

207007

C.B. 2843803

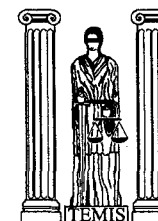
NORBERTO BOBBIO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

*Tercera edición,
revisada y corregida*

AZCAPOTZALCO
COSEI BIBLIOTECA

02843803



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2007

necen a la misma categoría. Hay un episodio de *I promessi sposi**, que ilustra muy bien las razones morales por las que es bueno que en el derecho no existan antinomias. Es el episodio del homicidio cometido por Fray Cristóforo (alias Ludovico). La riña, seguida de un doble homicidio, surgió porque "los dos [Ludovico y su adversario] caminaban rozando la pared; pero Ludovico [nótese bien] lo tocaba con el lado derecho, y esto, según una costumbre, le daba el derecho (¡hasta dónde se tiene que meter el derecho!) de no separarse de la pared para dar paso a quien fuera, cosa a la cual entonces se le daba mucha importancia. El otro pretendía, por el contrario, que ese derecho le competía a él, por ser noble, y que a Ludovico le tocaba ir por el centro, y esto en razón de otra costumbre. Como se observa, en este caso, como en muchos otros, estaban en vigor dos costumbre contrarias, sin que se hubiere decidido cuál de las dos era la correcta; lo que podría ocasionar una guerra, cuando un testarudo se tropezara con otro del mismo carácter"¹².

* Se trata de la novela de A. MANZONI, *Los novios*. [N. del T.].

¹² *I promessi sposi*, cap. IV, ed. Einaudi, pág. 58. El episodio es citado por C. E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole dei costume*, 1958, pág. 368.

CAPÍTULO IV

LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

72. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

Examinamos en los dos capítulos precedentes dos características del ordenamiento jurídico: la unidad y la coherencia. Nos queda ahora por considerar una tercera característica, que le es comúnmente atribuida: la *plenitud*. Por *plenitud* se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente "laguna" (en uno de los sentidos del término "laguna"), plenitud significa "ausencia de lagunas". En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de plenitud, podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria.

Queriendo especificar, la falta de plenitud consiste en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíba determinado comportamiento ni una norma que lo permita. En efecto, si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisón de cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna.

Con esta definición más técnica de plenitud se comprende mejor cuál es el nexo entre el problema de la plenitud y el de la coherencia, examinado en el capítulo precedente. Podemos, en efecto, definir la coherencia como aquella propiedad en virtud de la cual no es posible demostrar, en ningún caso, la pertenencia al sistema de una determinada norma y de su contradictoria. Como hemos visto, nos encontramos frente a una determinada norma y de su contradictoria. Como hemos visto, nos encontramos frente a una antinomia cuando nos damos cuenta de que al sistema pertenecen simultáneamente tanto la norma que prohíbe determinado

comportamiento como la que lo permite. Por tanto, el nexo entre coherencia y plenitud radica en lo siguiente: la coherencia significa exclusión de toda situación en que dos normas que se contradicen pertenezcan al sistema; la plenitud significa exclusión de toda situación en la cual no pertenezca al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen. Entonces llamaremos "incoherente" a un sistema en el que existan *tanto* normas que no permitan un cierto comportamiento *como* aquellas que lo permiten; e "incompleto" al sistema en el que no exista *ni* la norma que prohíbe determinado comportamiento *ni* la norma que lo permite.

El nexo entre los dos problemas por lo general se ha pasado por alto, pero no faltan en la mejor literatura jurídica alusiones a la necesidad de un estudio común. Por ejemplo, en el *Sistema* de SAVIGNY se lee este párrafo que me parece muy significativo: "... el conjunto de las fuentes del derecho ... forma un todo, que está destinado a la solución de todas las cuestiones que se presenten en el campo del derecho. Para responder a tal fin, este debe presentar dos características: *unidad y plenitud* ... El procedimiento ordinario consiste en deducir del conjunto de las fuentes un sistema de derecho ... Si falta la *unidad*, entonces se trata de eliminar una *contradicción*; si falta la *plenitud*, entonces se trata de llenar una *laguna*. En realidad estas dos cosas pueden reducirse a un único concepto fundamental. En efecto, nosotros tratamos de establecer siempre la unidad: la unidad negativa elimina las contradicciones; la unidad positiva llena las lagunas"¹.

CARNELUTTI, en su *Teoria generale del diritto*, trata conjuntamente los dos problemas, y habla de falta de plenitud por *exuberancia* en el caso de las antinomias, y de falta de plenitud por *deficiencia* en el caso de las lagunas, cuyo remedio son opuestos: el de la *purga* del sistema para eliminar las normas exuberantes, o sea las antinomias, y el de la plenitud para eliminar la deficiencia de normas, o sea las lagunas². CARNELUTTI sabe bien que la antinomia es un caso en el que hay más normas de las que debería haber, es decir, lo que hemos expresado en la forma *tanto ... como*, donde el deber del intérprete es suprimir aquello que está de más; la laguna, por el contrario, es un caso en el que hay menos normas de las que debería existir, o sea lo que hemos expresado con las dos conjunciones *ni ... ni*, en donde el deber del intérprete es el opuesto, es decir agregar lo que falta.

Así como en relación con la característica de la coherencia, el problema del teórico general del derecho es saber en qué medida un orde-

¹ F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., vol. 1., § 42, pág. 267.

² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2ª ed., 1946, pág. 76.

namiento jurídico es coherente, respecto de la característica de la plenitud, nuestro problema es saber en qué medida un ordenamiento jurídico es completo. Por lo que respecta a la coherencia, hemos manifestado que ella es una exigencia, mas no una necesidad, en el sentido de que la exclusión total de la antinomia no es condición necesaria para la existencia de un ordenamiento jurídico, puesto que un ordenamiento jurídico puede tolerar en su seno normas incompatibles, sin desaparecer. Frente al problema de la plenitud, si consideramos un determinado tipo de ordenamiento jurídico, como el italiano, caracterizado por el principio de que el juez debe juzgar todo caso mediante una norma perteneciente al sistema, la plenitud es algo más que una exigencia, es una necesidad, o sea, es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema. La norma que establece el deber que tiene el juez de juzgar todo caso con fundamento en una norma que pertenece al sistema, no se podía exigir si no se presupone que el sistema es completo, o sea, que tiene una regla para todos los casos. Por tanto, la plenitud es una condición sin la cual el sistema no podría funcionar en su complejidad. El arquetipo de los ordenamientos fundados, como se ha dicho, en el *dogma de la plenitud* es el Código Civil francés, cuyo artículo 4º dice: "El juez que se niegue a juzgar, so pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia"*. En el derecho italiano este principio está establecido en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "Al pronunciarse sobre la causa el juez debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir según la equidad".

En conclusión, la plenitud es una condición necesaria para aquellos ordenamientos en los que las siguientes reglas tengan validez: 1) el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten a examen; 2) y está obligado a juzgarlas con fundamento en una norma que pertenezca al sistema.

Se comprende que si una de las dos reglas desaparece, la plenitud deja de ser considerada como un requisito del ordenamiento. Podríamos suponer dos tipos de ordenamientos incompletos, según que falte la primera o la segunda de las dos reglas. En un ordenamiento en el que no existiere la primera regla, el juez no estaría obligado a juzgar todas las con-

* El ordenamiento colombiano trae un precepto similar en el artículo 48 de la ley 153 de 1887: "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia". [N. del T.]

troversias que le fueren presentadas; podría, pura y simplemente, rechazar el caso por ser jurídicamente irrelevante, con un juicio de *non liquet*. Para algunos, el ordenamiento internacional es un ordenamiento de este tipo: el juez internacional tendría facultad en algunos casos para no desestimar ni dar la razón a ninguno de los contendientes, y esta decisión sería diferente (aunque es discutible que así sea) de la decisión del juez que desestimare a uno y le diere la razón al otro, o viceversa.

En un ordenamiento en el que faltare la segunda regla, el juez estaría, ahí sí, obligado a juzgar los casos, pero no según una norma del sistema. Este es el caso del ordenamiento que autoriza al juez a juzgar, a falta de una disposición legal o de ley que pueda utilizarse, según equidad. Se pueden considerar como ordenamientos de este tipo el inglés y, en alguna medida, el suizo, que en ausencia de ley o de costumbre autorizan al juez para resolver la controversia, como si él mismo fuera el legislador.

Se comprende que en un ordenamiento en el que el juez esté autorizado para juzgar en equidad, no tiene ninguna importancia el hecho de que el ordenamiento sea preventivamente completo, porque en todo momento es completable.

73. EL DOGMA DE LA PLENITUD

El dogma de la plenitud, es decir, el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que en todo caso pueda ofrecer al juez una solución sin tener que recurrir a la equidad, ha sido dominante, y lo es todavía hoy en parte en la teoría jurídica continental de origen romanista. Algunos lo consideran como uno de los aspectos sobresalientes del positivismo jurídico.

Remontándonos en el tiempo, este dogma de la plenitud nació probablemente en la tradición romanista medieval, cuando poco a poco el derecho romano comenzó a ser considerado como el derecho por excelencia, enunciado en el *Corpus iuris* de una vez por todas y de una vez para siempre, al cual no había nada que agregarle ni nada que le sobrara, porque contiene las reglas con las que el buen intérprete está en capacidad de resolver todos los problemas jurídicos que se le presenten o que puedan presentársele. La completa y sutil técnica hermenéutica que desarrollan los comentaristas del derecho romano, lo mismo que los tratadistas, es especialmente una técnica para el conocimiento y el desarrollo interno del derecho romano, sobre el presupuesto de que este constituye un sistema potencialmente completo, una especie de mina inagotable de

la sabiduría jurídica, que el intérprete debe limitarse a excavar para encontrar la veta escondida. Si se nos permitiera resumir con una frase el carácter de la jurisprudencia que se ha desarrollado bajo el imperio y la sombra del derecho romano, diríamos que ella ha desarrollado el método de la *extensión* a costa del método de la *equidad*, inspirándose más en el principio de autoridad que en el de la naturaleza de las cosas.

En los tiempos modernos el dogma de la plenitud se ha convertido en componente de la concepción estatalista del derecho, es decir, de la concepción que hace de la producción jurídica un monopolio del Estado. A medida que el Estado moderno crecía en potencia, se iban agotando todas las fuentes del derecho que no fueran la ley, o sea la voluntad del soberano. La omnipotencia del Estado se volcó sobre el derecho de origen estatal, y no reconoció otro derecho que no tuviera origen directo o indirecto en el soberano. Omnipotente como el Estado del cual emana, el derecho estatal debía regular todo caso posible. ¿Si existiesen lagunas, qué otra cosa debería hacer el juez aparte de recurrir a las fuentes jurídicas extraestatales, como la costumbre, la naturaleza de las cosas, la equidad? Admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo, significaba introducir un derecho paralelo, romper el monopolio de la producción jurídica estatal. De allí que la afirmación del dogma de la plenitud vaya paralela con la monopolización del derecho por el Estado.

Para mantener este monopolio, el derecho del Estado debe servir para todo uso. Las grandes codificaciones son la expresión macroscópica de esta voluntad de plenitud. Y es, se sabe, precisamente en el interior de una de estas grandes codificaciones donde se ha pronunciado el veredicto de que el juez debe juzgar siempre de acuerdo con el sistema ya dado. La ilusión de la codificación es la plenitud, esto es, una regla para cada caso. El código es para el juez un prontuario que le debe servir infaliblemente y del cual no puede apartarse.

Ante toda gran codificación (tanto la francesa de 1804 como la germana de 1900) se ha desarrollado entre los juristas y los jueces la tendencia a atenerse escrupulosamente a los códigos, situación que se ha predicado especialmente de los juristas franceses en relación con los códigos napoleónicos, pero que se podría extender a todas las naciones con derecho codificado, como un *fetichismo legislativo*. En Francia, a la escuela jurídica que se ha impuesto después de la codificación se la llama generalmente con el nombre de *escuela de la exégesis*, y se la contrapone a la *escuela científica*, que aparece más tarde. El carácter peculiar de la escuela de la exégesis es la admiración incondicional por la obra cumplida

por el legislador por medio de las codificaciones, una fe ciega en la suficiencia de las leyes, en definitiva la creencia de que el código, una vez dictado, se basta completamente a sí mismo, es decir, no tiene lagunas, en otras palabras es el dogma de la plenitud jurídica. La escuela de la exégesis existió no solo en Francia, sino también en Italia, en Alemania y en otros países, y existe aún hoy, como veremos a pesar de que el problema de las lagunas haya sido planteado críticamente. Faltaría por decir que la escuela de la exégesis y la codificación son fenómenos estrechamente conexos, y difícilmente separables.

Cuando, como veremos en el párrafo siguiente, comenzó la reacción contra el fetichismo legislativo y, al mismo tiempo, contra el dogma de la integridad, uno de los mayores representantes de esta reacción, el jurista alemán EUGEN EHRLICH, en un libro dedicado al estudio y a la crítica de la mentalidad del jurista tradicional, *La logica dei giuristi (Die juristische Logic, Tübingen, 1925)*, afirmó que el razonamiento del jurista tradicional, anclado en el dogma de la plenitud, estaba fundado sobre estos tres presupuestos: 1) la proposición mayor de todo ordenamiento jurídico deber ser una norma jurídica; 2) esta norma debe ser siempre una ley del Estado, y 3) todas estas normas deben formar en su conjunto una unidad. EHRLICH, golpeando la mentalidad tradicional del jurista, quería atacar la postura del conformismo estatista, que el dogma de la plenitud había generado y arraigado en la jurisprudencia.

74. CRÍTICA DE LA PLENITUD

El libro de EHRLICH, ya citado, es una de las expresiones más significativas de la revuelta contra el monopolio estatal del derecho, que se desarrolló casi simultáneamente en Francia y en Alemania a fines del siglo pasado, y que se le conoció con diferentes nombres, pero especialmente con el de *escuela del derecho libre*. El blanco de esta tendencia es el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. Si se quiere atacar el fetichismo legislativo de los juristas, es necesario acabar ante todo con la creencia de que el derecho estatal es completo. La batalla de la escuela del derecho libre contra las diferentes escuelas de la exégesis es una batalla por las lagunas. ¿Acaso los comentaristas del derecho positivo no afirmaban que el derecho no tenía lagunas, y que el deber del intérprete era únicamente el de hacer explícito lo que estaba ya implícito en la mente del legislador? Sin embargo, los partidarios de la nueva escuela afirman que el derecho positivo está lleno de lagunas, y que para llenarlas es necesario confiar principalmente en el poder creativo del juez, o sea, de

quienes están llamados a resolver los infinitos casos que suscitan las relaciones sociales, más allá y por fuera de toda regla preconstituida.

Son varias las razones por las que a fines del siglo XIX surgió y se desarrolló rápidamente este movimiento contra el estatismo jurídico y el dogma de la plenitud. Pero parece ser que las principales razones fueron las siguientes. Ante todo, a medida que la codificación envejecía (y esto es válido principalmente en Francia) se descubrían sus insuficiencias. Lo que al comienzo fue objeto de admiración incondicional, poco a poco se tornó en objeto de análisis crítico, cada vez más exigente, y la confianza en la omnisciencia del legislador disminuyó o desapareció. En la historia del derecho italiano bastaría confrontar la posición de la generación de 1870 y 1890, con la de las generaciones posteriores. Se habla frecuentemente del tránsito de una jurisprudencia exegética a una jurisprudencia científica para indicar, entre otras cosas, el desarrollo de una crítica libre con respecto de los códigos, cuya reforma preparó esa crítica. Inclusive, quien compare la posición de los juristas de hoy con la de los juristas de los primeros años posteriores a la promulgación de los nuevos códigos, no tardará en observar una mayor despreocupación y un respeto menos pasivo.

En segundo lugar, junto al proceso natural de envejecimiento de un código, es necesario considerar que en la segunda mitad del siglo pasado se presentó, por obra de la llamada Revolución industrial, una profunda y rápida transformación de la sociedad, lo que dio lugar a que las primeras codificaciones —que reflejaban una sociedad todavía agrícola y escasamente industrializada— se tornasen anacrónicas, y, por consiguiente, insuficientes e inadecuadas, circunstancia que aceleró el proceso natural de envejecimiento. Basta pensar que aun en el Código Civil de 1865, que se derivaba del francés, todos los problemas relativos al trabajo, a los que ahora se dedica un libro entero, se trataban en un solo artículo. Hablar de plenitud de un derecho, que ignoraba el surgimiento de la gran industria y todos los problemas conexos de la organización del trabajo, implicaba cerrar los ojos frente a la realidad por amor a una fórmula, dejarse arrullar por la inercia mental y el prejuicio.

Agreguemos que este desfase, cada vez más rápido y macroscópico, entre derecho positivo y realidad social, estuvo acompañado de un desarrollo particular de la filosofía social y de las ciencias sociales en el siglo pasado, que no obstante sus diversas corrientes, tenían una característica en común: la polémica contra el Estado y el descubrimiento de la *sociedad* por debajo del *Estado*. Tanto el marxismo como la sociología positivista —para limitarnos a las dos corrientes más importantes de la

filosofía social— estaban animados por una crítica contra el monismo estatalista, que tuvo su expresión más intransigente en la filosofía hegeliana, pero que desde tiempo atrás se venía propagando. El Estado se erguía sobre la sociedad y tendía a absorberla; pero la lucha de clases, por un lado, que tendía a romper continuamente los límites del orden estatal, y la formación siempre espontánea (de todos modos no provocada o impuesta por el Estado) de nuevas agrupaciones sociales, como los sindicatos y los partidos, y las siempre nuevas relaciones entre los hombres, derivadas de la transformación de los medios de producción, hacían evidente una vida subyacente o contrastante con el Estado, que ni el sociólogo y, por consiguiente tampoco el jurista podían ignorar.

La sociología, esta nueva ciencia que fue el producto más típico del espíritu científico del siglo XIX, en el momento en que se tomó conciencia de las corrientes subterráneas que animaban la vida social, representó la destrucción del mito del Estado. Hemos visto que uno de los elementos del mito del Estado era el dogma de la plenitud. Se comprende así que la sociología haya podido suministrar elementos críticos a los nuevos juristas empeñados en luchar contra las diferentes formas de jurisprudencia aferradas al dogma de la estatalidad y de la plenitud del derecho. Al fin de cuentas, la conciencia que se estaba formando con el desfase entre derecho positivo y realidad social, se reforzaba con el descubrimiento de la importancia de la sociedad frente al Estado, y encontraba en la sociología un punto de apoyo para contrarrestar las pretensiones del estatismo jurídico.

En el ámbito más vasto de la sociología, se formó una corriente de sociología jurídica, de la cual EHRLICH, ya recordado, es uno de los representantes más autorizados. En sus albores el problema de la sociología jurídica fue principalmente demostrar que el derecho era un fenómeno social, y que, por tanto, la pretensión de los juristas ortodoxos de hacer del derecho un producto del Estado era infundada y conducía a varios absurdos, como el de creer en la plenitud del derecho codificado. Las relaciones entre la escuela del derecho libre y la sociología jurídica son muy estrechas: son dos caras de la misma medalla. Si el derecho era un fenómeno social, un producto de la sociedad (en sus múltiples formas) y no solamente del Estado, el juez y el jurista debían deducir las reglas jurídicas adecuadas a las nuevas necesidades del estudio de la sociedad, de la dinámica de las relaciones entre las diversas fuerzas sociales y de los intereses que estas representaban, y no de las reglas muertas y cristalizadas de los códigos.

El derecho libre, en otras palabras, sacaba las consecuencias no solo de las lecciones de los hechos (o sea, de comprobar la inadecuación del derecho estatal frente al desarrollo de la sociedad), sino también del nuevo conocimiento que el desarrollo de las ciencias sociales estaba difundiendo acerca de la importancia de las fuerzas sociales latentes en el interior de la estructura solo aparentemente granítica del Estado, pues tanto la lección de los hechos como la madurez científica se ayudaban recíprocamente para combatir el monopolio jurídico del Estado y, consiguientemente, el dogma de la plenitud.

La literatura crítica del estatismo jurídico es muy extensa. Aquí nos limitamos a recordar la obra de GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif* (1889), que contraponía a la pedestre exégesis de los textos legislativos la libre *recherche scientifique*, por medio de la cual el jurista debía obtener la regla jurídica directamente del derecho que vivía en las relaciones sociales. “El derecho es cosa bastante compleja y móvil —escribía GÉNY— para que un individuo o una asamblea, a pesar de que esté investida de autoridad soberana, pueda pretender fijar de un solo golpe los preceptos que satisfagan todas las exigencias de la vida jurídica”³. Al mismo tiempo, los estudios de EDOUARD LAMBERT sobre el derecho consuetudinario y sobre el derecho judicial servían para llamar la atención sobre un derecho que no fuera de origen legislativo. Libros como el de JEAN CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois* (1914), que proponía el método de una legislación experimental, que habría debido adecuarse a las necesidades sociales, teniendo en cuenta al máximo la costumbre y la jurisprudencia, o como el de GASTON MORIN, *La révolte des faits contre la loi* (1920), que ponía al desnudo la contradicción entre la sociedad económica y el Estado, son ejemplos elocuentes del movimiento antidogmático que se estaba desarrollando en la jurisprudencia francesa.

En Alemania, el grito de combate contra el tradicionalismo jurídico, en nombre de la sociología jurídica y de la libre investigación del derecho, fue lanzado por HERMANN KANTOROWICZ, quien en 1906 publicó el folleto titulado *La lucha por la ciencia del derecho (Der Kampf und die Reschwissenschaft)*, con el seudónimo de GNAEUS FLAVIUS, en el que mostraba en el derecho libre, sacado directamente de la vida social e independientemente de las fuentes jurídicas de derivación estatal, el nuevo derecho natural, que tenía la misma función del antiguo derecho natural, es decir, la de representar un orden normativo, no de origen estatal, aun

³ F. GÉNY *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, t. II, 2ª ed., 1919, pág. 324.

cuando no tenía la naturaleza de él, comoquiera que el derecho libre era también un derecho positivo, esto es, eficaz. Solo el derecho libre estaba en capacidad de llenar las lagunas de la legislación. El dogma de la plenitud caía como inútil y peligroso obstáculo para la adecuación del derecho a las exigencias sociales, y en su lugar quedaba la convicción de que el derecho legislativo tenía lagunas, y que las lagunas no podían ser colmadas mediante el mismo derecho establecido, sino mediante el descubrimiento y la formulación del derecho libre.

75. EL ESPACIO JURÍDICO VACÍO

La corriente del derecho libre, de la libre investigación del derecho, tiene entre los juristas más adversarios que amigos. El positivismo jurídico de estricta observancia, vinculado a la concepción estatalista del derecho, no se dejó derrotar. El derecho libre representaba ante los ojos de los juristas tradicionales una nueva encarnación del derecho natural, que desde la escuela histórica en adelante se consideraba derrotado y, por consiguiente, sepultado para siempre. Admitir la libre investigación del derecho (libre en el sentido de no estar ligada al derecho estatal), conceder carta de ciudadanía al derecho libre (esto es, a un derecho creado por el juez), significaba derribar el muro de contestación del principio de legalidad, instituido en defensa del individuo, abrir las puertas al arbitrio, al caos, a la anarquía. La plenitud no era un mito, sino una exigencia de justicia; no era una función inútil, sino una defensa útil de uno de los valores supremos que deben servir al ordenamiento jurídico, la *certeza*. Detrás de la batalla de los métodos se libraba, como siempre, una batalla ideológica. ¿Era deber de los juristas defender la justicia legal o bien favorecer la justicia sustancial? Los defensores de la legalidad permanecieron afe-rrados al dogma de la plenitud.

Pero para hacerlo debieron encontrar argumentos nuevos. Después del ataque del derecho libre, repetir ingenuamente la vieja fe en la sapiencia del legislador no era suficiente. La fe fue sacudida. Era necesario demostrar críticamente que la plenitud, lejos de ser una cómoda ficción o, peor, una creencia ingenua, era un carácter constitutivo de todo ordenamiento jurídico, y que si había una teoría errónea para refutar, esta no era ya la teoría de la plenitud, sino la que sostenía la existencia de las lagunas. Los juristas tradicionalistas, en suma, pasaron al contraataque. Como efecto de este contraataque el problema de la plenitud pasó de una fase dogmática a una fase crítica.

El primer argumento que adujeron los positivistas de estricta observancia, consistió en lo que llamaremos, por brevedad, el argumento del *espacio jurídico vacío*, enunciado y definido por uno de los más encarnizados seguidores del positivismo jurídico contra todo renacimiento just-naturalista, KARL BERGBOHM, en el libro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892). En Italia fue aceptado por SANTI ROMANO en el ensayo *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925).

El razonamiento de BERGBOHM es más o menos el siguiente: toda norma jurídica representa una limitación a la libre actividad humana; por fuera de la esfera regulada por el derecho, el hombre es libre de hacer lo que desee. El ámbito de actividad de un hombre puede, por tanto, considerarse dividido desde el punto de vista del derecho, en dos compartimentos: aquel en el cual está limitado por normas jurídicas y que podemos denominar el espacio jurídico pleno, y aquel en el cual es libre y que podemos llamar espacio jurídico vacío. O hay vínculo jurídico o hay absoluta libertad. *Tertium non datur*. El ámbito de la libertad puede disminuir o aumentar, según que aumenten o disminuyan las normas jurídicas; pero no se puede dar el caso de que un acto nuestro sea al mismo tiempo libre y vinculado. Transportemos esta alternativa al plano del problema de las lagunas: un caso, o está regulado por el derecho y, por tanto, es un caso jurídico o jurídicamente relevante, o no está regulado por el derecho y entonces pertenece al ámbito de la libre expresión de la actividad humana, que es el ámbito de lo *jurídicamente irrelevante*. No hay lugar para las lagunas del derecho. Como es absurdo pensar en un caso que no sea jurídico y que, sin embargo, esté regulado, así mismo es imposible admitir un caso que sea jurídico y que, no obstante, no esté regulado, esto es, no es posible admitir una laguna del derecho. Allí donde el derecho llega con sus normas evidentemente no hay lagunas; pero allí donde no llega, está el espacio jurídico vacío, y, por consiguiente, no la laguna del derecho, sino la actividad indiferente del derecho. No existe un espacio intermedio entre el jurídicamente pleno y el jurídicamente vacío, donde se puedan colocar las lagunas: o hay ordenamiento jurídico y entonces no puede hablarse de laguna, o existe la denominada laguna y entonces no hay más ordenamiento jurídico, y la laguna no es tal porque no representa una deficiencia del ordenamiento, sino sus límites naturales. Lo que se encuentra más allá de los límites de las reglas de un ordenamiento no es una laguna del ordenamiento, sino algo distinto del ordenamiento, así como la ribera de un río no es la ausencia de río, sino simplemente la separación entre lo que es río y lo que no es río.

¿El punto débil de esta teoría consiste acaso en que se funda sobre un concepto bastante discutible como el de espacio jurídico vacío, o del ámbito de lo jurídicamente irrelevante? ¿Existe el espacio jurídico vacío? Parece que la afirmación del espacio jurídico vacío proviene de la falsa identificación de lo jurídico con lo obligatorio. Pero, ¿debe considerarse jurídicamente irrelevante o indiferente lo que no es obligatorio y, por consiguiente lo que representa la esfera de lo permitido o de lo lícito? Aquí está el error. Hemos hablado frecuentemente de lo mandado, de lo prohibido y de lo permitido como de las tres modalidades normativas. Para sostener la tesis del espacio jurídico vacío es necesario excluir el permiso de las modalidades jurídicas, puesto que lo que es permitido coincidiría con lo que es jurídicamente indiferente. Cuando más sería necesario distinguir dos ámbitos, el del permiso o el de la libertad, uno jurídicamente relevante y el otro jurídicamente irrelevante. Pero, ¿es posible hacer esta distinción? ¿Existe un ámbito de la libertad jurídica al lado de un ámbito de la libertad jurídicamente irrelevante?

La primera duda acerca de que una libertad jurídicamente irrelevante no existe, surge del hecho de que para definir esta libertad y para distinguirla de la libertad jurídica (considerada como ámbito de lo lícito) ROMANO la denomina ámbito de lo que no es lícito ni ilícito. Ahora bien, dado que lo lícito y lo ilícito son dos términos contradictorios, no pueden excluirse recíprocamente, porque si no pueden ser ambos verdaderos, tampoco pueden ser falsos ambos. Y, por consiguiente, no puede existir una situación que no sea al mismo tiempo ni lícita ni ilícita.

En realidad, la libertad no jurídica debería definirse mejor como "libertad no protegida". ¿Qué significa esta expresión? ¿Tiene sentido hablar de una libertad no protegida junto a la libertad protegida? Veamos. Por "libertad protegida" se entiende aquella libertad que está garantizada (por medio de la coerción jurídica) contra eventuales obstáculos de terceros (o del mismo Estado). Se trata de aquella libertad que es reconocida en el mismo momento en que se impone a los terceros la obligación jurídica (o sea reforzada por la sanción en caso de incumplimiento) de no impedir su ejercicio. Se debe tener bien en cuenta que el ámbito de lo permitido (en una persona) está siempre ligado al ámbito de lo obligatorio (en otra persona o en todas las demás personas). Esto quiere decir que el ámbito del permiso jurídico puede ser considerado siempre desde el punto de vista de la obligación (esto es, de la obligación de los demás de no impedir el ejercicio de la acción lícita), y que el derecho nunca permite sin mandar y prohibir al mismo tiempo.

Ahora bien, si por libertad protegida se entiende la libertad garantizada contra un impedimento ajeno, por libertad no protegida (aquello que, repetimos, debería constituir el ámbito de lo jurídicamente irrelevante y del espacio jurídico vacío) debería entenderse una libertad no garantizada contra los otros obstáculos. Esto equivaldría a decir que el uso de la fuerza por un tercero para impedir el ejercicio de la libertad sería lícito. En pocas palabras, *libertad no protegida* significa *licitud del uso de la fuerza privada*. Pero si esto es así, en nuestros ordenamientos estatales modernos, caracterizados por la monopolización de la fuerza por el Estado y la consiguiente prohibición del uso privado de la fuerza, la situación supuesta, como situación de libertad no protegida, no es posible.

Se comprende que el Estado, cuando atribuye una libertad, no le interesa qué cosa elijo, sino qué puedo elegir. Lo que él protege no es mi elección, sino mi derecho a elegir. Se podría objetar que el ordenamiento estatal moderno no puede tomarse como modelo de todo ordenamiento jurídico posible, y que hay ordenamientos jurídicos en los que el monopolio de la fuerza no es completo y que, por consiguiente, en estos ordenamientos hay casos en los que la intervención de la fuerza privada es lícita. Confieso que aun en este caso me es difícil hablar de un ámbito de lo jurídicamente irrelevante. Si en cualquier caso la fuerza privada es lícita, significa que en este caso mi libertad no está protegida, y si lo está la fuerza del otro, y que, por tanto, la relación derecho-deber está invertida en el sentido que al deber del tercero de respetar la libertad ajena le sucede el derecho de violarla, y al derecho del otro de ejercer la propia libertad lo reemplaza el deber de aceptar el impedimento del otro. El hecho de que la libertad no sea protegida no hace que esta situación llegue a ser jurídicamente irrelevante, porque en el momento mismo en que la libertad de actuar del uno no está protegida, sí lo está la libertad del otro para ejercer la fuerza, y en cuanto protegida, esta es jurídicamente relevante en relación con la otra. No desaparece la relevancia jurídica, simplemente cambia la relación entre el derecho y el deber.

76. LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA

Si no existe un espacio jurídico vacío quiere decir que solo existe el espacio jurídico pleno. Precisamente de esta comprobación ha partido la segunda teoría, que en la reacción contra la escuela del derecho libre ha tratado de plantear críticamente el problema de la plenitud. Sintéticamente, la primera teoría, que hemos examinado en el párrafo anterior, ha sostenido que no existen lagunas porque donde falta el ordenamiento jurídi-

co, falta el mismo derecho y, por consiguiente, se debe hablar más precisamente de *límites* del ordenamiento jurídico antes que de *lagunas*. La segunda teoría, por el contrario, sostiene que no hay lagunas por la razón inversa, esto es, por el hecho de que el derecho nunca falta. Esta segunda teoría fue sostenida por primera vez por el jurista alemán E. ZITELMANN, en el ensayo titulado *Las lagunas del derecho* (*Lücken im Recht*, 1903) y, con algunas variantes, en Italia por DONATO DONATI en el importante libro *El problema de las lagunas del ordenamiento jurídico* (1910).

El razonamiento seguido por estos autores se pueden resumir así: una norma que regula un comportamiento no solo limita la reglamentación y, por tanto, las consecuencias jurídicas que se derivan de esa reglamentación para aquel comportamiento, sino que al mismo tiempo *excluye* de aquella reglamentación todos los otros comportamientos. Una norma que prohíbe fumar, excluye la prohibición, es decir permite todos los otros comportamientos que no tengan que ver con fumar. Todos los comportamientos no comprendidos en la norma particular están regulados por una *norma general exclusiva*, o sea por la regla que excluye (por esto es exclusiva) todos los comportamientos (por esto es general), que no entran en lo previsto por las normas particulares. Se podría decir entonces, con otra frase, que las normas no nacen nunca solas sino en pareja: toda norma particular, que podemos llamar inclusiva, está acompañada, como si fuese su propia sombra, por una norma general exclusiva. De acuerdo con esta teoría, al lado de las normas particulares no habría nunca un espacio jurídico vacío, sino que más bien al lado de las normas hay toda una esfera de acciones reguladas por normas generales exclusivas. Mientras para la primera teoría la actividad humana está prohibida en dos campos, uno regulado por normas y otro no regulado, en virtud de esta segunda teoría toda la actividad humana está regulada por normas jurídicas, porque la que no queda regulada por las normas particulares, queda regulada por las normas generales exclusivas.

Para mayor claridad citemos textualmente las palabras de los dos autores que han formulado la teoría. Dice ZITELMANN: "En la base de toda norma particular que sanciona una acción con una pena o con la obligación de resarcir los daños, o que atribuye cualquier otra consecuencia jurídica, está siempre sobreentendida e implícita una norma fundamental, general y negativa, según la cual, prescindiendo de estos casos particulares, todas las otras acciones están exentas de pena o de resarcimiento, ya que toda norma positiva, con la que se atribuye una pena o un resarcimiento es, en este sentido, una excepción a la norma fundamental general y negativa. De donde se desprende que en caso de faltar tal excepción posi-

tiva no hay laguna, porque el juez puede siempre, aplicando la norma general y negativa, reconocer que el efecto jurídico de que se trata no se ha producido o que no ha surgido el derecho a la pena o la obligación al resarcimiento"⁴.

Dice DONATI: "Dado el conjunto de las disposiciones que, previendo determinados casos, establecen para estos la existencia de determinadas obligaciones, del conjunto de esas disposiciones se deriva al mismo tiempo una serie de normas particulares inclusivas y una norma general exclusiva, o sea, una serie de normas particulares dirigidas a establecer, para los casos particulares por ellas considerados especialmente, determinadas delimitaciones, y una norma general dirigida a excluir cualquier limitación para todos los demás casos no considerados particularmente. En virtud de esta norma todo caso posible encuentra en el ordenamiento jurídico su regulación. Dado un caso determinado, o existe en la legislación una disposición que particularmente lo contemple, y de esta se derivará para el mismo caso una norma particular, o bien, no existe y entonces caerá bajo la norma general indicada"⁵.

El ejemplo dado por DONATI es el siguiente: en un Estado monárquico falta una disposición que regule la sucesión al trono en el caso de extinción de la familia real. Se pregunta: ¿a quién corresponde la Corona en el caso en que se dé la circunstancia de la extinción? Se podría creer que nos encontramos frente a un típico caso de laguna. DONATI sostiene, por el contrario, con fundamento en la teoría de la norma general exclusiva, que aun en este caso existe una solución jurídica. En efecto como el caso no encuentra en el ordenamiento ninguna norma particular que lo considere, caerá bajo la norma general exclusiva, que establece precisamente para los casos comprendidos en este, la exclusión de cualquier limitación. Por consiguiente, la pregunta propuesta: ¿a quién corresponde la Corona?, tendrá la siguiente solución, la única jurídicamente posible: la Corona no corresponde a nadie, es decir, que el Estado y los súbditos están libres de cualquier limitación relativa a la existencia de un rey y, por consiguiente, tendrán derecho a rechazar la pretensión de quien desee hacerse reconocer como rey. Si esta solución no es *políticamente* satisfactoria, ello no quiere decir en absoluto que no sea una solución *jurídica*. Se podrá lamentar que un Estado en el que falte tal ley está *mal* constituido; pero no se podrá decir que su ordenamiento es *incompleto* o que tenga lagunas.

⁴ E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, pág. 17.

⁵ D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910,

Pero esta teoría de la norma general exclusiva también tiene su punto débil. Lo que dice lo dice bien y con apariencias de gran rigor, pero no lo dice todo. No dice que en un ordenamiento jurídico generalmente no solo existe un conjunto de *normas particulares inclusivas* y una *norma general exclusiva* que las acompaña, sino también un tercer tipo de norma, que es *inclusiva* como la primera y *general* como la segunda, y que podemos denominar *norma general inclusiva*. Llamamos "norma general inclusiva" una norma como la contenida en el artículo 12 de las Disposiciones preliminares del ordenamiento italiano, según la cual, en caso de laguna el juez debe recurrir a las normas que regulan casos similares o materias análogas*, y norma general exclusiva, la que regula todos los casos no comprendidos en la norma particular, pero que los regula *en modo opuesto*; la característica de la norma general inclusiva es regular en forma idéntica los casos no comprendidos en la norma particular, *pero semejantes a estos*. Si frente a una laguna aplicamos la norma general exclusiva, el caso no regulado se resuelve de modo opuesto al regulado; si aplicamos la norma general inclusiva, el caso no regulado se resolverá de modo idéntico al regulado. Como se ve, las consecuencias de aplicar una u otra norma general son bien diferentes, e inclusive son opuestas. Y la aplicación de una o de otra norma depende del resultado de la indagación sobre el hecho de si el caso no regulado es similar o no al regulado. Pero el ordenamiento, en general, no nos dice nada sobre las condiciones con fundamento en las que dos casos pueden ser considerados similares. La decisión sobre la semejanza de los casos corresponde al intérprete y, por consiguiente, a él corresponde también la decisión de aplicar la norma general exclusiva en caso de laguna y, por lo mismo, excluir el caso no previsto por la regulación del caso previsto, o bien, aplicar la norma general inclusiva, y consecuentemente, incluir el caso no previsto en la regulación del caso previsto. En el primer caso se dice que opera el *argumentum a contrario*, en el segundo, *el argumentum a simili*.

Pero si a un caso no regulado se puede aplicar tanto la norma general exclusiva como la norma general inclusiva, además de la fórmula según la cual para todo caso hay siempre una solución jurídica, es necesario precisar esta otra: en caso de laguna hay por lo menos dos soluciones

* El ordenamiento colombiano trae una disposición similar cuando establece en el artículo 8º de la ley 153 de 1887: "Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". [N. del T.].

jurídicas: 1) considerar el caso no regulado como diferente del regulado, con la consiguiente aplicación de la norma general exclusiva; 2) considerar el caso no regulado como similar al caso regulado, con la consiguiente aplicación de la norma general inclusiva.

Pero, precisamente, el hecho de que el caso no regulado pueda ser objeto de dos soluciones opuestas hace menos simple, menos llano y obvio el problema de las lagunas, de lo que aparece en la teoría, demasiado lineal, de la norma general exclusiva. Si existen dos soluciones posibles, y la decisión entre las dos soluciones corresponde al intérprete, existe una laguna que consiste precisamente en el hecho de que el ordenamiento jurídico ha dejado sin decidir cuál de las dos soluciones es la deseada. Si hubiera en caso de comportamiento no regulado una única solución, la de la norma general exclusiva, como generalmente acaece en el derecho penal en que la extensión analógica no se admite, podremos también decir que no existen lagunas, pues todos los comportamientos que no estén prohibidos expresamente por las leyes penales son lícitos. Pero, como las soluciones en caso de comportamientos no regulados son, por lo general, dos, la laguna consiste precisamente en la ausencia de una regla que permita acoger una solución antes que la otra.

De este modo, no solo nos parece imposible excluir las lagunas, contrariamente a lo que ocurre con la teoría de la norma general exclusiva, sino que, de otra parte, se ha ido precisando el concepto mismo de laguna, o sea que la laguna se presenta, no ya por la ausencia de una norma expresa para reglamentar determinado caso, sino por *la ausencia de un criterio para elegir cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada*. En cierto sentido vamos más allá de la teoría de la norma general exclusiva, porque admitimos que en el caso del comportamiento no regulado expresamente, no solo hay una solución jurídica sino más bien hay dos. Sin embargo, en otro sentido, desechamos la teoría precisamente porque hay dos soluciones jurídicas posibles y falta un criterio para decidir cuál de ellas se debe aplicar al caso concreto, encontrándonos aquí con la laguna que la doctrina había creído poder eliminar, es decir, la laguna, no respecto del caso individual, sino respecto del criterio con fundamento en el cual debe resolverse el caso.

Pongamos un ejemplo: en el artículo 265 del Código Civil italiano solo se considera la violencia como causal de impugnación del reconocimiento del hijo natural. El artículo no regula el caso del error. ¿Se trata de una laguna? Si solo tuviéramos que aplicar la norma general exclusiva, se podría responder tranquilamente que no. La norma general exclu-

siva implica que lo que no está comprendido en la norma particular (en este caso el error) debe tener un tratamiento opuesto al del caso previsto y, por consiguiente, si la violencia está prevista como causal de impugnación, el error, que no está previsto, no sería causal de impugnación. Pero el problema consiste en que el intérprete también debe tener en cuenta la norma general inclusiva, según la cual, al comportamiento no regulado debe dársele la misma solución que al caso similar. ¿Es análogo el caso del error al de la violencia? Si el intérprete contesta afirmativamente a esta pregunta, es claro que la solución es la opuesta a la precedente, es decir, que el error es, al igual que la violencia, causal de impugnación. Como se observa, la dificultad, en la que generalmente nadie se detiene, consiste no en que haya insuficiencia de soluciones jurídicas posibles frente al caso no regulado, sino, por el contrario, exceso. Y la dificultad de interpretación, que es en lo que consiste el problema de las lagunas, está en que el ordenamiento no ofrece ningún medio jurídico para eliminar este exceso, esto es, para decidir, según el sistema, a favor de una u otra solución.

Si ahora nos referimos a la definición técnica de laguna dada en el primer párrafo de este capítulo, cuando dijimos que laguna significa que en ciertos casos el sistema no ofrece soluciones posibles para un caso determinado, ni en un sentido ni en otro, y si recordamos lo que dijimos acerca de la teoría de la norma general exclusiva, debemos concluir que un ordenamiento jurídico, no obstante la norma general exclusiva, *puede ser incompleto*. Y puede ser incompleto porque entre la norma particular inclusiva y la norma general exclusiva se introduce de ordinario la norma general inclusiva, que establece una zona intermedia entre lo regulado y lo no regulado, hacia la cual el ordenamiento jurídico tiende a penetrar en forma casi siempre indeterminada e indeterminable. Pero esta penetración permanece por lo general indecisa en el ámbito del sistema. Si en un caso de comportamiento no regulado, solo pudiéramos aplicar la norma general exclusiva, la solución sería obvia. Pero lo cierto es que en muchos casos podemos aplicar tanto la norma que desea regular los diferentes comportamientos en modo opuesto al regulado, como la norma que quiere regular los comportamientos similares en modo idéntico al regulado. Y no estamos en capacidad de decidir, mediante las reglas del sistema, si el caso es similar o diferente, y entonces la solución no es tan obvia. El hecho de que la solución no sea tan obvia, o sea, que el sistema no nos dé una solución ni en un sentido ni en otro, revela la laguna, esto es, revela la falta de plenitud del ordenamiento jurídico.

77. LAS LAGUNAS IDEOLÓGICAS

En el párrafo precedente tratamos de aclarar en qué sentido se puede hablar de lagunas en el ordenamiento jurídico, o de falta de plenitud del ordenamiento, no en el sentido, repitamos, de ausencia de norma para aplicar, sino de falta de criterios válidos para decidir qué norma debe aplicarse. Pero hay otro sentido más obvio de laguna, es decir, menos controvertido, que amerita una breve explicación.

Se entiende por "laguna" también la ausencia no ya de una solución cualquiera que esta sea, sino de una *solución satisfactoria* o, en otras palabras, no ya la ausencia de una norma, sino la falta de una *norma justa*, o sea de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe. Dado que estas lagunas derivan no ya de la consideración del ordenamiento jurídico tal cual es, sino de confrontar el ordenamiento jurídico existente con lo que debería ser, se las ha denominado "ideológicas", para distinguirlas de las que eventualmente se encontrarían en el ordenamiento jurídico, y que se pueden llamar "reales". Podemos también enunciar la diferencia de este modo: las lagunas ideológicas son lagunas *de iure condendo*; las lagunas reales son lagunas *de iure condito*.

Es tan obvio que haya lagunas ideológicas en todo sistema jurídico, que ni siquiera vale la pena insistir en ello. Ningún ordenamiento jurídico es perfecto, al menos ningún ordenamiento jurídico positivo. Solo el ordenamiento jurídico natural no debería tener lagunas ideológicas. Por tanto, se podría definir el derecho natural como aquel derecho que no tiene lagunas ideológicas, en el sentido de que es lo que debería ser. Pero nadie ha formulado jamás un sistema de derecho natural. A nosotros nos interesa el derecho positivo.

Ahora bien, respecto del derecho positivo, si es obvio que todo ordenamiento tiene lagunas ideológicas también lo es que las lagunas de las cuales deben preocuparse quienes deben aplicar el derecho, no son las lagunas ideológicas sino las reales. Cuando los juristas sostienen, sin razón para nosotros, que el ordenamiento jurídico es completo, esto es, que no tiene lagunas, se refieren a las lagunas reales y no a las ideológicas.

Ha sido BRUNETTI quien ha tratado de establecer la diferencia entre los dos planos del problema de las lagunas, el *de iure condito* y el *de iure condendo*, con una serie de ensayos que constituyen, conjuntamente con las obras de ROMANO y de DONATI, la mayor contribución de la ciencia

jurídica italiana a este problema⁶. BRUNETTI sostiene que, para que se pueda hablar de plenitud o de falta de plenitud de cualquier cosa, es necesario no considerar la cosa en sí misma sino confrontarla con otra. Hay dos casos típicos en que se puede hablar de plenitud: 1) cuando se compara una cosa determinada con su tipo ideal o con lo que debería ser, tiene sentido preguntarse si una mesa determinada es completa solo si la comparo con lo que debería ser una mesa perfecta; 2) cuando se compara la representación de una cosa con la cosa representada, por ejemplo, si se compara a Italia con un mapa de Italia.

Ahora bien, respecto del ordenamiento jurídico, BRUNETTI sostiene que si se le considera en sí mismo, o sea sin compararlo con cualquier otra cosa, la pregunta acerca de si es o no completo, es una pregunta *sin sentido*, como si se preguntase si el oro es completo, o si el cielo es completo.

Para que el problema de las lagunas tenga sentido es necesario comparar el ordenamiento jurídico real con un ordenamiento jurídico ideal, de acuerdo con el significado explicado sub 1, y en este caso sí es lícito hablar de plenitud o de falta de plenitud del ordenamiento jurídico, pero no es este el sentido que interesa al jurista (se trata, en efecto, de las lagunas ideológicas); o bien, considerar el ordenamiento legislativo como representación de la voluntad del Estado, de acuerdo con el significado explicado sub 2, y preguntarse si las leyes contienen o no todo aquello que deben contener para poderlas considerar como la manifestación técnicamente perfecta de la voluntad del Estado; pero en este segundo caso el problema de la plenitud o falta de plenitud puede hacer referencia únicamente al ordenamiento legislativo, como parte del ordenamiento jurídico, y no al ordenamiento jurídico en su totalidad; el problema de la plenitud, según BRUNETTI, no tiene sentido porque el ordenamiento jurídico en su totalidad, en sí mismo considerado, no pertenece a la categoría de las cosas de las que se puede predicar la plenitud o la no plenitud, como no se puede predicar lo azul del triángulo o del alma.

Resumiendo, de acuerdo con BRUNETTI, el problema de las lagunas tiene tres fases: 1) el problema de si el ordenamiento jurídico, considerado en sí mismo, es completo o incompleto: el problema, expuesto así (y

⁶ G. BRUNETTI, *Sul valore del problema delle lacune*, 1913; *Il senso del problema dell' lacune dell' ordinamento giuridico*, 1917; *Ancora sul senso del problema delle lacune*, 1917; *Sulle dottrine che affermano l' esistenza di lacune nell' ordinamento giuridico*, 1918; *Il dogma della completezza dell' ordinamento giuridico*, 1924. Estos ensayos se encuentran en *Scritti giuridici vari*, respectivamente, t. I, págs. 34 y ss.; t. III, pág. 1 y ss.; págs. 30 y ss.; págs. 50 y ss.; t. IV, págs. 161 y ss.

este es el planteamiento más frecuente de los juristas) no tiene sentido; 2) el problema de si el ordenamiento jurídico al ser comparado con un ordenamiento jurídico ideal es completo o incompleto (este problema tiene sentido, pero las lagunas que se presentan son las lagunas ideológicas, que no interesan a los juristas), y 3) el problema de si el ordenamiento legislativo es completo e incompleto, considerado como parte de un todo, y comparado con el todo, o sea con el ordenamiento jurídico (este problema tiene sentido y es el único caso en que se puede hablar de lagunas en el sentido propio de la palabra). En realidad, también este tercer caso se puede clasificar dentro de la categoría de las lagunas ideológicas, esto es, comparando lo que dicen las leyes con lo que deberían decir para ser perfectamente adecuadas al espíritu de todo el sistema.

Luego, para BRUNETTI el problema de la plenitud es un problema sin sentido y cuando tiene sentido las únicas lagunas cuya existencia se puede demostrar son las lagunas ideológicas, y es un sentido tan obvio que si a esto se redujera el problema para decir verdad no se necesitarían los ríos de tinta que acerca de él se han gastado.

78. VARIOS TIPOS DE LAGUNAS

La distinción que hemos hecho hasta ahora entre lagunas reales y lagunas ideológicas corresponde poco más o menos a la distinción, bastante repetida en los tratados generales, entre *lagunas propias e impropias*. La laguna propia es una laguna del sistema o dentro del sistema; la laguna impropia se deriva de comparar el sistema real con un sistema ideal. En un sistema en el que todo caso no regulado queda comprendido en la norma general exclusiva (como ocurre generalmente en un código penal, que no admite extensión analógica), no puede haber sino lagunas impropias; el caso no regulado no es una laguna del sistema porque no puede estar contenido por la norma general exclusiva, sino que eventualmente es una laguna respecto a cómo debería ser el sistema.

La laguna propia solo se tiene cuando al lado de la norma general exclusiva existe también una norma general inclusiva, y cuando el caso no regulado puede presentarse tanto en una como en otra. Los dos tipos de lagunas se asemejan en cuanto que designan un caso no regulado por las leyes vigentes en un determinado ordenamiento jurídico, y se distinguen en el modo como pueden ser eliminadas, esto es, la laguna impropia solo puede ser superada por medio de la expedición de nuevas normas, en tanto que la propia solo mediante las leyes vigentes. Las lagunas impropias solo pueden ser completadas por el legislador, y las propias por obra

del intérprete. Pero cuando se dice que un sistema es incompleto, se hace referencia a las lagunas propias y no a las impropias. El problema de la plenitud del ordenamiento jurídico es el problema de si hay y como deben eliminarse las lagunas propias.

Respecto a los motivos que las originan, las lagunas se distinguen en *subjetivas* y *objetivas*. Son subjetivas las que dependen de cualquier motivo imputable al legislador; objetivas las que dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de las nuevas invenciones, de todas aquellas causas que provocan el envejecimiento de los textos legislativos, y que, por consiguiente, son independientes de la voluntad del legislador. Las subjetivas, a su vez pueden distinguirse en *voluntarias* e *involuntarias*. Involuntarias con las que dependen de cualquier inadvertencia del legislador, que cree regular un caso que no lo está, o descuida un caso que probablemente se considera poco frecuente, etc.; voluntarias son las que el mismo legislador deja a propósito porque la materia es muy compleja y no puede ser regulada con reglas demasiado minuciosas, y es mejor confiarla a la interpretación, en cada caso, del juez.

En algunas materias el legislador imparte normas más generales que se pueden llamar *instrucciones*. Las instrucciones se caracterizan por trazar solo las líneas generales de las acciones que se han de cumplir, dejando a la determinación de las particulares la ejecución o aplicación; por ejemplo, la instrucción traza el fin que se debe alcanzar, pero confía la determinación de los medios a la libre escogencia del ejecutor. Muchas normas constitucionales son, para el legislador ordinario que las debe aplicar, puras y simples instrucciones; por el contrario, algunas normas constitucionales de carácter general no pueden ser aplicadas si no están integradas. El legislador que las impuso no ignoraba que estas eran lagunas, pero su función era precisamente la de establecer una pauta general que debía ser integrada o llenada sucesivamente por órganos más adaptados para este fin. De acuerdo con el concepto de laguna, las lagunas voluntarias no son verdaderas lagunas; aquí, en efecto, la integración del vacío, dejado expresamente, se confía al poder creativo del órgano jerárquicamente inferior. La laguna en sentido propio se presenta cuando se presume que el intérprete (en este caso el órgano inferior) debe decidir de acuerdo con una norma dada del sistema, y esta norma no existe o, para ser más exactos, el sistema no ofrece la debida solución. Cuando actúa el poder creativo de quienes deben aplicar las normas del sistema, el sistema es siempre, en sentido propio, completo, porque en toda circunstancia se puede completar, y entonces el problema de la plenitud o de la falta de plenitud ni siquiera se plantea.

Puede hacerse otra distinción entre lagunas *praeter legem* y lagunas *intra legem*. Las primeras se presentan cuando las reglas expresas, por ser demasiado particulares, no comprenden todos los casos que pueden presentarse dentro de esa particularidad; las segundas tienen lugar, al contrario, cuando las normas son demasiado generales y revelan, en el interior de las disposiciones dadas, vacíos o huecos, que luego deben ser colmados por el intérprete. Las lagunas voluntarias son generalmente *intra legem*. En el primer caso la integración consistirá en formular nuevas reglas al lado de las expresas; en el segundo, las nuevas reglas deberán ser formuladas *dentro* de las reglas expresas.

79. HETEROINTEGRACIÓN Y AUTOINTEGRACIÓN

Vimos en el párrafo 73 que el dogma de la plenitud está históricamente ligado a la concepción estatalista del derecho. Pero no hay que creer que la posibilidad de completar un ordenamiento está confiada únicamente a la norma general exclusiva, o sea, a la regla que prevé que todo caso no regulado lo está por la norma que lo excluye de la reglamentación del caso regulado. Entre los casos incluidos expresamente y los casos excluidos existe en todo ordenamiento, como habíamos advertido ya, una zona incierta de casos no regulados pero que potencialmente los puede atraer la esfera de influencia de los casos expresamente regulados. Todo ordenamiento prevé los medios o los remedios aptos para penetrar en esta zona intermedia, y extender la esfera de lo regulado frente a la de lo no-regulado. Vimos, por otra parte, en el capítulo segundo, que los ordenamientos de que hablamos, son ordenamientos complejos, en los que las normas provienen de fuentes diversas, si bien reunidas, por medio del sistema jerárquico, en una unidad. Si un ordenamiento jurídico considerado estatísticamente no es completo, sino en virtud de la norma general exclusiva, sin embargo, dinámicamente se considera que puede completarse.

Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos diferentes que podemos llamar, siguiendo la terminología de CARNELUTTI, de *heterointegración* y de *autointegración*. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos, o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante.

En este párrafo examinamos rápidamente el método de la heterointegración en sus dos formas principales.

El método tradicional de la heterointegración que recurre a otros ordenamientos, consiste en el deber que tiene el juez de apoyarse, cuando hay lagunas en el derecho positivo, en el derecho natural. Una de las funciones constantes del derecho natural, durante el predominio de las corrientes jusnaturalistas, fue la de colmar las lagunas del derecho positivo. El derecho natural era concebido como un sistema jurídico perfecto, sobre el que reposaba el ordenamiento positivo, imperfecto por naturaleza, dado que la tarea del derecho natural era la de poner remedio a las imperfecciones inevitables del derecho positivo. Era doctrina constante del derecho natural que el legislador positivo se inspirase, para la producción de sus propias normas, en el derecho natural; y de allí se derivaba, como consecuencia lógica, que en caso de laguna el juez se dirigiese a esa fuente.

En las codificaciones modernas el último residuo de esta doctrina es el artículo 7º del Código Civil austriaco de 1812, según el cual en caso de dudas que no se puedan solucionar con normas del derecho positivo, el juez debe recurrir a los *principios del derecho natural* (*natürliche Rechtsgrundsätze*). En el artículo 17 se lee que en caso de *silentium legis*, y mientras no haya prueba en contrario, se tiene como válido, sin limitación, todo aquello que es conforme a los derechos naturales innatos (*angeborene natürliche Rechte*). Esta doctrina ha sido abandonada por las codificaciones más recientes. En el artículo 3º de las Disposiciones preliminares del Código Civil italiano de 1865, que se derivaba directa y casi literalmente del artículo 7º del Código austriaco, ya citado, la expresión principios generales del derecho natural fue sustituida por la expresión más simple, y quizá aún más equívoca, de *principios generales del derecho*. La mayor parte de los juristas interpretó esta expresión como si significase “principios generales del derecho positivo” y con esta interpretación se cumplía el paso del método de la heterointegración al de la autointegración. Pero hubo quien, como GIORGIO DEL VECCHIO, sostuvo en un ensayo muy polémico, que siguiendo la tradición iusnaturalista de la cual se deriva el artículo 3º, la expresión “principios generales del derecho” se debía interpretar como si significase “principios generales del derecho natural”⁷ *.

⁷ G. DEL VECCHIO, “Sui principi generali del diritto” (1920), en *Studi sul diritto*, Milano, 1958, I, págs. 205-271.

* El ordenamiento colombiano hace referencia al derecho natural en la ley 153 de 1887, artículo 4º: “Los principios del derecho natural, y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos ...”. [N. del T.].

No se excluye que un determinado ordenamiento recurra, para llevar a cabo su propia integración, a otros ordenamientos positivos. Pero en este caso podemos distinguir:

a) La remisión a ordenamientos precedentes en el tiempo. Por ejemplo, cuando un ordenamiento vigente recurre al derecho romano, que es la matriz histórica. Hay quienes afirman que la tan discutida fórmula de los “principios generales del derecho” del Código Civil de 1865 debe interpretarse como si significara “principios generales del derecho romano”.

b) La remisión a ordenamientos vigentes contemporáneos, como cuando el ordenamiento estatal toma normas de otro ordenamiento estatal o del derecho canónico (volveremos con mayor énfasis sobre estos problemas en el último capítulo dedicado a la relación entre los ordenamientos).

Por lo que respecta al recurso a otras fuentes diferentes de la dominante, consideremos nuestros ordenamientos en los que la fuente predominante es la ley. La heterointegración adopta entonces tres formas: a) recurso a la costumbre considerada como fuente subsidiaria de la ley. Se trata de la llamada costumbre *praeter legem*. Se puede distinguir una aplicación amplia y una aplicación restringida de la costumbre *praeter legem* o, dicho de otro modo, para indicar exactamente su función de fuente subsidiaria, *integradora*. Hay aplicación amplia cuando la costumbre la invoca una norma de este género: “La costumbre tiene vigencia en todas las materias no reguladas por la ley”. La aplicación restringida se da cuando está establecida en una norma de este género: “La costumbre tiene vigencia solo en los casos en que está expresamente prevista en la ley”. El artículo 8º de las Disposiciones preliminares que dice: “En las materias reguladas por las leyes y por los reglamentos, los usos tienen eficacia en cuanto están previstos en estos”, puede ser interpretado, al mismo tiempo como remisión en sentido amplio y remisión en sentido estricto.

El método más importante de heterointegración, entendida como el recurso a otras fuentes distintas de la legislativa, en caso de laguna de la ley, es el recurso al poder creativo del juez, esto es, al denominado *derecho judicial*. Como es sabido, los sistemas jurídicos anglosajones recurren a esta forma de integración más ampliamente que los sistemas jurídicos continentales en los que no se reconoce, por lo menos oficialmente, el poder creativo del juez, salvo en los casos expresamente indicados en los que se atribuye al juez la posibilidad de fallar *en equidad*. A consecuencia de la batalla desencadenada por la escuela del derecho libre en favor del derecho judicial, el Código Civil suizo, enunció en el artículo 1º el principio de que en presencia de lagunas, ya sea de la ley o de la costum-

bre, el juez podía decidir el caso como si él fuese el mismo legislador. Se ha demostrado, por lo demás, que el juez suizo casi nunca recurre al empleo de tan amplios poderes, y con esto se muestra claramente el apego de nuestra tradición jurídica a la autointegración o, cuando menos, la desconfianza hacia el derecho judicial considerado como fuente de incertidumbre y de desorden.

En realidad, se puede considerar como recurso a otras fuentes el recurso a las opiniones de los juristas, a las que se les atribuiría, en circunstancias particulares de silencio de la ley o de la costumbre, autoridad de fuente del derecho.

Para designar esta fuente del derecho podemos adoptar la expresión de SAVIGNY: *derecho científico*. En nuestros ordenamientos, así como no se le ha reconocido derecho de ciudadanía al juez como fuente normativa, con mayor razón no se le ha atribuido derecho de ciudadanía al jurista, quien expresa opiniones que tanto el legislador como el juez pueden tener en cuenta, pero sin emitir nunca juicios vinculantes ni para el legislador ni para el juez. Para explicar esta forma de integración nos limitaremos a plantear la hipótesis de un ordenamiento que contenga una norma de este género: "En caso de laguna de la ley (o de la costumbre), el juez deberá atenerse a la opinión prevalente en la doctrina", o todavía con mayor precisión "... a la solución adoptada por este o aquel jurista". Por lo demás, esta hipótesis no es del todo nueva. Recordemos la ley de citas (426 d. C.) de Teodosio II y Valentiniano III que fijaban el valor que debía atribuirse en el proceso a los escritos de los juristas, y en primer lugar reconocían plena autoridad a las obras de PAPINIANO, PAULO, ULPIANO, MODESTINO, GAYO*.

80. LA ANALOGÍA

El método de la autointegración se vale principalmente de dos procedimientos: 1º) la analogía, y 2º) los principios generales del derecho. La autointegración es el método que nos interesa más de cerca por cuanto ha sido adoptado por nuestros legisladores en el artículo 12 de las Disposi-

* El Código Civil colombiano establece en su artículo 26: "Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por *vía de doctrina*, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares". [N. del T.]

ciones preliminares del Código Civil italiano, que dice: "Si una controversia no puede decidirse con una disposición precisa, se hará de acuerdo con las disposiciones que regulan casos *similares o materias análogas*; si el caso aún presenta dudas, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado"*. Al prescribir los dos procedimientos, el de la analogía y el de los principios generales del derecho, el legislador pretende o presume que en caso de laguna la regla se debe encontrar en el ámbito mismo de las leyes vigentes, esto es, sin recurrir a otros ordenamientos ni a fuentes diferentes de las leyes.

Por "analogía" se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso regulado el mismo régimen dado a un caso regulado similarmente. Ya tuvimos oportunidad de tratar la analogía cuando hablamos de la norma general inclusiva; el artículo 12 puede considerarse como la norma general inclusiva del ordenamiento italiano. La analogía es ciertamente el más típico y el más importante de los procedimientos interpretativos de un determinado sistema normativo; es el procedimiento mediante el cual se explica la denominada tendencia de todo sistema jurídico a *expandirse* más allá de los casos expresamente regulados. Ha sido ampliamente usado en todos los tiempos. Recordemos el pasaje del *Digesto*: "Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest *ad similia procedere* atque ita ius dicere debet" (10, *De leg.* 1, 3). En el derecho medieval, la analogía o *argumentum a simili* se consideraba el procedimiento más eficaz para llevar a cabo la denominada *extensio legis*.

El razonamiento por analogía ha sido estudiado por los lógicos. Se encuentra mencionado con el nombre de *paradigma* (traducido luego al latín como *exemplum*) en el *Organon* de ARISTÓTELES (*Analitici priores*, II, 24). El ejemplo adoptado por ARISTÓTELES es el siguiente:

"La guerra de los focenses contra los tebanos es mala; la guerra de los atenienses contra los tebanos es similar a la guerra de los focenses contra los tebanos; la guerra de los atenienses contra los tebanos es mala". La fórmula del razonamiento por analogía se puede expresar esquemáticamente así:

* El artículo 8º de la ley 153 de 1887 establece una disposición similar: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho". [N. del T.]

M es P
S es similar a M
S es P

Esta fórmula debe ser comentada brevemente. Tal como está, se presenta como un silogismo en el que la proposición menor expresa una relación de semejanza antes que de identidad (la fórmula del silogismo es: M es P; S es M; S es P).

En realidad, ella oculta el vicio conocido como del *quaternion terminorum*, según el cual los términos aparentemente son tres, como en el silogismo, pero en realidad son cuatro. Veamos un ejemplo.

Los hombres son mortales;
Los caballos son similares a los hombres;
Los caballos son mortales.

La conclusión es lícita sólo si los caballos son similares a los hombres en una cualidad que sea la razón suficiente por la que los hombres son mortales. La semejanza no debe ser una semejanza cualquiera, sino una *semejanza relevante*. Supongamos que esta semejanza relevante entre los hombres y los caballos, a fin de deducir la mortalidad de los caballos, sea la de que ambos pertenecen a la categoría de los *seres vivientes*. Entonces resulta que los términos del razonamiento no son ya tres (hombre, caballo, mortal), sino cuatro (hombre, caballo, mortal y ser viviente). Para obtener en tres términos la conclusión "los caballos son mortales", el razonamiento debería ser formulado así:

Los seres vivientes son mortales;
Los caballos son seres vivientes;
Los caballos son mortales.

Aquí los términos son tres; pero, como se ve claramente, no se trata de un razonamiento por analogía, sino de un silogismo común.

Lo mismo vale para el razonamiento por analogía usado por los juristas. Para que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso no

regulado las mismas consecuencias jurídicas atribuidas al caso regulado similarmente, es necesario que entre los dos casos exista, no una semejanza cualquiera, sino una *semejanza relevante*, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la que al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra. Una ley de un Estado americano sanciona con pena de prisión a quien ejerza el comercio de libros obscenos. Se trata de saber si una pena igual puede aplicarse, por un lado, a los libros policíacos y, por el otro, a los discos que reproducen canciones obscenas. Es probable que el intérprete acepte la segunda extensión y refute la primera.

En el primer caso, en efecto, existe una semejanza bien visible entre libros obscenos y libros policíacos, pero se trata de una semejanza no relevante, porque lo que tienen en común es el estar compuestos por papel impreso, y no es esta razón suficiente para la pena de prisión establecida por la ley para los comerciantes de libros obscenos. En el segundo caso, por el contrario, la semejanza entre libros obscenos y discos que reproducen canciones obscenas es relevante (aunque menos visible), porque tal género de discos tiene en común con los libros obscenos precisamente la característica que es la razón de la prohibición. Por razón suficiente de una ley, entendemos lo que tradicionalmente se llama la *ratio legis*. Entonces diremos que es necesario que los dos casos, el regulado y el no regulado, tengan en común la *ratio legis*, para que el razonamiento por analogía sea lícito en derecho. Por lo demás, es lo que se ha plasmado con la fórmula: "Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio". Supongamos que un intérprete se pregunte si la prohibición del pacto comisorio (art. 2744 del C. C. italiano) se extiende a la venta en garantía. ¿En qué dirección desarrollará sus indagaciones? Buscará cuál es la razón por la que el legislador ha impuesto la prohibición prevista en el artículo 2744 y extenderá o no la prohibición según que considere o no válida la misma razón para la prohibición de la venta en garantía.

Se suele distinguir la analogía propiamente dicha, conocida también con el nombre de *analogía legis*, tanto de la *analogía iuris* como de la *interpretación extensiva*. Es curioso el hecho de que la *analogía iuris*, no obstante la identidad del nombre, no tenga nada que ver con un razonamiento por analogía, mientras la interpretación extensiva, no obstante la diferencia del nombre, es un caso de aplicación del razonamiento por analogía. Por *analogía iuris* se entiende el procedimiento con el que se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede en la *analogía legis*, sino por

todo el sistema o por una parte del sistema, es decir que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho, a los que haremos referencia en el siguiente párrafo. En cuanto a la interpretación extensiva, es opinión común, a veces impugnada, que es algo diferente de la analogía propiamente dicha. La importancia jurídica de la distinción consiste en lo siguiente: se afirma, comúnmente, que cuando la extensión analógica está prohibida, como, según el artículo 14 de las Disposiciones preliminares del Código Civil italiano, en las leyes penales y en las leyes excepcionales, la interpretación extensiva es lícita. Es del caso observar aquí, con referencia a cuanto hemos dicho repetidamente a propósito de las lagunas, que cuando la extensión analógica no está admitida, funciona inmediatamente, en caso de *silentium legis*, la norma general exclusiva. No hay una zona intermedia entre el caso particular expresamente regulado y los casos no regulados.

Pero, ¿cuál es la diferencia entre la analogía propiamente dicha y la interpretación extensiva? Se han ideado varios criterios para justificar la distinción, pero creo que el único criterio aceptable es el que trata de establecer la diferencia en relación con los efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por esta. Pongamos dos ejemplos. Se pregunta si el artículo 1577 del Código Civil italiano, que establece las obligaciones del arrendador en punto a las reparaciones de la cosa arrendada, puede hacerse extensivo a las obligaciones de la misma naturaleza del comodatario. Si se responde afirmativamente, se está creando una nueva regla para regular el comodato, que antes no existía. Se pregunta, por el contrario, si el artículo 1754 del Código Civil italiano, que define como corredor a "quien pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio", se puede hacer extensivo también a quienes "inducen a la conclusión del negocio una vez que las partes han iniciado los contactos, directamente o por medio de otro corredor". Si se responde afirmativamente, no se crea una nueva regla, sino simplemente se amplía el alcance de la regla existente. El primer ejemplo es de analogía, el segundo de interpretación extensiva. Con esta solo se hace la redefinición de un término, pero la norma aplicada es siempre la misma. Con aquella se pasa de una norma a otra. Mientras que es correcto decir que con la interpretación extensiva se extiende el concepto de corredor, no sería igualmente correcto decir, en el caso del artículo 1577 del Código Civil italiano, que con la analogía se hace extensivo el concepto de arrendamiento.

Aquí se agrega a una norma específica otra norma específica, con lo cual nos remontamos a un género común. Allí se agrega una nueva *especies al genus*, previsto por la ley. Esquemáticamente los dos casos pueden expresarse de este modo:

1. Analogía:

a' (caso regulado)

A (la *ratio* común de ambas)

a'' (caso no regulado)

a'' es similar a a' mediante A
por lo cual (A) a' es (A) a''

2. Interpretación extensiva

Aa' (caso regulado)

a'' (caso no regulado)

a'' es semejante a a'
por lo cual Aa' es a''

81. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Otro procedimiento de autointegración, tradicionalmente conocido con el nombre de *analogía iuris*, consiste en recurrir a los principios generales del derecho. La expresión "principios generales del derecho" fue usada "por el legislador de 1865; pero por lo errores a que podía dar lugar, relativos a si por "derecho" debía entenderse el derecho natural o el derecho positivo, la fórmula "principios generales del derecho vigente", que había adoptado el proyecto del nuevo código, fue cambiada en la última redacción por la fórmula actual: "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado"*.

Este cambio fue explicado en la Exposición de motivos de Ministro de Justicia con estas palabras: "En lugar de la fórmula «principios generales del derecho vigente», que habría podido parecer demasiado limitativa de la labor del intérprete, hemos creído preferible esta otra, «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado», en la cual el término

* En derecho colombiano (ley 153 de 1887, art. 4º) se habla de los "principios del derecho natural" y "de las reglas generales del derecho" (idem, art. 8º). [N. del T.].

todo el sistema o por una parte del sistema, es decir que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho, a los que haremos referencia en el siguiente párrafo. En cuanto a la interpretación extensiva, es opinión común, a veces impugnada, que es algo diferente de la analogía propiamente dicha. La importancia jurídica de la distinción consiste en lo siguiente: se afirma, comúnmente, que cuando la extensión analógica está prohibida, como, según el artículo 14 de las Disposiciones preliminares del Código Civil italiano, en las leyes penales y en las leyes excepcionales, la interpretación extensiva es lícita. Es del caso observar aquí, con referencia a cuanto hemos dicho repetidamente a propósito de las lagunas, que cuando la extensión analógica no está admitida, funciona inmediatamente, en caso de *silentium legis*, la norma general exclusiva. No hay una zona intermedia entre el caso particular expresamente regulado y los casos no regulados.

Pero, ¿cuál es la diferencia entre la analogía propiamente dicha y la interpretación extensiva? Se han ideado varios criterios para justificar la distinción, pero creo que el único criterio aceptable es el que trata de establecer la diferencia en relación con los efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por esta. Pongamos dos ejemplos. Se pregunta si el artículo 1577 del Código Civil italiano, que establece las obligaciones del arrendador en punto a las reparaciones de la cosa arrendada, puede hacerse extensivo a las obligaciones de la misma naturaleza del comodatario. Si se responde afirmativamente, se está creando una nueva regla para regular el comodato, que antes no existía. Se pregunta, por el contrario, si el artículo 1754 del Código Civil italiano, que define como corredor a "quien pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio", se puede hacer extensivo también a quienes "inducen a la conclusión del negocio una vez que las partes han iniciado los contactos, directamente o por medio de otro corredor". Si se responde afirmativamente, no se crea una nueva regla, sino simplemente se amplía el alcance de la regla existente. El primer ejemplo es de analogía, el segundo de interpretación extensiva. Con esta solo se hace la redefinición de un término, pero la norma aplicada es siempre la misma. Con aquella se pasa de una norma a otra. Mientras que es correcto decir que con la interpretación extensiva se extiende el concepto de corredor, no sería igualmente correcto decir, en el caso del artículo 1577 del Código Civil italiano, que con la analogía se hace extensivo el concepto de arrendamiento.

Aquí se agrega a una norma específica otra norma específica, con lo cual nos remontamos a un género común. Allí se agrega una nueva *especies al genus*, previsto por la ley. Esquemáticamente los dos casos pueden expresarse de este modo:

1. Analogía:

a' (caso regulado)

A (la *ratio* común de ambas)

a'' (caso no regulado)

a'' es similar a a' mediante A
por lo cual (A) a' es (A) a''

2. Interpretación extensiva

Aa' (caso regulado)

a'' (caso no regulado)

a'' es semejante a a'
por lo cual Aa' es a''

81. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Otro procedimiento de autointegración, tradicionalmente conocido con el nombre de *analogía iuris*, consiste en recurrir a los principios generales del derecho. La expresión "principios generales del derecho" fue usada "por el legislador de 1865; pero por los errores a que podía dar lugar, relativos a si por "derecho" debía entenderse el derecho natural o el derecho positivo, la fórmula "principios generales del derecho vigente", que había adoptado el proyecto del nuevo código, fue cambiada en la última redacción por la fórmula actual: "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado"*.

Este cambio fue explicado en la Exposición de motivos de Ministro de Justicia con estas palabras: "En lugar de la fórmula «principios generales del derecho vigente», que habría podido parecer demasiado limitativa de la labor del intérprete, hemos creído preferible esta otra, «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado», en la cual el término

* En derecho colombiano (ley 153 de 1887, art. 4º) se habla de los "principios del derecho natural" y "de las reglas generales del derecho" (idem, art. 8º). [N. del T.].

«ordenamiento» resulta comprensivo, en su más amplio significado, no solo de las normas y de las instituciones, sino también de la orientación político-legislativa estatal y de la tradición científica nacional (derecho romano, común, etc.). Tal ordenamiento, adoptado o sancionado por el Estado, o sea, nuestro ordenamiento, tanto privado como público, dará al intérprete todos los elementos necesarios para la búsqueda de la norma reguladora”.

Hemos citado este pasaje de la exposición de motivos, porque los últimos renglones son una expresión bastante característica del dogma de la plenitud, y porque implican una alusión a la “tradición científica nacional” que puede hacer pensar en una evasión, tal vez inconsciente, hacia la heterointegración.

BETTI, el estudioso italiano por excelencia del problema de la interpretación, ha sostenido con argumentos poco convincentes, que el recurrir a los principios generales, aun en la nueva formulación, representa un procedimiento de heterointegración. Para BETTI, recurrir a los principios generales del derecho es, junto con los juicios de equidad, uno de los métodos de heterointegración. Veamos su argumento: “Uno de tales instrumentos (de heterointegración) está constituido por los principios generales del derecho, solo si se les puede reconocer una fuerza de expansión no meramente lógica, sino axiológica, como para ir más allá de las soluciones legislativas determinadas por su valoración y, por consiguiente, capaz de trascender el mero derecho positivo”⁸.

En otro lugar: “Y es que, así como las normas individuales no reflejan sino en parte los principios generales ..., así también los principios generales, en cuanto criterios de valoración inmanentes al orden jurídico, se caracterizan por un *exceso de contenido deontológico (o axiológico)*, si se desea) frente a las normas particulares, también reconstruidas en su sistema”⁹. La dificultad de esta tesis de BETTI se deriva del hecho de que se sostiene con dos afirmaciones contradictorias: por un lado, considera *inmanentes* al orden jurídico los principios generales del derecho, y, por el otro, los considera *excedentes*. Si fuesen verdaderamente “excedentes”, el recurrir a ellos, antes que integrar el sistema, terminaría por desbaratarlo.

⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pág. 52.

⁹ *Op. cit.*, pág. 211.

En mi opinión, los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras. Y esta es también la tesis sostenida por CRISAFULLI¹⁰, quien se ha ocupado más ampliamente del problema. Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso. ¿Con qué fin se deducen en caso de laguna? Es claro que para regular un comportamiento no regulado, pero entonces, ¿sirven para el mismo fin que sirven las normas expresas? Y, ¿por qué no deberían ser normas?

CRISAFULLI sostiene que el artículo 12 se refiere tanto a los principios generales no expresados como a los expresados, tesis con la cual no estoy de acuerdo. CRISAFULLI distingue los principios generales en expresos y no expresos, y, a su vez, distingue los expresos en expresos ya aplicados y en expresos todavía no aplicados.

Muchas normas de los códigos o de la Constitución son normas generalísimas y, por consiguiente, verdaderos principios generales expresos. Dentro de esta categoría clasificaría normas como la del artículo 2043 del Código Civil italiano que formula uno de los principios fundamentales que rigen la convivencia social, y que expresa la nota máxima de la justicia: *neminem laedere*; el artículo 2041 del Código Civil relativo al enriquecimiento ilícito; el artículo 1176 del Código Civil relativo al cumplimiento de las obligaciones*. Muchas normas de la Constitución son

¹⁰ V. CRISAFULLI, “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, xxi (1941), págs. 41-64; 157-182; 230-265. Del mismo autor cfr. también *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, principalmente págs. 38-42.

* En el ordenamiento colombiano se encuentran ejemplos similares. La Corte Suprema de Justicia sienta la doctrina del abuso del derecho fundándose en el artículo 2341 del C. C., entendiéndolo como una forma especial, *sui generis*, de la culpa aquiliana; en relación con el enriquecimiento indebido se encuentran los arts. 739 p. 2, 1747, 2120, 2243, 2309, 2310 y 2343 del Código Civil. [N. del T.].

principios generales del derecho, pero, a diferencia de las normas del Código Civil, algunas de estas esperan todavía ser aplicadas: son principios generales expresos no aplicados.

Al lado de los principios generales expresos encontramos los no expresos, esto es, aquellos que se pueden obtener por deducción de normas específicas o, por lo menos, no muy generales. Son principios, o sea normas generalísimas, formuladas por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que comúnmente se llama el espíritu del sistema. Aquí se pregunta si los principios generales de los cuales habla el artículo 12 son solamente los no expresos o también los expresos: creemos que son solamente los no-expresos.

El artículo 12 se refiere a las lagunas y a los medios para completarlas, pero cuando los principios generales son expresos desde el momento en que, como habíamos dicho, son normas como todas las otras, no se puede hablar de lagunas.

La primera condición para que se pueda hablar de laguna es que esté regulado, y no lo está cuando no existe ninguna norma expresa, ni específica, ni general, ni generalísima, que lo establezca, o sea, cuando además de una norma específica que lo contemple, el principio general, dentro del cual podría estar contenido, tampoco es expreso. Si el principio general fuese expreso, no sé ve qué diferencia habría entre juzgar el caso con base en este o con base en una norma específica. Es verdad que nuestro legislador no ha dicho "a falta de una disposición expresa", sino "a falta de una disposición precisa". Pero un principio general expreso es una disposición *precisa*. El artículo 12 autoriza al intérprete para buscar los principios generales no expresos. Por lo que hace relación a los principios generales expresos, sería bien curioso que se necesitara una norma expresa que autorizara su aplicación.

CAPÍTULO V

LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y SU INTERRELACIÓN

82. LA PLURALIDAD DE LOS ORDENAMIENTOS

Hasta ahora hemos considerado los problemas que nacen en el *interior* de un ordenamiento. Para completar la teoría del ordenamiento jurídico es preciso tratar un problema que nos habíamos propuesto desde el comienzo: el problema de las relaciones entre ordenamientos, o sea, los problemas, si deseamos expresarlo con la fórmula adecuada, que nacen en el *exterior* de un ordenamiento. Este es un problema hasta ahora poco tratado desde el punto de vista de la teoría general del derecho. Este capítulo no será más que un esbozo de ese estudio, que merece ser mucho más amplio.

La primera condición para que se pueda hablar de relaciones entre ordenamientos es que los ordenamientos jurídicos existentes sean por lo menos dos, esto es, que no exista un único ordenamiento jurídico. El ideal del ordenamiento jurídico único, como ya tuvimos ocasión de notar, ha sido persistente en el pensamiento jurídico occidental. El prestigio primero del derecho romano y luego del derecho natural, ha determinado el surgimiento y la perduración de la ideología de un único derecho universal, del cual los derechos particulares no serían sino especificaciones históricas. Más que indagar acerca de las relaciones entre ordenamientos diversos, se trata de relieves las relaciones de los diferentes derechos particulares con el único derecho universal. Uno de los problemas más discutidos en el ámbito de la ideología universal del derecho ha sido, precisamente, el problema de las relaciones entre derecho positivo y derecho natural.

Los procesos en virtud de los cuales la ideología universalista del derecho ha perdido valor, son principalmente dos, y se han sucedido en el tiempo. Si llamamos "monismo jurídico" la idea universal según la cual existiría solo un ordenamiento jurídico universal y, "pluralismo ju-

“rídico” a la idea opuesta, podríamos decir que el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases.

La primera fase corresponde al nacimiento y desarrollo del *historicismo jurídico* que, principalmente mediante la escuela histórica del derecho, afirma la nacionalidad de los derechos que emanan directa o indirectamente de la conciencia popular. Al único derecho natural, común a todas las gentes, se contraponen tantos derechos cuantos pueblos y naciones existen. El derecho también es producto típico del denominado espíritu de las naciones, que constituirá uno de los motivos recurrentes de las doctrinas nacionales del siglo pasado. Esta primera forma de pluralismo tiene carácter estatista. Existen, no solo uno, sino muchos ordenamientos jurídicos, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento unitario (el ordenamiento estatal), su personalidad, o si se quiere, su genio jurídico. Esta fragmentación del derecho universal en tantos derechos particulares, mutuamente dependientes, ha sido confirmada y teorizada por la corriente jurídica que terminó por dominar en la segunda mitad del siglo XIX, y que aun hoy está lejos de verse aniquilada: hablo del *positivismo jurídico*, o sea, de aquella corriente según la cual no existe otro derecho diferente del derecho positivo, cuya característica es la de ser impuesto por una voluntad soberana (el positivismo jurídico se identifica con la concepción voluntarista del derecho).

Dondequiera que exista un poder soberano existe un derecho, y todo poder soberano es, por definición, independiente de cualquier otro poder soberano, luego todo derecho constituye un ordenamiento en sí mismo. Hay tantos derechos, diferentes entre sí, cuantos poderes soberanos existan. Es una realidad fáctica que los poderes soberanos son múltiples e independientes. Partiendo del dogma voluntarista del derecho, un derecho universal no se puede concebir sino suponiendo un único poder soberano universal, puesto que esta hipótesis habría dado origen a la idea de que el derecho emana de una sola voluntad soberana, la de Dios, y de que los poderes soberanos individuales históricos son emanaciones, directas o indirectas, de la voluntad de Dios. Pero esta idea fue abandonada con el surgimiento del pensamiento político moderno, para el cual la idea universalista del derecho habría reaparecido bajo la forma del derecho natural, cuyo órgano creador no era ya la voluntad, sino la razón. Pero al volver a encontrar el derecho su fuente en la voluntad y no en la razón, y desaparecida la concepción teológica del universo en la filosofía y en las ciencias modernas, de ello se derivó, como consecuencia inevitable, el pluralismo jurídico.

La segunda fase del pluralismo jurídico podemos denominarla institucional (para distinguirla de la primera que la podemos llamar estatal o nacional). Sobre ella ya hemos llamado la atención en la primera parte (*supra*, págs. 8-10).

Aquí, “pluralismo” tiene un contenido muy significativo (hasta el punto de que si se habla de “pluralismo”, sin más explicaciones, nos referimos a esta corriente y no a la precedente), en cuanto significa, no que existan muchos ordenamientos jurídicos (mas no todos del mismo tipo) en contraposición a un único derecho universal, sino que hay ordenamientos de *muchos tipos diferentes*. Lo llamamos “institucional”, porque su tesis principal es que hay ordenamiento jurídico dondequiera que haya una institución, o sea un grupo social organizado. Las corrientes de pensamiento que le han dado origen son las mismas corrientes sociológicas, antiestatistas, que ya habíamos visto en las fuentes de la escuela del derecho libre (*supra*, págs. 218-222). Inclusive la teoría institucional es un producto del descubrimiento de la sociedad por debajo del Estado. La consecuencia de esta teoría es una fragmentación ulterior de la idea universal del derecho y, claro está, un enriquecimiento del problema, cada vez más complejo y rico en perspectivas, de las relaciones entre los ordenamientos. Aceptando la teoría pluralista institucional, el problema de las relaciones entre ordenamientos no comprende ya solamente el problema de las relaciones entre los ordenamientos estatales, sino también el de las relaciones entre ordenamientos estatales y los ordenamientos diferentes de los estatales. Entre los ordenamientos no estatales, se distinguen cuatro tipos:

- a) ordenamientos *supra-estatales*, como el ordenamiento internacional y, según algunas doctrinas, el de la Iglesia católica;
- b) ordenamientos *infra-estatales*, como los propiamente sociales, que el Estado reconoce, limitándolos o absorbiéndolos;
- c) ordenamientos *colaterales al Estado*, como el de la Iglesia católica, según una concepción, o también el internacional, de acuerdo con la concepción “dualista”;
- d) ordenamientos *anti-estatales*, como las asociaciones para delinquir, las sectas secretas, etc.

Comprobado el derrumbe de la concepción universalista del derecho, no queremos decir con esto que el universalismo jurídico haya muerto como exigencia moral o como tendencia práctico-política. Todo lo contrario: el universalismo no ha muerto como tendencia, y en estos últimos años, sobre todo después de la segunda guerra mundial y de la creación

de la Organización de las Naciones Unidas, está más vivo que nunca. El universalismo jurídico resurge hoy, no ya como creencia en un eterno derecho natural, promulgado de una vez para siempre, sino como voluntad dirigida a constituir un *único derecho positivo*, que reúna todos los derechos positivos existentes, y que sea producto, no de la naturaleza, sino de la historia, y que esté, no en el origen del desarrollo social e histórico (como el derecho natural y el estado de naturaleza), sino en el fin. La idea de un único Estado mundial es la idea límite del universalismo jurídico contemporáneo; se trata de una unión que se busca, no contra el positivismo jurídico, con un retorno a la idea de un derecho natural revelado por la razón, sino mediante el desarrollo, hasta el límite extremo, del positivismo jurídico, es decir, hasta el establecimiento de un derecho positivo universal.

83. DIVERSOS TIPOS DE RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS

Como las normas individuales de un ordenamiento pueden estar dispuestas en orden jerárquico, nada excluye que los diferentes ordenamientos estén entre sí en relación de superior a inferior. La pirámide que nace al interior de un ordenamiento puede prolongarse por fuera del ordenamiento, si algunos ordenamientos de determinado tipo están subordinados a un ordenamiento superior, y este, a su vez, a otro, y así sucesivamente. La imagen de la pirámide de las normas puede ser complementada con la imagen de la pirámide de los ordenamientos. Por esto, se puede hacer una primera clasificación de las relaciones entre los ordenamientos con base en el diverso grado de validez que unos tienen respecto de otros. Distinguimos así:

- a) relaciones de coordinación, y
- b) relaciones de subordinación (o recíprocamente de supremacía).

Típicas relaciones de *coordinación* son aquellas que tienen lugar entre los Estados soberanos y que dan origen a ese particular régimen jurídico, propio de las relaciones entre entes que están en el mismo plano, que es el régimen de pactos, esto es, el régimen en el que las reglas de coexistencia son el producto de una autolimitación recíproca.

Típicas relaciones de *subordinación* son, por el contrario, aquellas que se dan entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos sociales parciales (asociaciones, sindicatos, partidos, iglesias, etc.), que tienen estatutos propios, y cuya validez se deriva del reconocimiento del Estado. En la concepción curialista de las relaciones entre Estado e Iglesia, la

relación de subordinación se presenta entre el ordenamiento fundado en la *potestas temporalis* y el fundado en la *potestas spiritualis*. Existe una concepción de las relaciones entre los ordenamientos estatales y el ordenamiento de la comunidad internacional (el derecho internacional), denominada concepción monista del derecho internacional según la cual la relación entre el derecho internacional y los derechos estatales particulares, es una relación entre superior e inferior.

Un segundo criterio de clasificación de las relaciones entre ordenamientos es el que tiene en cuenta la diferente *extensión* recíproca de los respectivos ámbitos de validez. Aquí podemos tener tres tipos de relaciones:

- a) relaciones de exclusión total;
- b) relaciones de inclusión total, y
- c) relaciones de exclusión parcial (o inclusión parcial).

Exclusión total significa que los ámbitos de validez de los dos ordenamientos están delimitados de modo tal que no se sobreponen mutuamente en ninguna de sus partes. Un típico ejemplo puede ser el de dos ordenamientos estatales que se excluyen totalmente (salvo algunas excepciones) respecto de la validez espacial de las respectivas normas jurídicas; se pueden representar como dos círculos que no tienen ningún punto en común. Estado e Iglesia, por el contrario, se pueden concebir como si se excluyeran recíprocamente, si se parte de la teoría de los ordenamientos coordinados, pero aquí la exclusión proviene, no ya respecto de la validez espacial (en efecto, las normas de la Iglesia y las del Estado son válidas en el mismo territorio), sino con relación a la respectiva validez material (la materia regulada por cada uno de los ordenamientos es diferente). Con relación a la diferente validez material, quienes sostienen la teoría según la cual el derecho y la moral se distinguen por el diferente objeto de los respectivos ordenamientos normativos, es decir, que el derecho regula las acciones externas y la moral las acciones internas, consideran excluyentes el ordenamiento jurídico y el ordenamiento moral.

Inclusión total significa que uno de los dos ordenamientos tiene un ámbito de validez comprendido totalmente en el del otro. Si consideramos, por ejemplo, la validez espacial, el ordenamiento de un Estado-miembro está comprendido totalmente en el ordenamiento del Estado federal. Considerando, por el contrario, también la validez material, el ordenamiento de la Iglesia está totalmente incluido en el ordenamiento del Estado en una concepción de relaciones entre Estado e Iglesia, en la que no hay materias específicamente espirituales reservadas a la Iglesia, sino que la

jurisdicción total, tanto en materia espiritual como en materia temporal; está reservada al Estado. Hay una concepción de las relaciones entre derecho y moral que puede considerarse como ejemplo de inclusión total: la concepción según la cual la extensión de las reglas jurídicas es más restringida que la de las reglas morales, y la de que no hay regla jurídica que no sea también regla moral. Esta concepción se denomina también teoría del derecho como "mínimo ético", para indicar que el derecho en su conjunto comprende un mínimo de reglas morales, el mínimo necesario para la coexistencia (o sea, para evitar el mal peor consistente en el desorden y la guerra).

Exclusión parcial e inclusión parcial significa que dos ordenamientos tienen una parte en común y una parte que no les es común. Esta situación se comprueba cuando el ordenamiento estatal absorbe o asimila un ordenamiento diferente, como el ordenamiento de la Iglesia, o el ordenamiento de una asociación particular, pero no lo absorbe totalmente: una parte del ordenamiento absorbido queda entonces por fuera del ordenamiento estatal y continúa regulando el comportamiento de sus miembros en una zona que es, frente al Estado, de mera licitud y, de otra parte, el ordenamiento del Estado se extiende sobre amplias zonas del comportamiento humano, extrañas a las que se dirige el ordenamiento parcial absorbido. Para caracterizar esta situación no importa que el ámbito común sea grande o pequeño; lo que importa es que, más allá del ámbito común, en el que coinciden los dos ordenamientos, existan otros dos ámbitos, en donde no coinciden los dos ordenamientos.

En la cuestión de las relaciones entre derecho y moral, la solución que plantean estas relaciones como relaciones de inclusión parcial y exclusión parcial es quizás la más común: derecho y moral, según este modo de ver, en parte coinciden y en parte no, lo que significa que hay comportamientos obligatorios tanto para el uno como para el otro, pero es más, hay comportamientos obligatorios moralmente y jurídicamente lícitos e, inversamente, comportamientos obligatorios jurídicamente y lícitos moralmente. El hecho de que no se deba robar, vale tanto para la moral como para el derecho; que se deban pagar las deudas de juego, vale sólo para la moral; que se deba llevar a cabo un acto con ciertas formalidades para que sea válido, vale sólo para el derecho.

En fin, si consideramos las posibles relaciones entre los ordenamientos desde un tercer punto de vista, o sea, tomando el valor que un determinado ordenamiento atribuye a las reglas de otros ordenamientos con las que está en contacto, nos encontraremos frente a tres situaciones diversas que podemos formular esquemáticamente así:

- a) indiferencia;
- b) rechazo, y
- c) absorción.

Por situación de *indiferencia* entendemos aquella en la cual un ordenamiento considera lícito lo que en otro ordenamiento es obligatorio. Típico ejemplo de ello son, en un ordenamiento jurídico como el italiano en el cual las deudas de juego son obligaciones naturales, las obligaciones contraídas recíprocamente por los jugadores. Por situación de *rechazo* entendemos aquella en la cual un ordenamiento considera prohibido aquello que en otro ordenamiento es obligatorio (o viceversa, obligatorio aquello que en el otro es prohibido): el ejemplo más claro es el de las relaciones entre el Estado y una asociación para delinquir. Por situación de *absorción*, en fin, entendemos aquella en la cual un ordenamiento considera prohibido aquello que en otro ordenamiento es obligatorio. Esta última situación puede adoptar dos formas que denominamos reenvío formal y reenvío material, o, más simplemente, *reenvío* y *recepción*. Por "reenvío" entendemos aquel procedimiento por el cual un ordenamiento renuncia a regular una materia determinada y acoge la reglamentación establecida por fuentes normativas pertenecientes a otros ordenamientos; por "recepción" se entiende el procedimiento por el cual un ordenamiento incorpora en su propio sistema la regulación normativa de una materia dada, en la forma como está establecida en otro ordenamiento.

84. ESTADO Y ORDENAMIENTOS MENORES

En la fenomenología de las relaciones entre ordenamientos, ocupan un puesto aparte las relaciones entre el ordenamiento estatal y algunos ordenamientos menores, cuya vida se desarrolla en el interior del Estado y se entrelaza de varios modos con aquel.

Entendemos por "ordenamientos menores" aquellos que mantienen unidos a sus miembros para fines parciales, y que comprenden por tanto solo una parte de la totalidad de los intereses de las personas que componen el grupo. Se podrían llamar también "ordenamientos parciales", comoquiera que verdaderamente "total" no es ni siquiera el Estado, ni aun el Estado totalitario. No es necesario precisar aquí si estos ordenamientos menores son jurídicos o no. Los considera jurídicos, la teoría institucional, que se limita a exigir como requisitos de la juridicidad un mínimo de organización. La cuestión acerca de si son o no jurídicos no tiene, en la presente discusión, relevancia particular. Aquí importa notar

que el ordenamiento jurídico de un Estado no es un bloque compacto: así como el geólogo busca los diferentes estratos de la Tierra, el teórico del derecho hará bien en colocarse frente a un ordenamiento jurídico con la actitud del historiador que busca las diversas fases de su formación. Cuando hablamos de las fuentes, en el segundo capítulo, distinguimos entre ordenamientos simples y ordenamientos complejos; y hemos repetido varias veces que los ordenamientos estatales, objeto de nuestro análisis, son ordenamientos complejos. Podemos añadir ahora, que no son simples en otro sentido, esto es, en el sentido de que son *compuestos*; aquí, por "compuestos" entendemos que los ordenamientos están *estratificados*, o sea, son el producto de una estratificación secular de ordenamientos diversos, en principio independientes unos de otros, y luego poco a poco absorbidos y amalgamados en un único ordenamiento estatal vigente.

Uno de los procesos con los que se lleva a cabo esta estratificación es el proceso de absorción de un ordenamiento jurídico por parte de otro, proceso que en el párrafo precedente denominamos recepción. En la relación entre Estado y ordenamientos menores, constituye un típico ejemplo de recepción el de los ordenamientos parciales que tenían para la comunidad una particular importancia, como el derecho comercial o el derecho de la navegación, que durante mucho tiempo fueron el producto de la actividad independiente de comerciantes y de navegantes, y que luego fueron introducidos e integrados poco a poco en un único ordenamiento estatal, en un proceso de extensión y reforzamiento del monopolio jurídico del Estado. Se comprende que, cuando se lleva a cabo la recepción, del ordenamiento original no quedan huellas externas; solo la investigación de los estratos lo revela. Esta investigación no tiene relevancia jurídica directa, sino principalmente un interés histórico y para la teoría general del derecho.

Pero no siempre se lleva a cabo la recepción: a veces el procedimiento con el cual el ordenamiento estatal utiliza los ordenamientos menores es el del *reenvío*, o sea, el procedimiento por medio del cual un ordenamiento no se apropia del contenido de las normas de otro ordenamiento, como ocurre en la recepción, sino que se limita a reconocer su plena validez en su propio ámbito. Por ejemplo, la vida de la familia de las colonias no se rige por normas materialmente pertenecientes al ordenamiento estatal, sino por costumbres, a las cuales el ordenamiento estatal atribuye validez de normas jurídicas por medio de una remisión de carácter general.

Si siempre tenemos presente nuestra definición de ordenamiento jurídico como conjunto de reglas con eficacia reforzada, en el caso de los ordenamientos menores, a los que el ordenamiento estatal reenvía, podremos decir que nos encontramos frente a reglas de conducta formadas

fuera e independientemente del ordenamiento estatal, a las que el Estado les presta su propia fuerza. Obsérvese, por ejemplo, la referencia que el legislador italiano hace en algunos casos a las reglas de la ética (art. 1175 del C. C.) y a las de la *ética profesional* (art. 2598-3 del C. C.): se trata de reglas de relaciones sociales, producto de las exigencias de la convivencia y de la comunicación en condiciones particulares de ambiente y actividad. Nuestro legislador no dice cuáles son estas reglas; se limita a reconocer su existencia y a concederles protección en determinados casos, como si fuesen normas dictadas directamente por los propios órganos dotados de poderes normativos. Un Estado que incorpore un grupo étnico con costumbres, civilización e historia muy diferentes de las del grupo étnico dominante, puede seguir la vía de la absorción y de la tolerancia; la primera requiere, frente al ordenamiento menor, el procedimiento que denominamos de rechazo, o sea, el desconocimiento de las reglas propias del grupo étnico, y de la sustitución violenta por las normas ya en vigor en el ordenamiento estatal; la segunda podría, por el contrario, llevarse a cabo con el procedimiento de reenvío, o sea, atribuyendo a las normas, probablemente a un grupo de normas, formadas integralmente en el ordenamiento menor, la misma validez de las normas propias del ordenamiento estatal, *como si fuesen idénticas a estas*.

La actitud más frecuente del Estado respecto de las reglas de los ordenamientos menores y parciales es la *indiferencia*. Lo anterior quiere decir que estos ordenamientos tienen sus mandatos y sus prohibiciones, pero que el Estado no los reconoce. Estos mandatos y estas prohibiciones son válidos para las personas que adhieran a estos ordenamientos, y son condición necesaria para su participación en él, pero el Estado no le concede ninguna protección, con la consecuencia de que en el ordenamiento estatal se vuelve lícito aquello que es ilícito en el ordenamiento no reconocido. Típico ejemplo de esta actitud es la que generalmente asume el Estado frente a las reglas de juegos y a los reglamentos deportivos, y a las obligaciones que adquieren los jugadores y los deportistas entre sí. Para el juego y la apuesta el legislador italiano ha dispuesto en el artículo 1933, párrafo 1º, del Código Civil, que "no hay acción para el pago de una deuda de juego o de apuesta, aunque se trate de juegos o de apuestas no prohibidos"*.

* La ley 153 de 1887, art. 95 del ordenamiento colombiano trae una regulación similar: "El juego y apuesta no producen acción ni excepción. El que gana no puede exigir el pago. Si el que pierde paga, tiene, en todo caso, acción para repetir lo pagado". [N. del T.]

decir que su derecho no está protegido y si su derecho no está protegido quiere decir que no existe una obligación jurídicamente relevante para el perdedor. Lo que es obligatorio entre los jugadores, para las deudas de juego, no es obligatorio para el ordenamiento estatal, o sea, es *lícito* no pagarlas. La deuda de juego es un caso particular de la categoría más amplia de las denominadas obligaciones naturales, a que se refiere el artículo 2034 del Código Civil. Son obligaciones para las cuales el legislador italiano no concede acción, aunque prevé la posibilidad de repetir "cuanto se haya pagado espontáneamente". El artículo 2034 del Código Civil: habla en general de "deberes morales y sociales" sin una ulterior explicación. A veces la actitud del Estado con relación a los ordenamientos menores es de rechazo. El caso típico, en nuestro ordenamiento, es el del duelo, el cual ciertamente es una conducta debida, según el ordenamiento supérstite de los "caballeros", regulado por ese código particular de procedimiento que se conoce con el nombre de "Código del honor o Código caballeresco". Lo que es debido para quien se considera partícipe del ordenamiento de los caballeros, está prohibido en el ordenamiento estatal. El legislador italiano considera el duelo como un delito bajo el título de "protección arbitraria de los propios derechos" (arts. 394 a 396 del C. P.)*.

85. RELACIONES TEMPORALES

Las relaciones más importantes, más merecedoras de un amplio estudio son las que se presentan entre los ordenamientos estatales, o entre los ordenamientos estatales y los ordenamientos originarios, a los que se atribuye por consenso el carácter de ordenamientos jurídicos, como son el ordenamiento internacional y el ordenamiento de la Iglesia católica.

Trataremos de hacer una clasificación de estas relaciones tomando el valor de los diferentes ámbitos de validez de un ordenamiento, en especial de los ámbitos *temporal*, *espacial* y *material*.

Si dos ordenamientos se diferencian en estos tres ámbitos, es probable que no exista entre ellos ninguna interferencia y, por tanto, ni siquiera habría un problema de relación entre sí. Cuando se dice que se encuentran entre sí en relación de *exclusión total*, se dice todo, y no es necesario añadir nada más. El examen de las relaciones entre ordenamientos se

torna interesante cuando estos tienen en común dos de estos ámbitos y difieren en cuanto al tercero. Basta la diferencia de uno de los tres ámbitos para excluir su identificación, o sea, aquella relación de total superposición que sería por tanto menos interesante que la de exclusión total. Pero, el tener en común dos ámbitos es condición suficiente para que aparezca la interferencia recíproca que merece cierta atención.

Se pueden distinguir tres tipos de relaciones entre los ordenamientos, según que el ámbito diferente sea el temporal, el espacial o el material:

- 1) dos ordenamientos tienen entre sí en común el ámbito espacial y el material, pero no el temporal. Se trata del caso de dos ordenamientos estatales que temporalmente se suceden en un mismo territorio;
- 2) dos ordenamientos tienen en común entre sí el ámbito temporal y el material, pero no el espacial. Se trata de la relación entre dos ordenamientos contemporáneos, vigentes al mismo tiempo y que regulan *grosso modo* las mismas materias, pero en dos territorios diferentes;
- 3) dos ordenamientos tienen en común entre sí el ámbito temporal y el espacial, pero no el material. Se trata de la relación característica entre un ordenamiento estatal y el ordenamiento de la Iglesia (con particular referencia a las Iglesias cristianas, especialmente a la Iglesia católica); Estado e Iglesia extienden su jurisdicción sobre el mismo territorio y al mismo tiempo, pero las materias reguladas por uno y otra son diferentes.

Comencemos por tomar en consideración en este párrafo la primera de estas tres relaciones. Simplemente se trata de la relación entre un ordenamiento viejo y un ordenamiento nuevo, como sucede, por ejemplo, después de una revolución, que rompe la continuidad de un ordenamiento jurídico (desde el punto de vista interno y no desde el punto de vista del derecho internacional, para el cual vale el principio *forma regiminis mutata non mutatur ipsa civitas*).

¿Qué se entiende jurídicamente por revolución? Se entiende el derrocamiento ilegítimo de un ordenamiento jurídico preexistente, llevado a cabo internamente y, al mismo tiempo, el establecimiento de un ordenamiento jurídico nuevo. La definición jurídica de revolución ha puesto en apuros a los juristas porque presenta dos aspectos: respecto al ordenamiento precedente es un hecho ilegítimo (tanto es así que si fracasa, los que están implicados terminan mal, y ni siquiera se llama revolución sino insurrección, sublevación, etc.); respecto al ordenamiento posterior, a que da origen aquella, es el fundamento mismo de la legitimidad de todo el ordenamiento, o sea, es un hecho constitutivo de derecho. La dificultad

* El Código Penal colombiano (1980), art. 183, adopta esta misma denominación. [N. del T.].

está en que ambas fases son un único hecho. CARNELUTTI, quien ha precisado bien esta dificultad, distingue los hechos jurídicos en bilaterales y unilaterales, según el carácter jurídico que tenga la situación inicial y la final o solo una de las dos, y los unilaterales, a su vez, en constitutivos (como la costumbre) y en extintivos (como la desuetud), y considera la revolución como un doble hecho unilateral, conjuntamente extintivo (del viejo ordenamiento) y constitutivo (del nuevo). Y, ¿cómo puede un mero hecho producir derecho? Esta pregunta no asusta, siempre que aceptemos, como ya dijimos, que el derecho nace del hecho: el fundamento de un ordenamiento jurídico es un poder tan grande que posee no solo la autoridad para producir normas para los miembros de un grupo, sino también la fuerza para hacerlas cumplir por quienes las desconozcan. De todos modos, las tentativas para dar una definición jurídica del "hecho" revolución son muchas; pero se pueden reducir a una de estas tres posibilidades:¹

a) La revolución es, por sí misma, un hecho jurídico y, por consiguiente, tiene autonomía jurídica. Es la teoría de ROMANO, según la cual la revolución es una institución en cuanto organización estatal embrionaria, o sea, es un ordenamiento jurídico en sí mismo diferente tanto del ordenamiento precedente que se extingue, como del siguiente que nacerá;

b) La revolución es un hecho jurídicamente cualificado desde el punto de vista de un ordenamiento diferente del estatal. Es la tesis de Kelsen, según la cual la caracterización jurídica de la revolución se debe buscar en el derecho internacional; la revolución no es otra cosa que uno de los procedimientos previstos y, por consiguiente, legítimos (desde el punto de vista del ordenamiento internacional), mediante los cuales se puede cambiar un ordenamiento jurídico estatal;

c) La revolución es un hecho jurídico desde el punto de vista del mismo derecho interno del Estado. Es la teoría quizá más difundida, según la cual entre las fuentes del derecho, aunque no sea expresa, se debe considerar la *necesidad*, y la revolución es una manifestación específica de aquella, que justificaría lo que por fuera de aquel estado particular de necesidad, sería legítimo.

Justifíquese como se quiera, lo cierto es que con la revolución hay una interrupción en la continuidad; es como una vertiente que separa un

¹ Para un examen detallado de los diversos problemas conexos con la revolución, M. A. CATTANEO, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milano, 1960.

ordenamiento del otro. ¿Pero esta división es absoluta? ¿El viejo ordenamiento y el nuevo se excluyen recíprocamente? He aquí el problema. La respuesta no puede ser negativa, dado que la revolución produce una interrupción, pero no una completa solución de continuidad. Existe lo nuevo y lo viejo, y lo viejo se traspasa a lo nuevo, y lo nuevo se mezcla con lo viejo.

Es un hecho que, generalmente, parte del viejo ordenamiento traspasa al nuevo, y a veces no se modifican sino algunos principios fundamentales referentes a la Constitución del Estado. ¿Cómo explicar este traspaso? La mejor forma de hacerlo es recurriendo a la figura, ya bastante explicada, de la *recepción*. En el nuevo ordenamiento tiene lugar una verdadera y propia recepción de buena parte del viejo; y se entienden generalmente como receptadas todas aquellas normas que no son explícita o implícitamente abrogadas. El nuevo ordenamiento no se afecta por el hecho de estar constituido en parte por normas del viejo ordenamiento: las normas comunes al viejo y al nuevo ordenamiento pertenecen solo *materialmente* al primero, pues *formalmente* son todas normas del nuevo ordenamiento en el sentido que estas son válidas, no ya con base en la norma fundamental del ordenamiento anterior, sino según la norma fundamental del nuevo ordenamiento. En este sentido hablamos de recepción, y no pura y simplemente de permanencia de lo viejo en lo nuevo. La recepción es un acto jurídico con el cual un ordenamiento acoge y hace suyas normas de otro ordenamiento, por lo cual estas normas permanecen materialmente iguales, pero dejan de serlo en cuanto a la forma.

En el decreto legislativo 249 del 5 de octubre de 1944, sobre *Disposiciones de la legislación en los territorios liberados*, podemos encontrar una interesante tipología de las actitudes que el nuevo ordenamiento jurídico puede asumir frente al viejo. De acuerdo con esta norma, los actos o proveimientos de la República de Salò pueden ser de cuatro clases: a) *inválidos* (los actos de gobierno y en general las leyes); b) *inválidos pero convalidables* (los actos administrativos enumerados en el artículo 2º y las sentencias según el artículo 5º párrafo 2); c) *válidos pero invalidables* (los actos administrativos distintos de los enumerados en el artículo 2º y las sentencias según el artículo 6º párrafo 2); d) *válidos* (en general las actas de estado civil).

86. RELACIONES ESPACIALES

El caso en que puede parecer que el estudio de las relaciones entre ordenamientos no ofrece mucha materia de examen es el de la relación

entre ordenamientos que tienen validez espacial diversa, como es el caso de dos Estados cuyas normas rigen dentro de límites espaciales (el llamado territorio) bien definidos. Podría sostenerse que aquí se debe aplicar la figura de la exclusión recíproca, pues, en realidad, los Estados se consideran independientes entre sí, dotados de un poder originario y autónomo que les asegura la no injerencia en su dominio por parte de los demás Estados. Sin embargo, hay casos en los cuales también el Estado recurre a normas de otro Estado para resolver algunas controversias. Se trata de aquellos casos que son estudiados por una disciplina jurídica especializada, el derecho internacional privado, que se enseña en el curso de derecho internacional, razón por la cual aquí nos limitaremos solamente a breves alusiones.

El derecho regula generalmente relaciones intersubjetivas con respecto a cosas, bienes y servicios que atañen a un determinado territorio. Todo esto es simple cuando los sujetos de la relación son ciudadanos del mismo Estado, y el objeto al cual hacen referencia se encuentra en el territorio de ese Estado. Pero, ¿y si uno de los dos sujetos es extranjero? ¿Si ambos sujetos pertenecen a un Estado, pero el bien en referencia se encuentra en otro Estado? Bastan estas dos preguntas para comprender que son infinitos los casos, con mayor razón en el mundo contemporáneo en el que las relaciones internacionales se van intensificando, que pueden ser resueltos con normas pertenecientes a dos ordenamientos diversos, según se tenga en cuenta la nacionalidad de uno o de otro sujeto, o la nacionalidad de la cosa respecto de la de los sujetos. Pero, como a un caso solo se puede aplicar una norma, es necesario escoger una u otra, y en ocasiones se escoge la norma extranjera. En general, se puede decir que en todo ordenamiento moderno hay casos que se resuelven aplicando, no ya la norma del ordenamiento nacional, sino una norma de un ordenamiento extranjero. En síntesis, se presentan, y no raramente, situaciones particulares en las que normas de otro ordenamiento tienen vigencia en un ordenamiento estatal. Como se ve, este es un caso bastante claro y de enorme interés práctico, de reenvío de un ordenamiento a otro y, más precisamente, de reenvío entre dos ordenamientos que tienen diverso ámbito de validez espacial.

El ordenamiento italiano hace amplia referencia a la aplicación de normas extranjeras en los casos que quedan comprendidos en la disciplina del derecho internacional privado. Como se sabe, las normas que regulan estos casos hacen parte de las Disposiciones preliminares del Código Civil italiano (arts. 17 a 32). Basta dar un vistazo a estas normas para enterarse de los casos en los cuales el juez italiano debe aplicar la ley

extranjera. El problema teórico que suscitan estas normas, y que ha sido objeto de interminables controversias, es el relativo a la naturaleza del reenvío contemplado en ellas. Para esta discusión nos remitimos igualmente al derecho internacional. Aquí nos limitamos a considerar las dos figuras de reconocimiento de un derecho externo, que llamamos recepción o reenvío. No hay duda de que las normas del derecho internacional privado dan lugar, no a una recepción, sino a un reenvío. Estas, en efecto, no hacen propio el contenido de normas de otros ordenamientos en determinadas circunstancias, sino que indican, pura y simplemente, las fuentes, de donde las normas deben ser sacadas, cualquiera que sea su contenido. En otras palabras, el derecho italiano remite en algunas circunstancias al derecho extranjero, no porque sea objetivamente mejor, es decir, porque dé una solución más justa, sino porque juzga conveniente que toda situación tenga su regla adecuada, ya que en este caso "a cada uno lo suyo" significa "a cada uno su propia regla". Tanto es así que la legislación extranjera, a la cual reenvía nuestro ordenamiento en determinadas materias, puede cambiar, pero siempre será tenida en cuenta automáticamente. Nuestro ordenamiento reenvía, no ya al *modo* como se regula una materia dada, sino a la fuente que la regula. Por esto las normas de derecho internacional privado se denominan *normas sobre la producción jurídica**.

87. RELACIONES MATERIALES

De diverso género son las relaciones entre el ordenamiento del Estado y el ordenamiento de la Iglesia católica, considerado como ordenamiento jurídico originario. Las normas de los dos ordenamientos tienen, no solo la misma validez temporal en el sentido de que son vigentes contemporáneamente, sino también la misma validez espacial, en cuanto rigen en el mismo territorio.

Pero no se identifican y solo raramente se superponen (y cuando se superponen nacen los célebres conflictos entre Estado e Iglesia). Estos ordenamientos se diferencian entre sí por el ámbito de validez material; esto

* En materia comercial el ordenamiento colombiano acepta la figura del reenvío en el art. 7º del C. de Co.: "Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes".

quiere decir, en otras palabras, que uno y otro se dirigen a las mismas personas, en el mismo territorio, al mismo tiempo, pero regulan materias diversas. La línea de división entre los dos ordenamientos no es un límite espacial, como el que separa un Estado de otro Estado, sino un límite ideal, tan difícil de determinar como el límite entre la materia espiritual y la materia temporal. Así estos límites son bastante difíciles de determinar, así también los casos de injerencia de un ordenamiento en otro y, por consiguiente de conflicto, son más frecuentes que las relaciones entre dos Estados y también de más difícil solución. Además, mientras que respecto de las relaciones entre los Estados existe un ordenamiento internacional que comprende todos los Estados y puede dirimir los conflictos, no hay un ordenamiento superior que comprenda en modo estable a los Estados y a las Iglesias, porque se trata de ordenamientos heterogéneos que no pueden dar lugar a un ordenamiento común. La historia de las relaciones entre Estado e Iglesia (desde el cristianismo) es rica en conflictos y bastante conocida para ocuparnos aquí de ella. Se han propuesto al respecto varios tipos de solución, que han sido clasificados de varios modos. La clasificación más sintética parece ser la siguiente:

1. *Reductio ad unum*. Se distingue según se trata de la reducción del Estado a la Iglesia (teocracia) o de la Iglesia al Estado (cesaropapismo en la época imperial, erastianismo en los modernos Estados nacionales protestantes).

2. *Subordinación*. También aquí es necesario distinguir dos teorías o sistemas según se pretenda que el Estado esté subordinado a la Iglesia (teoría de la *potestas indirecta* o de la *potestas directiva* prevalentemente seguida por la Iglesia católica), o que la Iglesia esté subordinada al Estado (jurisdiccionalismo y territorialismo, durante el período de las monarquías absolutas).

3. *Coordinación*. Es el sistema fundado en las relaciones concordatarias, que presuponen el reconocimiento recíproco de los dos poderes según la fórmula "cada cual, en el propio orden, independientes y soberanos" (art. 7º de la Constitución).

4. *Separación*. Según el sistema del separatismo, aplicado, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, las iglesias se consideran del mismo modo que las asociaciones privadas, a las cuales el Estado les reconoce la libertad de desarrollar su misión dentro de los límites de las leyes.

Aquí nos interesan las relaciones entre el Estado italiano y la Iglesia católica, tale como surgen del derecho positivo vigente. No se trata de dos ordenamientos herméticamente cerrados, pues, en particular, el ordena-

miento estatal hace referencia en varias formas a instituciones reguladas por el derecho canónico. Por otra parte, los problemas que nacen de la actitud del Estado italiano respecto de la Iglesia son objeto de regulación particular por parte del derecho eclesiástico, al cual remitimos, como lo hicimos en el párrafo precedente con el derecho internacional. Nos limitamos a llamar la atención sobre el hecho de que las normas a las cuales remite el ordenamiento del Estado italiano, las normas del derecho canónico, han sido equiparadas por alguno (CHECCHINI) a las normas del derecho internacional privado, aspecto sobre el cual ya hicimos referencia en el párrafo precedente. Pero esta tesis tiene más críticas que aprobación. Por el contrario, se ha sostenido que las relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento de la Iglesia son asimilables a las relaciones del Estado con los ordenamientos jurídicos menores (QUADRI). Pero la doctrina más aceptada es aquella según la cual se trata de relaciones *sui generis*, en las que al lado de las figuras jurídicas comunes a las relaciones entre Estados, se encuentran figuras jurídicas peculiares.

La doctrina ha dado importancia principalmente a dos figuras, que me parece pueden distinguirse netamente del reenvío a las normas del derecho extranjero, y también de la figura de la recepción, a pesar de que la primera no debe considerarse como figura característica de las relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento de la Iglesia. Estas dos figuras son:

a) El *presupuesto*. Se entiende por "presupuesto" la situación en la cual el ordenamiento externo (ya sea el canónico o el de otro Estado) se utiliza para precisar las características de un determinado tipo, al cual el ordenamiento interno atribuye determinadas consecuencias que no son necesariamente las mismas que le atribuye el ordenamiento externo. El Estado italiano no atribuye ciertamente al bautismo las mismas consecuencias que le atribuye la Iglesia. Sin embargo en las leyes racistas de 1938 el bautismo fue considerado como "presupuesto" para la atribución de consecuencias jurídicas propias del Estado italiano. Así, el sacramento de la ordenación es regulado por normas del derecho canónico, y ciertamente el Estado italiano no atribuye a la calidad de clérigo las mismas consecuencias que el atribuye la Iglesia; pero el ordenamiento puede hacer, en algunas circunstancias, de la calidad de clérigo un "presupuesto" con consecuencias jurídicas relevantes para el propio ordenamiento (por ejemplo, la exención al servicio militar)².

² A. CHECCHINI, "L'ordinamento canonico nel diritto italiano" (1939), en *Scritti giuridici e storico-giuridici*, Padova, 1958, III, págs. 94 y ss.

Es claro que esta forma de vinculación entre dos ordenamientos no tiene nada que ver con el reenvío, del cual hemos hablado ya (y mucho menos con la recepción), puesto que con el reenvío la norma externa se invoca para que desempeñe su función propia de regular un determinado comportamiento; en el presupuesto se acude al comportamiento regulado por la norma externa para atribuirle consecuencias jurídicas nuevas. Y es también indiscutible que esta figura del "presupuesto" no es propia de las relaciones entre el Estado y la Iglesia. Nuestro ordenamiento se vale frecuentemente de "presupuestos", cuya determinación se deriva de normas de derecho extranjero, cuando, por ejemplo, se refiere a nociones jurídicas como "ciudadano extranjero", "jefe de Estado de una nación extranjera", etc.

b) *El reconocimiento para efectos civiles*. Se trata del caso en el cual el Estado no asume un comportamiento regulado por el derecho de la Iglesia como presupuesto de su propia reglamentación, sino que renuncia a la reglamentación propia limitándose a reconocer efectos civiles a la reglamentación dada por el ordenamiento de la Iglesia. Un caso, aunque discutido, es el previsto por el artículo 31 del Concordato, en el que se dice que "la creación de nuevas entidades eclesiásticas o de asociaciones religiosas se hará por la autoridad eclesiástica de acuerdo con las normas del derecho canónico; su reconocimiento en cuanto a los efectos civiles lo harán las autoridades civiles". Esta figura también debe distinguirse del reenvío, propio del derecho internacional privado, y no es exacto definirla como atribuciones de efectos civiles a instituciones reguladas por normas extranjeras. A diferencia del presupuesto, esta figura es característica de las relaciones entre el Estado italiano y la Iglesia católica. El ejemplo más importante y característico es el reconocimiento del matrimonio canónico, al que se le atribuyen, con base en el artículo 54 del Concordato, los mismos efectos del matrimonio civil*; por medio de esta ins-

* Estas disposiciones se encuentran en el Nuevo Concordato de 18 de febrero de 1984 así: al anterior art. 31 corresponde el art. 7º inc. 2: "Permaneciendo inmodificada la personería jurídica de las entidades eclesiásticas que actualmente la tienen, la República Italiana, a solicitud de la autoridad eclesiástica o con su consentimiento, seguirá reconociendo la personería jurídica de las entidades eclesiásticas con sede en Italia, creadas o aprobadas según las normas de derecho canónico y que tengan fines religiosos o de culto. Análogamente se procederá para el reconocimiento de los efectos civiles de todo cambio sustancial de las mismas entidades".

Al art. 54 corresponde el art. 8º inc. 1º: "Se le reconocen efectos civiles a los matrimonios contraídos según las normas de derecho canónico, a condición que el acta respectiva sea transcrita en los registros del estado civil, previa publicación en la casa municipal...". [N. del T.].

titución un sector del derecho externo es acogido en el derecho italiano como parte integrante de este, mediante un procedimiento que se distingue tanto del reenvío como de la recepción**.

** El Estado colombiano mediante el Concordato celebrado el 12 de julio de 1973, reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico (art. 9º) y le otorga competencia exclusiva a los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la Sede Apostólica para que conozcan de las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos (art. 8º). Finalmente, es de interés anotar que la Corte Suprema de Justicia (sent. 4 junio 1956, Mag. pon. dr. José J. Gómez) ha considerado que "la sentencia de divorcio pronunciada por los tribunales de la Iglesia Católica, en cualquier lugar de la Tierra, no requiere exequátor para surtir sus efectos en Colombia, en razón de la competencia exclusiva ya dicha y ser la Iglesia sociedad universal"; y en sentencia del 15 de mayo de 1954 (con ponencia del dr. Dario Echandía) hace referencia de manera expresa a la posición del derecho canónico frente al ordenamiento colombiano estableciendo que, "En los casos y materias en que la legislación colombiana difiere de la canónica, esa referencia es formal y no recepticia...". [N. del T.].