurídico, torna lógicamente imposible las lagunas del derecho; de la misma forma que es inconcebible un triángulo de cuatro lados.

1.2. Consideramos enrolados en una misma postura a **Carlos Cossio**⁴; quien sostiene que toda “estructura” tal el caso del ordenamiento normativo es una totalidad lógica que se cierra y concluye en sí misma. La ley no debe ser únicamente una mera enunciación de casos; pues debe tener un principio dominante y ontológicamente necesari-

³ VANOSSI, Jorge Reinaldo; “La Interpretación Constitucional y las Lagunas en el Derecho”; Revista “Estudios de Derecho”; Universidad de Antioquia (Medellin, Colombia), 1961, N°61; página 70.

⁴ COSSIO Carlos, “La Plenitud del orden jurídico”; Editorial Losada, 2ª edición; Buenos Aires, 1947

rio, en función del cual se interpretan las normas; éste está dado por el enunciado principio de que "todo lo que no está prohibido está permitido"; que en nuestro ordenamiento surge claramente del artículo 19 de la Constitución Nacional. Esta norma no hace otra cosa, a criterio del autor, que sentar claramente la supremacía y prioridad de la esfera jurídicamente libre, frente a los límites de esa libertad solo concebidos para asegurar a su vez, la libertad ajena.

Kelsen⁵ sostiene que "*..tales lagunas no existen...cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues este no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada...; también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no está obligado, puesto que impone a cada sujeto la obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que no está prohibido. Por consiguiente el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio*"; desarrolla su argumento en torno al principio que "todo lo que no está prohibido está permitido"; lo que significa que todo sistema jurídico a través de esa fórmula adopta un Principio de Clausura.

Alchorrón y Bulygin⁶ han demostrado que **Kelsen** incurre en una falacia motivada por la ambigüedad de la expresión "permitido"; si la palabra es empleada en el sentido de "no prohibido", sería cierto que en todo sistema está implícito este principio, o sea todo sistema sería "cerrado", pero ello no es así.

Para explicarlo recurren a la distinción entre los *caracteres normativos*; que son elementos de las normas (por ejemplo sujeto, condiciones de aplicación, etcétera). La permisión (prohibición) fuer-

te no es un carácter de la norma sino de las conductas normadas por las normas; y los *caracteres de las conductas* que son elementos de la proposiciones normativas en el mismo sentido en que caracteres normativos son elementos de las normas. Entonces; los caracteres de las conductas (permisión fuerte y prohibición fuerte) se definen en términos de los caracteres de las normas; ya que una conducta tiene carácter normativo al existir una norma que permite o prohíbe. La distinción entre los caracteres de las normas y los caracteres de las conductas es primordial en el punto puesto que las dificultades surgen de la interpretación confusa de estos conceptos. Consecuentemente permitido y prohibido como caracteres de las normas son dos conceptos contradictorios; pero la permisión fuerte y la prohibición fuerte en cuanto caracteres de las conductas no son contradictorios; porque cabe una posibilidad y es que del sistema no se pueda inferir la prohibición ni la permisión de una conducta. Quizá **Nino**⁷ lo explica en forma más concreta; si la palabra "permitido", es empleada en el sentido de "no prohibido"; todo sistema tiene este principio; pero en tanto se trata de una tautología; así interpretado no cumple las funciones de clausura; porque no le asigna ninguna solución normativa a las conductas no prohibidas; en cambio, si "permitido" se interpreta "positivamente autorizado" es verdad que el principio elimina a todas las lagunas del sistema jurídico; pero no es verdad que sea necesario ya que el sistema puede o no incluir tal principio.

¿Cómo opera este principio en nuestro sistema?; si tomamos nuestra ley suprema debemos decir que en la Constitución habrá o no lagunas dependiendo si hay o no normas de clausuras. El artículo 19, segundo párrafo establece que "Ningún habitante de la nación será obligado a hacer

5 KELSEN Hans "Teoría Pura Del Derecho"; Editorial Eudeba, 4ª edición; Buenos Aires, marzo de 1999; página 135.

6 ALCHOURRON Carlos y BULYGIN Eugenio; "Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales"; Editorial Astrea, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 1998; páginas. 174-175.

7 NINO, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, páginas 94 y 95.

lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”; visto así aparece como una clausura pero relativa a la existencia de leyes. No solucionan todos los casos posibles a cerca de si una ley puede o no ser dictada. También es un ejemplo de clausura análoga el artículo 75 inciso 32 que establece “Corresponde al Congreso:...Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”... pero ¿Cuál es la amplitud de estas competencias excepcionales?.

CLASIFICACIÓN DE LAS LAGUNAS DEL DERECHO

- 2.1. Podemos definir como “laguna” *prima facie* a aquellos casos que no tienen solución dentro de un sistema normativo; “laguna normativa”; o que teniéndola es una solución “mala” o “injusta”: nos referimos a la “laguna axiológica”.

También se suele denominar “laguna” a aquellas situaciones de indeterminación, sea por el desconocimiento de una propiedad para resolver el caso individual o, por la vaguedad - que en mayor o menor medida - es inevitable exista en un concepto jurídico; **Alchourrón y Bulygin**⁸ explican, que si bien en estos supuestos se utiliza éste término; no hay que confundir este tipo de problemas con las “lagunas normativas”. Para hacer una distinción utilizan la siguiente clasificación; **lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento**.

- a. Consideran que estamos ante una **laguna de conocimiento** cuando se dan casos individuales, en los cuales falta el conocimiento de una pro-

piedad de hecho; no se sabe si pertenecen o no a una clase determinada de casos -caso genérico-, hay sin duda un déficit en nuestro conocimiento de los hechos.

- b. En cambio denominan **lagunas de reconocimiento** a aquellos casos individuales en los cuales lo que falta no es el conocimiento de una propiedad, sino la determinación semántica de conceptos que caracterizan un caso genérico; tampoco se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico de marras.

La diferencia radica en que el problema de las lagunas normativas gira en torno a los conceptos (lógico); mientras que en las lagunas de conocimiento y en las de reconocimiento el problema se presenta en relación a la aplicación de las normas a los casos individuales y su origen es de tipo empírico o empírico-conceptual (semántico). Las lagunas de reconocimiento surgen en los denominados por **Hart**⁹ *problemas de la “penumbra”*; a criterio del autor se dan frecuentemente sobre todo en relación a la aplicación judicial del derecho; lo cual consideramos que es cierto; si bien no podemos detenernos en el punto para no distraer el que nos ocupa; pero el tema es que algunos juristas han interpretado que esta situación de “penumbras” de **Hart** arroja como resultado la conclusión de que el derecho es esencialmente incompleto porque contiene numerosas lagunas. **Alchourron y Bulygin**¹⁰ concluyen llamar “lagunas” a los casos de penumbra, sin distinguirlas terminológicamente de las lagunas normativas, puede dar lugar a confusiones. Los casos de penumbra, es decir las lagunas de reconocimiento, “...nada tienen que ver con el problema tradicional de las lagunas del derecho; que es el problema de la *completitud normativa*”¹¹.

⁸ ALCHOURRÓN Carlos y BULYGIN Eugenio; Ob. cit; página, 63.

⁹ DE PARAMO ARGUELLES, Juan Ramón “ H.L.A.HART y la Teoría Analítica del Derecho”; Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España, 1984; página 35

¹⁰ ALCHOURRÓN C. y BULYGIN E. Ob. cit. páginas 64-65.

¹¹ La “bastardilla” es nuestra.

2.2. La gran clasificación que creemos es necesario analizar es la de **lagunas axiológicas** y **lagunas normativas**.

- a. En general hablamos de la existencia de una **laguna axiológica** cuando se trata de una situación que está contemplada en el ordenamiento jurídico pero cuya solución no aparece como “justa”; es una “mala” solución.

En tal sentido **Goldschmidt**¹² sostiene que las lagunas dikelógicas se producen cuando faltan normas requeridas por la justicia; y las sub-clasifica en: “*directas*”, si su ausencia se debe a causas históricas en razón de que los autores de normas no pudieron prever la necesidad dikelógica de las normas; e “*indirectas*” cuando las normas son tan injustas que no pueden ser aplicadas; por ejemplo en el Código Civil antes de la reforma de 1968, se excluía de la vocación hereditaria a los colaterales naturales; la jurisprudencia fue descartando esa disposición y luego fue acogida en la ley 17.711.

Alchourrón y Bulygin¹³ analizan el tema con mayor profundidad; explican cómo los jueces y juristas se refieren a la existencia de “lagunas de la ley” cuando ante una determinada situación; si bien existe una solución, la misma es “axiológicamente inadecuada”. Sin embargo, aclaran que no toda situación que podemos reputar como mala o injusta supone la existencia de una laguna, pues los juristas se refieren a las lagunas axiológicas cuando la solución del legislador no es adecuada toda vez que no tuvo en cuenta una distinción que debió haber tenido en

miras al momento de dictar la norma. Según los autores el uso del término “laguna” en este caso no es del todo arbitrario; ya que en realidad “se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto y que, de haberla considerado hubiera dado una solución diferente, en vez de solucionar el caso en forma genérica le hubiera dado una solución específica”; -lo cual de hecho en muchos casos es cierto-.

Por lo que, en principio, adhieren a esta definición a efecto de distinguir estas lagunas de las lagunas normativas. Sin embargo consideran necesario ahondar en algunas explicaciones tendientes a aclarar el concepto; que podemos sintetizar de la siguiente manera: primero; “laguna

axiológica” es - una propiedad- algo que se predica de un caso, lo que significa relativo a un sistema normativo; a un universo de acciones y a una hipótesis de relevancia; segundo; para que se trate de una laguna axiológica

debe ser un caso con solución si así no fuera sería laguna normativa y no axiológica, por lo tanto mutuamente excluyentes; tercero; se exige una propiedad que debe ser relevante de acuerdo con un determinado criterio axiológico - hipótesis de relevancia -.

A través de esta definición se trazan importantes distinciones conceptuales; primeramente permite la distinción entre lagunas normativas y axiológicas y; en segundo lugar las lagunas axiológicas de otros defectos axiológicos (políticos o éticos). Ya hemos dicho que las situaciones axiológicamente inadecuadas son denominadas “laguna” por los juristas. Si el legislador ha con-

“Las lagunas, en cuanto ausencia de normas para decidir se conceptúan en nuestro sistema como posibilidades, siempre alternativas, de poder utilizar normas supletorias”

¹² GOLDSMIDT Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”; Ediciones Depalma, 6ª edición; Buenos Aires, 1978; páginas 291-293.

¹³ ALCHOURRÓN Carlos y BULYGIN Eugenio; Ob. cit; páginas 157-161

siderado todas las circunstancias que deben ser relevantes al caso y posteriormente le dio una solución injusta estamos ante un defecto axiológico del sistema y *no* ante una laguna.

Para que, de acuerdo al hilo conductor del concepto de laguna axiológica que venimos siguiendo la misma exista, es necesario que haya una discrepancia entre la *tesis de relevancia del sistema* y la *hipótesis de relevancia* para el universo de acciones. Esto se comprenderá mejor a través del ejemplo del fallo del Tribunal del Reich alemán del 11/7/1927 citado por **English**¹⁴; en relación a la interrupción del embarazo por indicación médica. El artículo 128 del Código Penal Alemán vigente entonces, reprimía el aborto en forma genérica; y no contemplaba el caso específico del aborto por prescripción médica para salvar la vida o la salud de la mujer. Un médico practica el aborto por considerar que la madre, estando afectada psicológicamente por el embarazo corría serio riesgo de suicidarse. El médico en cuestión fue absuelto porque el Tribunal consideró que se trataba de una laguna del derecho penal; que llenó por medio de la interpretación del artículo 58 del mismo código, que se refería al estado de necesidad, y al "peligro inminente para el autor del hecho o un pariente del mismo"; en el caso no era aplicable sin duda alguna puesto que el "autor del hecho"- o sea el médico - no estaba en peligro, y la mujer no era su pariente. En este ejemplo la ley da una respuesta, insatisfactoria (injusta); porque no toma en cuenta una distinción que es relevante para el Tribunal; la diferencia entre aborto común y aborto atenuado por la intención de salvar una vida; la de la mujer. En palabras de **Alchourrón y Bulygin** es claro aquí el conflicto entre la hipótesis de relevancia del Tribunal y la hipótesis de relevancia del código; esto es un conflicto valorativo. Estamos

por lo tanto ante un caso de "laguna axiológica" según la definición que estamos utilizando.

- b. Denominamos **laguna normativa** a aquella situación no contemplada en el ordenamiento normativo. Hay un "vacío" legal. El sistema jurídico no tiene una solución normativa para un caso concreto.

Esta situación puede darse según lo explica **Goldschmidt**¹⁵ por distintos motivos; sea porque el legislador simplemente se olvidó de contemplar una situación; o porque estamos ante un acontecimiento científico-técnico que el legislador no pudo haber previsto; por ejemplo el artículo 14 de la Constitución Nacional se refiere a la prohibición de censura previa en materia de prensa; y es obvio que los constituyentes de 1853/60 se referían a la prensa impresa y no pudieron prever la prohibición de la censura previa en relación la televisión; filmaciones y mucho menos aún respecto de la informática.

En la doctrina alemana se distingue entre **lagunas primarias** (originarias), que existen en el ordenamiento normativo desde la creación del mismo; y las **lagunas secundarias** (derivadas) que son las sobrevinientes como consecuencia de un cambio en la situación de hecho; tal el ejemplo de los avances tecnológicos; como las devenidas de un cambio en las valoraciones. Sin embargo **Alchourrón y Bulygin**¹⁶ explican como a su criterio hay una confusión puesto que si bien es cierto que una nueva propiedad puede llegar a existir como resultado de avances tecnológicos, pero esa presencia solo creará el problema cuando tal propiedad sea valorada como (prescriptivamente) relevante. Lo que a su criterio muestra que en realidad las llamadas lagunas derivadas son lagunas axiológicas; y surgen de un solo modo que es a

¹⁴ ENGLISH Karl, "Introducción al Pensamiento Jurídico", Madrid, 1967, pag. 172. Ver ALCHOURRON C. Y BULYGIN E. Op. Cit, pag. 162 y 163.

¹⁵ GOLDSCHMIDT Werner; ob.cit. páginas 289-291.

¹⁶ ALCHOURRON C. y BULYGIN E. Ob.cit.pág.165-167

través del cambio en las valoraciones; los cambios fácticos solo dan paso a las lagunas axiológicas si van acompañados de nuevas valoraciones.

Es necesario asimismo aclarar que no se debe confundir la laguna normativa (ausencia de norma) con los casos de incoherencia (super abundancia de soluciones), porque si bien el resultado puede ser el mismo; son distintos los procedimientos a seguir por los juristas; puesto que en el caso de existencia de "lagunas" deberán hallar una solución fundándose en la analogía, en los principios generales del derecho, naturaleza jurídica de una institución, etc.

Resulta por demás claro como lo explica **Bobbio**¹⁷; La plenitud (o completud o completitud) consiste en la ausencia de lagunas normativas, entendiéndose por "laguna"; la carencia de una norma que regule un caso posible. La coherencia, en cambio consiste en la ausencia de contradicciones o antinomias; entendiéndose por tal al exceso de normas que regulen una misma situación de forma incompatible. Mientras que la Plenitud es un carácter en cierto modo externo al Derecho, la coherencia es más bien interno. Agrega **Bobbio** "*visto desde fuera, en la medida que se relaciona con la realidad, el derecho es perfecto si no le faltan normas; visto desde adentro, en la medida que se relaciona con la lógica, el derecho es perfecto si no le sobran normas*".

III. ¿CUALES SON LAS SOLUCIONES QUE APARECEN NORMALMENTE EN LOS SISTEMAS NORMATIVOS PARA CUBRIR LAS LAGUNAS QUE EN ELLOS SE PRESENTAN Y QUE DECIMOS; ENTONCES SE TRATA DE SISTEMAS "PLENOS" O "HERMÉTICOS"?

Decíamos en el primer párrafo si no es en realidad

este problema una cuestión de terminología; un claro ejemplo de ello a nuestro criterio es lo expresado por **Zitelman**; quien primeramente establece que "no hay lagunas en el derecho"; dando por sentada la solución del método analógico; estableciendo que en ese caso lo que el juez hace son "correcciones"; y da el nombre de "lagunas auténticas" a aquellos casos que se producen cuando dentro de los límites expresados por la ley hay muchas posibilidades y la ley nada dice respecto de a cual de ellas se refiere; en este caso el juez debe suplir esa laguna...; entonces para el autor hay o no lagunas en el derecho?. A nuestro criterio no resulta claro.

* Quienes postulan la teoría de la *inexistencia de lagunas* en el derecho; **Kelsen** o **Cossio**, (cuyas doctrinas fueron expuestas en el punto I; 2) lo hacen por considerar que un sistema de normas o un ordenamiento jurídico tiene un principio -tal en nuestro ordenamiento el del artículo 19 de la Constitución Nacional - que torna al sistema "cerrado" y permite "llenar" los vacíos; y resolver todas las situaciones no expresamente normadas que en dicho ordenamiento pueden producirse. Esta norma estaría estableciendo la primacía y prioridad de la esfera jurídicamente libre, cuyo único límite es a su vez la libertad de otro.

* Quienes adscriben a la tesis de la *existencia de lagunas* en el derecho establecen la solución de las mismas a través del mismo sistema; sea por la analogía; sea por los principios generales del derecho, - Principio de autointegración del derecho-

Entre ellos **Del Vecchio**¹⁸ quien admite la existencia de lagunas ; pero sostienen la "*Plenitud*" del sistema en virtud de que es el mismo ordenamiento jurídico que provee de las herramientas necesarias para cubrirlas; **Carnelutti**¹⁹ entiende por "*Plenitud*" del sistema también que el mismo contenga la solución a las lagunas "*La perfección del ordenamiento jurídico no debe*

¹⁷ BOBBIO Norberto, "Filosofía y Derecho"; interpretado por RUIZ-MIGUEL, Alfonso; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1983; página 243.

¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio, "Filosofía del Derecho"; 5ª edición en español; Barcelona, 1947.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco "Teoría General del Derecho", Madrid, 1955, página 107. Citado por Alchourón y Bulygin; Op. cit. página 180.

entenderse pues, como una propiedad suya en el sentido de la inexistencia de las lagunas ; sino más bien en el sentido de la exigencia de que ellas sean eliminadas.."; Goldschmidt²⁰ a referirse a la "Plenitud" o "hermeticidad" del sistema; lo hace en igual sentido.

Es una característica de los sistemas de normas; el prever dicha solución. Nuestro Código civil es un sistema de normas y como tal prevé la solución a los vacíos legales en los artículos 15 que establece "Los jueces no pueden abstenerse de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes"; y el 16 reza "Si una cuestión civil no puede resolverse , ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Este principio es complementado por el artículo 273 del Código Penal (ley 11.179) que establece que "será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley en la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia..."

La obligación del juez de decidir conlleva la necesaria "plenitud" del sistema. Que el sistema se defina como cerrado no quiere decir que necesariamente lo sea; sino que cree serlo. Por eso las lagunas; en cuanto ausencia de normas para decidir se conceptúan en nuestro sistema como posibilidades, siempre alternativas, de poder utilizar normas supletorias; no previstas para un caso concreto, pero adaptable a diversas situaciones. De este modo se podrá mantener la ficción del ordenamiento completo.

La idea de plenitud del ordenamiento surgen a partir de la codificación; la pretensión de que el Derecho Positivo pudiera ofrecer respuesta a todas las cuestiones que requieren una solución jurídica, es lo que plantea el problema de las lagunas; al que se ofrecie-

ron diversas respuestas orientadas a debatir su existencia o a suplirlas para garantizar la plenitud del sistema.

La detección de lagunas normativas es la consecuencia de una labor de quien es interpretador; que deberá establecer cuándo y cómo se llenaran dichos "vacíos" a través de las técnicas de interpretación previstas para dicha tarea. De ahí la necesidad - dado el papel relevante que cumplirá el interpretador- de que las reglas hermenéuticas sean de la mayor claridad que fuera posible.²¹

De manera que sea por una norma de "clausura" o sistema "cerrado" ; sea por el principio de Integración del ordenamiento normativo; en ambas posturas; se plantea que es el propio sistema jurídico el que contiene la solución.

IV. UNA POSTURA DIFERENTE.

Alchourrón y Bulygin²² sostienen que en las doctrinas filosóficas más difundidas generalmente se pretende negar la existencias de las lagunas normativas, o atenuar su importancia utilizando como argumentos la función del juez. Esta doctrina tiene una versión que sostiene que aunque haya lagunas para el súbdito, no las hay para el juez porque él tiene el deber de juzgar, según se lo ordena el sistema. La versión más débil de dicha doctrina es que el juez puede (aunque no debe) resolver todos los casos que se le presenten con la aplicación del derecho existente y sin necesidad de modificarlo, es decir resuelve el caso concreto pero no "llena" las lagunas.

Estos autores consideran que esta doctrina es insostenible alegando las siguientes razones: Si bien de las normas pre-referidas (Código Civil y Código Penal) no surge la obligación "específica" del juez de juzgar; sí es claro que no puede abstenerse de hacerlo; o condena al demandado o rechaza la demanda; tomando

²⁰ GOLDSCHMIDT Werner, Op.cit, página 336.

²¹ Ampliar de BALAGUER CALLEJÓN, M. Luisa; "Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico"; Tecnos; Madrid, páginas 120-122

²² Op. Cit. Capítulo VIII, secciones 5,6 y 7, páginas 214-224

cualquiera de los dos caminos cumple con la función “genérica” de juzgar. Ahora bien el problema se presenta cuando el juez tiene la obligación además, de fundar las sentencias; y el sistema primario (o del súbdito) nada dice en relación al *status* deóntico de la conducta del demandado; el juez no podrá cumplir con la obligación de fundar su decisión en ese sistema; como presupuesto de máxima lo que podrá hacer es modificar en primer lugar el sistema primario llenando las lagunas y fundar luego su decisión en el sistema modificado. Pero es evidente que en este caso el juez debería estar autorizado a crear derecho; porque bien sabemos que la función del juez es la de interpretar y no crear derecho; solo expresa autorización; tal lo que ocurre, por ejemplo con el Código Civil Suizo del 10 de diciembre de 1907 que en su artículo 1º deja sentado que en caso de no haber legislación aplicable se recurrirá en primer lugar al derecho consuetudinario; y a falta de una costumbre “el juez debe proceder en virtud de las reglas que establecería si hubiese de actuar como legislador”. En este caso es sencillo porque el juez modifica primero el sistema integrándolo con la nueva norma que soluciona el caso de la laguna; y una vez completada la laguna, juzga conforme al nuevo sistema. Pero que el juez esté autorizado a modificar el derecho no significa que la laguna no existe; más bien en contrario; si no hubiera lagunas no sería necesario una cláusula de este tipo.

Aquí es donde se concluye que si el juez no tiene posibilidades de modificar el sistema primario; la situación no tiene solución; necesariamente dejará de cumplir con alguna de sus obligaciones; la prohibición de abstenerse de juzgar; la obligación de juzgar conforme a derecho; y la prohibición de modificar el derecho. En efecto; a) si soluciona el caso individual pero no el caso genérico; su decisión no estará fundada en el sistema primario; y violará el deber de juzgar conforme a derecho; b) Si soluciona el caso genérico y modifica el sistema actuaría como legislador; entonces realizaría aun acto prohibido y c) si se abstiene de re-

solver el caso viola el deber de juzgar. *Solo habrá solución si el sistema es completo.*

Para estos doctrinarios la exigencia de “completitud” de un sistema jurídico; no es injustificada; lo que si rebaten por considerar injustificado es que la – no puesta en duda- necesidad de completitud de un sistema normativo haga que la mayoría de los autores afirmen que “todos los sistemas jurídicos son completos”. Parece razonable como una regla ideal, que establezca como debe ser un buen sistema normativo; o sea que propiedades o características debe reunir para la solución de todos los casos: esta regla expresa un ideal: el ideal de completitud normativa. Se trata de un ideal puramente racional porque está ligado a una actividad racional por excelencia y es el caso de explicar, fundamentar, y dar razones.

Asimismo ²³ tratan de caracterizar esta actividad (racional) en lo relacionado con los sistemas normativos; donde explican que justificar normativamente la clasificación deóntica de una conducta a través de un sistema normativo consiste en demostrar que en ese sistema se infiere (es consecuencia del sistema) la obligación, la prohibición o la permisión de la conducta de que se trata. Lo que un sistema normativo justifica no es la conducta, sino la solución, la clasificación deóntica de la conducta. Así como la explicación causal puede tener por objeto hechos empíricos (individuales), o leyes naturales (generales); también la justificación normativa puede referirse tanto a conductas individuales (soluciones individuales); como conductas genéricas (soluciones genéricas).

Los autores advierten una analogía entre la estructura lógica de la justificación normativa y la de la explicación científica que denominan causal. “En ambos casos explicar (o justificar) equivale a mostrar que la descripción de un cierto fenómeno (un hecho o una ley natural; una solución individual o genérica) es deducible de un sistema (científico o normativo) y de ciertos enunciados descriptivos de las condiciones antecedentes del caso” .

²³ Op. Cit. pág. 229-231

El ideal de completitud no es de exclusividad de los sistemas normativos; también debe existir en los sistemas científicos; los primeros lo serán en tanto presenten solución a todos los casos; los segundos en tanto tengan explicación para todos los fenómenos de su ámbito científico.

Este concepto de completitud aplicado a los sistemas jurídicos, presupone entonces que todos los casos son solucionables; lo que equivale a decir que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo que lo correlacione con alguna solución. Los autores afirman que decir que “todos los casos son solucionables” es una visión particular; que denominan normativa; fundada única y exclusivamente en el “Principio de Razón Suficiente” (en el cual también de deben fundamentar la completitud de los sistemas científicos) y es independiente de toda ideología política o filosófica.

De la mano del ideal de “completitud” deberá ir del de “coherencia”, que exige que ningún caso tenga dos o más soluciones incompatibles. El ideal de coherencia también tiene su fundamento en el Principio de la Razón.

V. NUESTRA OPINIÓN

Consideramos que no es posible negar que frecuentemente se dan situaciones no contempladas por la ley; hay un vacío legal; a nuestro criterio son las “**lagunas normativas**”.

También existen situaciones que si bien están contempladas por una ley, ésta es “injusta”; la norma está; pero es inaplicable; son la llamadas “**lagunas axiológicas**”.

No coincidimos con las doctrinas que niegan la existencia de “lagunas” en el derecho y que consideran al

principio de “todo lo que no está prohibido está permitido” como una norma “cerrada” o de “clausura” que hace que no haya lagunas en un sistema normativo.

Coincidimos que la obra de **Alchurrón** y **Bulygin** es la más clara; exhaustiva y profunda en relación a la clasificación de las lagunas del derecho.

Sin embargo si bien afirmamos que existen lagunas en el derecho; consideramos que es propio de un Sistema de Normas contemplar la solución para que dicha laguna desaparezca; el sistema es “pleno” o “hermético” en tanto y en cuanto permite solucionar dichas lagunas; pero ello no significa negar la existencia de las mismas.

“Consideramos muy difícil que se de un sistema de normas ‘perfecto’; todos son perfectibles; desde que es así siempre habrá ‘lagunas’ ”

Consideramos muy difícil que se de un sistema de normas “perfecto”; todos son perfectibles; desde que es así siempre habrá “lagunas”; las que se solucionarían gracias a la previsión de reglas

hermenéuticas (que establezcan cuándo; como y en que casos actuará el interpretador); que estén dotadas de la de la mayor claridad que sea posible; como instrumento de control de la actividad interpretativa.

Coincidimos en la “plenitud” del sistema pueda llevarse a cabo a través de dos tipos de integración:

- a. La “**autointegración**”; que se produce cuando la solución deviene del propio ordenamiento jurídico existente (justicia formal); que se realiza a través de la *analogía* y de los *principios generales del mismo ordenamiento que debe integrarse*.
- b. La “**heterointegración**”; que se produce cuando la solución se encuentra fuera del propio orden normativo; recurriendo a la justicia material; al deber ser ideal del valor.

- c. Siempre será preferible recurrir como primera medida a la autointegración; y en última instancia a la heterointegración²⁴.

VI. LAS LAGUNAS DEL DERECHO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Consideramos que en el caso del Derecho Constitucional es también posible hablar de “Lagunas normativas” y “Lagunas axiológicas”.

- a. En relación a las “lagunas normativas” de la Constitución; ellas serían entonces siguiendo la línea que recorrimos hasta ahora; la ausencia de una norma que resulte esencial para el funcionamiento del Estado; o la ausencia de un derecho o una garantía, que debiendo estar plasmados en la Constitución no lo está.

La carencia normativa se acentúa cuando más nos alejamos en el tiempo de la fecha de su sanción o última reforma; puesto que el constituyente no puede prever los cambios; circunstancias y avances tecnológicos, entre otros motivos, que da origen a una carencia de normas.

En la Constitución Argentina un caso que siempre se daba como ejemplo de “laguna” era el del derecho a la vida que, normalmente se haya explícito en el derecho constitucional comparado. La respuesta que se daba normalmente es que es uno de los derechos reconocidos implícitamente por la constitución. Este es solo un ejemplo de derechos que no estaban contemplados expresamente en la Carta Magna.

Ahora bien; después de la reforma constitucional de 1994 casi no hay derechos implícitos pues casi todos han quedado consagrados expresamente en el capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías” y a través de la incorporación con jerarquía

constitucional de los Tratados de Derechos Humanos del artículo 75, inciso 22. Ello no obsta a que en un futuro y antes de una próxima reforma en algún momento haya algún derecho que vuelva a producir un “vacío legal”; en este caso sostenemos las mismas pautas de integración que para el derecho en general.

Es por medio del mismo sistema jurídico; en este caso de la Constitución que se hará la integración; a través de la interpretación que realicen los jueces; buscando la solución dentro del mismo ordenamiento; “autointegración”; dentro del mismo texto Constitucional; por ejemplo recurriendo al principio del artículo 19, 2° párrafo que establece que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”; pero no en sentido de norma de “clausura” que lo utilizan argumentalmente quienes pretenden negar las lagunas del derecho; sino conforme al sentido que le da **Nino** (que fuera abordado en el punto 1.2); o el artículo 18 cuando establece que “nadie puede ser penado sin ley previa al hecho del proceso”; es en materia penal una norma de clausura; en esa materia cubriría todo los casos posibles; también recurriendo al artículo 33 de “derechos implícito”; como la Corte Suprema lo ha hecho en varias ocasiones.

Un ejemplo que sin duda era una situación de “laguna” normativa en el texto constitucional y fue “cubierta”; es el caso de la garantía del amparo que surge como creación pretoriana en 1957; caso **Angel Siri**²⁵ (contra actos de autoridad pública); y en 1958 caso **Samuel Kot**²⁶ (contra actos de particulares); no estando contemplada en el texto constitucional; los jueces hacen lugar a la acción con fundamento en los derechos implícitos. Así nace el amparo en nuestro derecho y es un caso típico de la tarea de integración

²⁴ Ampliar de GOLDSCHMIDT Werner; Op.cit. páginas 286-300

²⁵ CSJN, Fallos 239:459

que deben llevar adelante los jueces con miras a cubrir las lagunas del derecho.

Sin encuadrar en la autointegración ni en la heterointegración; cabe aclarar que la interpretación e integración constitucionales pueden cubrir lagunas recurriendo al derecho constitucional extranjero; prueba de ello es que en numerosos casos se recurre a fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos para resolver casos argentinos; típico ejemplo lo que ocurrido en materia de control judicial de Constitucionalidad en los fallos “*Marbury v Madison*”²⁷ y “*Sojo*”²⁸.

Las “lagunas axiológicas”; serían dentro de este contexto aquellas normas de jerarquía constitucional que es arbitraria, injusta o la que no contempla el bien común.

Aparece como más dificultoso que se den este tipo de lagunas en un texto constitucional; **Sagüés**²⁹ nos explica que la hipótesis de que en el texto constitucional haya normas gravemente injustas que la tornen inaplicable es a menudo negada; y no porque en el mundo del derecho constitucional no existan injusticias; sino porque las injusticias rara vez son retratadas por la norma constitucional; toda vez que el constituyente generalmente presenta a la constitución como “una joya pulida y facetada”: Las injusticias constitucionales sin embargo proliferan en el orden de la realidad jurídico-política, solo esporádicamente la vemos en el texto constitucional; y cita un ejemplo por demás elocuente; el artículo 8 de la Constitución de Irán de 1978 afirma el principio de “intransigencia ética”; y señala que “todas las leyes y reglamentos civiles, penales, financieros,

económicos, administrativos, militare, políticos, etcétera, deberán fundarse en criterios islámicos”. El Estado asume el rol de iglesia y por cierto con un alto criterio de intolerancia.

Un ejemplo nuestro de cláusula “injusta”; por discriminatoria podría ser el artículo 25 que establece que “El gobierno federal fomentará la inmigración europea....”

Bidart Campos³⁰ también considera que no es fácil admitir casos de carencia dikelógica de normas; - en principio -; pero por distintos motivos; considera que si aceptamos la supremacía de la constitución formal; no podemos dejar de aplicar una de sus normas por considerarla injusta, ni elaborar una norma sustitutiva mediante el salto a la justicia material. Sustituir una norma existente en la constitución y provocar una carencia de norma porque a la que existe se la margina en virtud de considerarla injusta, parece, *prima facie*, sublevación contra la voluntad histórica del autor de la constitución. El procedimiento solo sería viable excepcionalmente - y también como principio- en casos extremos que justificaran una revolución. No compartimos sin embargo la postura del maestro, y ello porque consideramos que es el juez; y en este caso la Corte suprema de Justicia de la Nación el último intérprete de la Constitución, y entonces si considera que es una norma “injusta”; obviamente no puede cambiarla porque solo se podría por medio de una reforma constitucional; pero si podría no aplicarla; sutituyéndola por otra dentro del sistema o haciendo de la misma norma una interpretación distinta; y aún como dijimos tomando como modelo casos de jurisprudencia extranjera. Dsg

²⁶ CSJN, Fallos, 241:291

²⁷ 1 Cranch 137, 2 L.Ed.60 (1803)

²⁸ CSJN, Fallos, 32:120 (1887)

²⁹ SAGÜÉS Néstor Pedro, “La Interpretación Judicial de la Constitución”; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998; página 165.

³⁰ BIDART CAMPOS, Germán; “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”; Ediar, Buenos Aires, 1995; Tomo 1, página 70