

todo lenguaje natural. Se llaman «predicados», como se recordará, a todos los términos que no denotan a un individuo sino a una clase.

Todos los predicados tienen un referente dudoso o «abierto» (*open textured*) y, en este sentido, padecen de vaguedad⁸. Por consiguiente, dada una norma cualquiera, hay casos a los cuales aquella ciertamente se aplica, casos a los cuales aquella ciertamente no puede ser aplicada, y finalmente casos «dudosos» o «difíciles» (*hard cases*, como se suele decir) para los cuales la aplicabilidad de la norma es discutible.

Por ejemplo: un intercambio al precio medio de mercado es sin duda una venta; una presunta «venta» a un precio irrisorio es una donación disimulada. Pero, ¿a qué precio debemos fijar el confín entre la venta y la donación? El vocablo «habitación» designa ciertamente la casa en la que alguien vive. Pero, ¿se extiende hasta el zaguán, el patio o el desván?

La vaguedad (la *open texture*), a diferencia de la equivocidad, es una propiedad objetiva del lenguaje, y no solo del lenguaje jurídico. Todos los predicados en sentido lógico comparten esta propiedad. La vaguedad no depende, por tanto, de las técnicas interpretativas o de la dogmática. Aquella no puede ser eliminada, aunque puede ser reducida por medio de definiciones).

La interpretación «en concreto» reduce, en relación a uno u otro caso concreto, la indeterminación de las normas.

⁸ Más precisamente por vaguedad extensional. Por otra parte, la vaguedad extensional depende de la incertidumbre sobre los atributos que un objeto debe poseer para pertenecer a la clase en cuestión, esto es, depende de la vaguedad intensional del predicado en cuestión.

CAPÍTULO XXXIV LAGUNAS

La expresión «laguna del (en el) derecho» puede denotar al menos tres fenómenos diversos: lagunas normativas, lagunas técnicas, y lagunas axiológicas¹.

1. LAGUNAS NORMATIVAS

Puede suceder (aunque no se decir cuan frecuentemente sucede este fenómeno) que el legislador discipline una serie de supuestos de hecho, pero omita disciplinar una o más de sus posibles combinaciones².

¹ En realidad, existe un cuarto fenómeno en el que se ha hablado de «lagunas». Aquí me limito a hacer una breve referencia. Es posible afirmar que un ordenamiento jurídico —entendido no como conjunto de normas sino como conjunto de «instituciones»— presenta una laguna *institucional* toda vez que, por causas *de hecho*, desaparece una de las instituciones esenciales para su funcionamiento. Por ejemplo, se crea una laguna institucional toda vez que, en un Estado monárquico, se extingue la dinastía reinante, hasta que no se encuentre otro titular para la corona, o no se instaure una nueva forma de Estado. Se crea una laguna institucional toda vez que se produce una persistente abstención del voto por parte del cuerpo electoral —como fue imaginado por José SARAMAGO en *Ensayo sobre la lucidez*— que impide la formación de la cámara electiva. El concepto y los ejemplos son reconducibles a S. ROMANO, «Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale», Modena, 1925 (ahora también en S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969). En el ordenamiento constitucional italiano vigente, se produciría una laguna institucional en este sentido si, por ejemplo, el presidente de la República o las Cámaras omitiesen sustituir a los jueces constitucionales —de designación presidencial y parlamentaria respectivamente— cesados. Diferente es la situación que se crearía si fueran meramente abrogadas (esto es, abrogadas y no sustituidas) las normas que disciplinan la formación de un órgano constitucional. En efecto, no se trataría de una laguna institucional sino de una laguna técnica (la cual, sin embargo, podría generar una laguna institucional). Véase, sobre este punto, la jurisprudencia constitucional sobre referéndum abrogativo (espec. Corte cost. 29/1987).

² Este es el riguroso concepto de laguna normativa elaborado por C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien, 1971 (trad. esp. *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea, 2012).

Supongamos que tenemos un texto normativo en materia tributaria del cual, mediante interpretación, hemos derivado las tres siguientes normas:

N1: El impuesto sobre la renta es debido por los ciudadanos (Si ciudadanía, entonces impuesto sobre la renta).

N2: El impuesto sobre la renta no es debido por quien no es residente en el territorio nacional (Si no residencia, entonces no impuesto sobre la renta).

N3: El impuesto sobre la renta no es debido por quien no tenga un empleo (Si desempleo, entonces no impuesto sobre la renta).

Los tres supuestos de hecho simples (ciudadanía, residencia, desempleo) disciplinados por las tres normas pueden combinarse entre sí dando lugar a ocho supuestos de hecho complejos: i) ciudadanos residentes desempleados; ii) ciudadanos residentes con empleo; iii) ciudadanos no residentes desempleados; iv) ciudadanos residentes con empleo; v) no ciudadanos residentes desempleados; etcétera.

Pues bien, tomemos el caso de un extranjero residente con trabajo (una de las ocho combinaciones posibles). A este supuesto de hecho no es aplicable N1, que se refiere a los ciudadanos; no es aplicable N2, que se refiere a los no residentes; no es aplicable N3, que se refiere a los desempleados. El supuesto de hecho, por tanto, carece de disciplina³: el derecho es lagunoso.

Estamos, nótese, frente a una combinación de supuestos de hecho cada uno de los cuales *está* singularmente *disciplinado* por una norma, de forma que parece obvio pensar que también su combinación es jurídicamente «relevante». Si no fuera así, sería lícito pensar que este particular supuesto de hecho complejo es jurídicamente irrelevante, es decir, que cae en el «espacio vacío de derecho» (del que hablaremos dentro de poco): en aquel conjunto de supuestos de hecho que el derecho no toma mínimamente en consideración (como, por ejemplo, los viajes interestelares).

cap. I, § 7, quienes proponen un ejemplo tomado del Código Civil argentino en materia de adquisición de inmueble *a non domino*. Según una determinada interpretación de las disposiciones relevantes, ninguna consecuencia jurídica está expresamente prevista para los casos: a) de buena fe tanto del vendedor como del comprador, y b) de mala fe del comprador. Las lagunas normativas no deben ser confundidas con las así llamadas lagunas «de reconocimiento» (C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, op. cit., pp. 31 y ss.) (trad. esp. *Sistemas normativos*, op. cit., pp. 29 y ss.). Véase, en la literatura más reciente, también P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 288 y ss.; F. ATRIA et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2005; P. CHIASSONI, *Técnicas dell'interpretazione giuridica*, Madrid, Marcial Pons, 2011; J. RUIZ MANERO y U. SCHMILL, *El juez y las lagunas del derecho*, México, 2007.

³ En esta sede no analizamos las antinomias (de las que ya hemos hablado en un capítulo precedente). Pero, dicho sea de paso, en el supuesto de hecho de un ciudadano no residente sin trabajo se produce una antinomia. En efecto, en tal caso el pago del impuesto es debido en virtud de N1 pero no debido en virtud de N3.

2. LAGUNAS NORMATIVAS E INTERPRETACIÓN

Nótese: hemos identificado una laguna hablando obviamente en relación a normas (y no ya en relación a disposiciones normativas todavía no interpretadas), esto es, cuando ya se ha realizado la interpretación. Si *aquellas* son las normas de las que disponemos (si aquella es la interpretación elegida), entonces es imposible escapar de la laguna⁴.

Para evitar la laguna, y resolver el caso, probablemente tendremos que *re-interpretar* el texto normativo del que hemos obtenido aquellas tres normas, es decir, volver al texto e interpretarlo de manera diferente⁵.

a) Podríamos, por ejemplo, re-interpretar el texto de manera tal que sustituyamos N1 con N1bis:

N1bis: *Si y solo si* ciudadanía, entonces impuesto sobre la renta.

N1bis, siendo un bicondicional, implica lógicamente: «Si no ciudadanía, entonces no impuesto sobre la renta». La ciudadanía es, en definitiva, condición no solo suficiente, sino también necesaria para que surja la obligación del impuesto. De ello se sigue que el extranjero (aunque residente y no desempleado) no está sujeto a la obligación tributaria en cuestión.

b) O bien podríamos argumentar la tesis de que N2 implica (en algún sentido) N2bis:

N2bis: Si residencia, entonces impuesto sobre la renta.

Según N2bis, la residencia es condición suficiente para que surja la obligación del impuesto. Y de ello se sigue que el residente (aunque extranjero) está, solo por esta razón, sujeto a la obligación tributaria.

c) O, por último, también podríamos re-interpretar el texto de forma tal que sustituyéramos N3 con N3bis:

N3bis: *Si y solo si* desempleado, entonces no impuesto sobre la renta.

N3bis, de nuevo un bicondicional, implica lógicamente: «Si ocupado, entonces impuesto sobre la renta». El desempleo es condición no solo suficiente

⁴ Las lagunas normativas no deben ser confundidas con los problemas de aplicación de normas a casos concretos, llamados (por algunos) «lagunas de conocimiento» (es dudoso si el supuesto de hecho concreto es subsumible en uno u otro supuesto de hecho abstracto, debido a la falta de información sobre los hechos del caso) y, respectivamente, «lagunas de reconocimiento» (es dudoso si el supuesto de hecho concreto es subsumible en uno u otro supuesto de hecho abstracto debido a la vaguedad semántica de los términos empleados para delinear los supuestos de hecho abstractos). Véase C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, op. cit., pp. 31 y ss. (trad. esp. *Sistemas normativos*, op. cit., pp. 29 y ss.).

⁵ Véase P. CHIASSONI, «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990.

sino también necesaria para estar exento de la obligación tributaria. De ello se sigue que quien tiene trabajo (aunque sea extranjero) está sujeto a tal obligación tributaria.

Pero es importante entender que, operando de este modo (re-interpretando los textos normativos o desarrollando determinadas supuestas implicaciones), hemos sustituido el conjunto de normas del que hemos partido (N1, N2, N3) con un conjunto *diferente*: porque contiene normas diversas. Según los casos que hemos visto, N1bis en lugar de N1; N3bis en lugar de N3; N2bis además de las otras normas originarias.

Ello equivale a decir que las lagunas son posteriores —no anteriores— a la interpretación. La interpretación, en un determinado sentido, produce las lagunas y, dado que las produce, también puede evitarlas o prevenirlas⁶.

Las lagunas son frecuentemente presentadas en la literatura como un (peculiar) problema de interpretación. No obstante, bien entendidas, las cosas no son exactamente así⁷.

El problema sobre si hay y cuál es la norma aplicable al caso es un problema de interpretación textual (interpretación en abstracto) y/o de subsunción del supuesto de hecho concreto bajo un supuesto de hecho abstracto (interpretación en concreto). Un problema como este puede ser resuelto de dos maneras: decidiendo que el supuesto de hecho en examen cae bajo el ámbito de aplicación de una determinada norma, o decidiendo que no hay ninguna norma aplicable a tal supuesto de hecho concreto⁸. En un caso, el derecho no presenta ninguna laguna; en el otro caso, por el contrario, el derecho se revela como lagunoso. Frecuentemente, *ambas* decisiones son practicables (persuasivamente argumentables), siendo el intérprete quien decide si hay o no laguna. Pero, en ambos casos, el problema de interpretación se resuelve: la laguna, si se presenta, se presenta siempre y solo posteriormente a la realización de una interpretación.

Por consiguiente, una laguna abre no exactamente un problema interpretativo sino un problema de otra naturaleza. Por un lado, cuando se presenta

⁶ Parece natural pensar que la plenitud o no plenitud de un ordenamiento depende de su contenido normativo. Sería completo un ordenamiento que, de hecho, predispusiera consecuencias jurídicas para todo supuesto de hecho; incompleto sería aquel ordenamiento en el que hubiera supuestos de hecho carentes de consecuencia jurídica. Sin embargo, el contenido normativo del ordenamiento —si tenemos bien clara y presente la distinción entre disposiciones y normas (de la que hemos hablado en el capítulo precedente)— es una variable dependiente no solo de los textos normativos, como es obvio, sino también de la interpretación.

⁷ Véase G. B. RATTI, *Norme, principi, e logica*, Roma, 2009, cap. I.

⁸ Bien entendido: la creación interpretativa de una laguna por parte de un juez, no implica una solución de *non liquet*, sino que es previa a la construcción de una norma implícita idónea para dar solución al caso. En este sentido, todas las lagunas son, como dice E. DICOTTI (*Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 454), «effimeras»: creadas para ser inmediatamente después operación de política del derecho: según los casos, bien una recomendación *de lege ferenda* (dirigida a un legislador), bien de *sententia ferenda* (dirigida a los jueces).

una laguna, la interpretación ya se ha realizado (aunque siempre queda la posibilidad de abandonar la interpretación inicialmente elegida, y optar por una interpretación diferente que evite la laguna)⁹. Por el otro, una laguna no puede ser colmada por vía de interpretación; para colmar una laguna es necesario «integrar» o completar el ordenamiento jurídico, y ello se puede realizar solo introduciendo una norma nueva¹⁰.

En resumen:

i) En primer lugar, la interpretación puede *prevenir* o *evitar* una laguna, en el sentido de que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados de manera tal que la laguna ni siquiera se presenta.

ii) En segundo lugar, la interpretación, del mismo modo que puede evitar lagunas, también puede *producirlas* en el sentido de que los textos normativos disponibles pueden ser interpretados en modo tal que la laguna, efectivamente, se presente¹¹.

iii) En tercer lugar, la interpretación —aunque puede producirlas y prevenirlas— *no puede colmar* lagunas. La laguna, si se presenta, se presenta solo en un momento posterior a la interpretación. Para colmarla, no queda más remedio que integrar el derecho, esto es, crear derecho nuevo. Y la producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es algo conceptualmente diferente de la interpretación de una disposición preexistente: no se trata de interpretación sino de construcción jurídica.

3. LAGUNAS TÉCNICAS

Se dice que un ordenamiento presenta una laguna técnica toda vez que falta en aquel una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma¹².

⁹ Como hemos visto, cuando en una *prima interpretación* (o interpretación *prima facie*) ninguna disposición expresa una norma idónea para regular el supuesto de hecho en cuestión, frecuentemente el intérprete procede a una *segunda interpretación* (o *re-interpretación*), atribuyendo a alguna de las disposiciones un significado diferente de forma tal que no se presente ninguna laguna. Cfr. P. CHIASSONI, «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», *op. cit.*

¹⁰ C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, *op. cit.*, pp. 158 y ss. (trad. esp. *Sistemas normativos*, *op. cit.*, pp. 159 y ss.).

¹¹ Un ejemplo paradigmático sería el siguiente: considérense las posibles interpretaciones del art. 89.1, Const. it., el cual exige que los actos del jefe del Estado sean referendados por los «ministros proponentes». Si se entiende esta disposición en el sentido de que se refiere solo a aquellos actos que el jefe del Estado adopta, precisamente, a iniciativa ministerial, entonces se presenta una laguna: la Constitución no disciplina de ningún modo los actos que el presidente adopta por su propia iniciativa (a falta de iniciativa ministerial). Si, por el contrario, se interpreta la disposición en el sentido de que se refiere a todos los actos presidenciales sin excepciones, entonces la laguna mágicamente desaparece ya que, desde este punto de vista, simplemente no habría actos presidenciales no precedidos de una iniciativa ministerial. Cfr. F. SORRENTINO, «I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto», en *Diritto e società*, 1987.

¹² A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, pp. 43 y ss.

Es decir, sucede que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que, dicho de algún modo, la concreten¹³.

Por ejemplo: una norma prescribe la convocatoria periódica de un órgano, pero no hay ninguna norma que determine quién es el sujeto competente para convocarlo; una norma instituye un cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral adoptar; una norma recomienda perseguir un determinado fin pero ninguna norma establece qué medios deben emplearse, etcétera¹⁴.

4. LAGUNAS AXIOLÓGICAS

Se llama «laguna axiológica» a la falta de una norma que —según las preferencias ético-políticas (axiológicas, precisamente) subjetivas del intérprete— *debería existir*.

Debe ser claro que afirmar la existencia en el ordenamiento de lagunas axiológicas no es un juicio de hecho sino un juicio valorativo: no es una descripción del derecho tal y como es sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción de cómo debería ser.

Se pueden distinguir dos tipos fundamentales de lagunas axiológicas.

1) Sucede que un supuesto de hecho esté, efectivamente, disciplinado por una norma pero que tal regulación le parezca al intérprete *insatisfactoria*, de modo que, a su juicio, falte en el ordenamiento —no cualquier norma sino— una norma «justa»: la norma apropiada según su sentido de la justicia¹⁵.

Pongamos un ejemplo. Imaginemos que una disposición establezca un determinado beneficio de seguridad social para los «trabajadores dependientes» (sin ulteriores especificaciones). Ahora bien, en nuestra hipótesis, la clase de supuestos de hecho «trabajadores dependientes» incluye dos subclases: traba-

¹³ También se puede sostener que existe una laguna de este tipo toda vez que una norma imperativa (una orden o una prohibición) no vaya acompañada de una norma sancionadora; o también cuando a una norma constitucional programática que confiere un derecho social no se le dé actuación [L. FERRAIOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007 (trad. esp. *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011)].

¹⁴ Por ejemplo, el ordenamiento italiano vigente era lagunoso, en este sentido, y las normas constitucionales sobre la Corte constitucional y sobre el Consejo superior de la magistratura eran ineficaces, antes de que fueran concretizadas, respectivamente, por la Ley 87/1953 (Normas sobre la constitución y sobre el funcionamiento de la Corte constitucional) y por la Ley 195/1958 (Normas sobre la constitución y sobre el funcionamiento del Consejo superior de la magistratura).

¹⁵ C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, op. cit., cap. VI (trad. esp. *Sistemas normativos*, op. cit.); N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 96 y ss.

adores con contrato a tiempo indeterminado y trabajadores «precarios» (con contrato a tiempo determinado). Pues bien, puede suceder que el tratamiento de seguridad social establecido por la ley le parezca a un intérprete axiológicamente inadecuado (injusto) para los trabajadores precarios. Para argumentar la presencia de una laguna, tal intérprete podría argumentar más o menos de la siguiente manera.

Hay dos clases de trabajadores dependientes: aquellos a tiempo indeterminado y aquellos a tiempo determinado. Estas dos (sub-)clases de supuestos de hecho son «sustancialmente diferentes», y requieren, por tanto, regulaciones distintas¹⁶ (esta es la técnica interpretativa de la «disociación»). El tratamiento de seguridad social dispuesto por la norma es razonable (justo) para los trabajadores a tiempo indeterminado pero irrazonable (injusto) para los trabajadores precarios. La disposición en cuestión debe, por tanto, ser re-interpretada, entendiéndola como referida solo a los trabajadores a tiempo indeterminado (excepción implícita e interpretación restrictiva)¹⁷. Por consiguiente, el supuesto de hecho «trabajadores a tiempo indeterminado» carece de regulación: el ordenamiento es lagunoso en relación a este supuesto de hecho.

2) También sucede que un supuesto de hecho esté, efectivamente, disciplinado por una norma pero que tal disciplina no sea conforme a lo requerido por otra norma positiva¹⁸; en concreto, una norma material o axiológicamente superior¹⁹.

Se encuentran ejemplos paradigmáticos de lagunas de este tipo en todos los casos en los que el intérprete considera violado el principio de igualdad (art. 3.1, Const. it.) en el modo en que es normalmente entendido —siguiendo los pasos de Aristóteles— en la jurisprudencia constitucional italiana: se deben tratar del mismo modo los casos iguales, y de diferente modo los casos diferentes.

a) El legislador no ha tomado en cuenta una diferencia —a juicio del intérprete— «sustancial» o «relevante» entre dos clases de supuestos de hecho,

¹⁶ Decir que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» diferentes es solo un modo retóricamente eficaz para defender que deben tener diferente regulación.

¹⁷ Es decir, la disposición en cuestión se aplica no a toda la clase de los trabajadores dependientes —como sería según su interpretación literal— sino solo a una subclase de los trabajadores dependientes: aquellos a tiempo indeterminado. O bien, desde otro punto de vista, la disposición expresa una norma «derrotable», esto es, sujeta a una excepción implícita.

¹⁸ G. PARODI, «Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale», en P. COMANDUCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, pp. 131 y ss. También se podría ofrecer el siguiente ejemplo: el art. 81.4, Const. it., exige que toda vez que las Cámaras aprueben una norma (legislativa) que implique nuevos o mayores gastos respecto a aquellos previstos en el presupuesto, aprueben también una norma que indique los medios para hacerle frente. La ausencia de una norma como esta en el documento legislativo configura una laguna axiológica de este tipo.

¹⁹ Las nociones de jerarquía material y de jerarquía axiológica han sido introducidas en el cap. XX de la cuarta parte.

y ha dictado para aquellos la misma regulación, *omitiendo* diferenciarlas, de modo que se conecta la misma consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho «sustancialmente» diferentes²⁰.

Por ejemplo: el legislador ha acordado un beneficio fiscal para las «empresas» en general: actuando de este modo, ha omitido distinguir, dentro de la clase de las empresas, dos subclases —por ejemplo, las «grandes» y las «pequeñas» empresas— que, siendo (según el intérprete) «sustancialmente» diferentes, exigen regulaciones distintas. Por tanto, falta una norma *diferenciadora* que conecte, a una de las dos subclases, una consecuencia jurídica distinta.

b) El legislador, al disciplinar una determinada clase de supuestos de hecho, ha *omitido* regular del mismo modo otra clase de supuestos de hecho —considerada por el intérprete «sustancialmente» igual a la primera²¹— de modo que se conectan, a supuestos de hecho «sustancialmente» iguales, consecuencias jurídicas distintas.

Por ejemplo, el legislador ha dictado una disciplina para el supuesto de hecho «transportes urbanos». Actuando de este modo, el legislador no ha tomado en cuenta otro supuesto de hecho —los transportes extra-urbanos— que, siendo (según el intérprete) «sustancialmente» iguales al supuesto de hecho transportes urbanos, requeriría la misma regulación. Por tanto, falta una norma *igualadora* que conecte al supuesto de hecho «transportes extra-urbanos» la misma regulación.

5. EL DERECHO COMO CONJUNTO DE NORMAS FINITO

El derecho —cualquier ordenamiento positivo, indiscutiblemente— no disciplina cualquier posible supuesto de hecho (los viajes interplanetarios, el cultivo del romero). No califica deónticamente —obligatorio, prohibido, permitido, facultativo— todo posible comportamiento humano (la elección del vino apropiado cuando se come el *foie gras*, el tiro al plato, el color de la corbata o del foulard).

Por tanto, en la totalidad de los supuestos de hecho (o, desde otro punto de vista, de los comportamientos humanos) posibles se pueden distinguir dos subconjuntos: el conjunto de los supuestos de hecho a los que alguna norma conecta alguna consecuencia jurídica (o el conjunto de los comportamientos deónticamente calificados) y el conjunto de los supuestos de hecho no disci-

²⁰ C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, op. cit., pp. 106 y ss. (trad. esp. *Sistemas normativos*, op. cit.).

²¹ Naturalmente, decir que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» iguales no es más que un modo retórico de sugerir que deben tener la misma regulación.

plinados de ningún modo (o el conjunto de los comportamientos no cualificados o indiferentes)²². Con una transparente metáfora: el «espacio» *lleno* de derecho, y el «espacio» *vacío* de derecho²³.

Pues bien, intuitivamente, todo supuesto de hecho no regulado —es decir, toda conducta no calificada— constituye una laguna. Ello es lo mismo que decir que las lagunas, así entendidas, son literalmente infinitas.

¿Pero qué tipo de lagunas son estas? Esta pregunta admite dos respuestas.

a) Primera respuesta. Estamos frente a una genuina laguna normativa, no demasiado diferente de aquella examinada en el párrafo de apertura. Banalmente: también en este caso, como en aquel, hay un supuesto de hecho al cual no hay ninguna norma expresa que conecte alguna disciplina jurídica.

Y, por otra parte, como diremos dentro de poco, en los ordenamientos modernos, es derecho vigente la prohibición de «denegar justicia», en virtud de la cual el juez tiene la obligación de decidir toda controversia que se le presente. La prohibición de denegar justicia —es posible sostener que— es un potente generador de lagunas normativas, ya que obliga al juez a decidir también casos que ninguna norma expresa regula.

b) Segunda respuesta. Estamos frente a otro tipo (tercero) de laguna axiológica: precisamente, frente a la falta de una norma que, según el intérprete, debería regular un supuesto de hecho efectivamente no regulado.

Un ejemplo fácil (entre miles posibles) que parece respaldar esta segunda respuesta: el art. 87.5, Const. it., atribuye al presidente de la República el poder de promulgar los actos de gobierno con fuerza de ley. Tal disposición «no contiene ninguna otra previsión sustantiva o procedimental que delimite el poder presidencial»²⁴. Se podría concluir que el poder presidencial en cuestión no está sujeto a límites ni sustantivos ni procedimentales, de ningún

²² Sobre la cuestión sobre si lo que no está jurídicamente calificado debe considerarse jurídicamente indiferente véase A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, op. cit.

²³ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 371 y ss.; S. ROMANO, «Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale», op. cit. La idea del «espacio vacío de derecho» se rige sobre un doble presupuesto: a) por un lado, el presupuesto de que «en la naturaleza» —es decir, en ausencia de normas jurídicas positivas— los hombres son libres, en el sentido de que todo comportamiento está permitido («permitido», evidentemente, en sentido débil, esto es, no prohibido), y b) por el otro lado, el presupuesto de que el derecho positivo es un conjunto de mandatos, es decir, de normas imperativas que imponen obligaciones (de hacer o de omitir). De esto se sigue, por un lado, que toda norma jurídica positiva nueva sustrae a los hombres una parte de su libertad natural (pre-jurídica, previa a legislación positiva). Pero también se sigue, por otro lado, que más allá del ordenamiento jurídico positivo queda siempre, en cualquier caso, una zona de libertad natural irreductible. Justamente: todo aquello que no está expresamente prohibido por el derecho (positivo) cae en el ámbito de las libertades naturales pre-jurídicas y, por tanto, está permitido (G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del derecho*, Bologna, 1976, pp. 106 y ss., en relación a PUFENDORF).

²⁴ M. LUCIANI, «L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (Spunti a partire dal caso E)», en *Politica del diritto*, 3, 2009, p. 410.

tipo. No obstante, la doctrina constitucional dominante no queda contenta con esta simple conclusión. Asume que deben subsistir límites y, por tanto, que la constitución es lagunosa a este respecto (y la doctrina se apresura a colmar fantásticamente dicha laguna)²⁵.

En definitiva, ¿realmente debemos considerar un caso de laguna todo supuesto de hecho que la constitución simplemente no toma en consideración como, por ejemplo, la caza del faisán, el tiro al pichón, el uso del subjuntivo, o las relaciones laborales en las naves espaciales? La pretendida laguna no depende del hecho de que la constitución omita disciplinar el supuesto de hecho en cuestión *aunque la tome en consideración*. Depende enteramente del presupuesto doctrinal de que la constitución *debe* disciplinar tal supuesto de hecho aunque en absoluto no lo discipline. Parece que estamos precisamente frente a una laguna axiológica. Si la constitución no dispone nada sobre el uso del subjuntivo, es natural concluir que el uso del subjuntivo carece de disciplina constitucional. Por tanto, si la constitución no dispone vínculos a un poder, ¿no deberíamos concluir que el poder no está sujeto a ningún vínculo constitucional²⁶?

Nótese, por lo demás, que formular normas *no expresas*, idóneas para colmar lagunas axiológicas, no es una genuina descripción del derecho vigente sino, más bien, *creación* de nuevo derecho.

Más allá de la respuesta a esta cuestión, si se toma en serio la finitud del derecho, se comprende que en todo ordenamiento hay potencialmente tantas lagunas —sean normativas o axiológicas— como supuestos de hecho que el ordenamiento en cuestión no regula. Y, nótese bien, argumentando *a contrario* se puede sostener que el ordenamiento no disciplina todos aquellos supuestos de hecho que literalmente no están incluidos en el ámbito de aplicación de alguna norma.

No obstante, está bastante extendida la idea según la cual la existencia de una laguna *no* implica la existencia de controversias jurisdiccionales indecidibles. Al contrario, se piensa que cualquier controversia puede ser siempre decidida por el juez:

i) Bien recabando normas no expresas, esencialmente según los modos prescritos —en el ordenamiento italiano vigente— por el art. 12.2, Disp. prel. cod. civ. it. (analogía y principios generales).

²⁵ Es fácil comprender que la cuestión de las lagunas es políticamente muy delicada a nivel constitucional en el sentido de que, allí donde la constitución contiene una laguna (*i. e.* no disciplina de ningún modo un determinado supuesto de hecho), el legislador puede disponer (esto es, disciplinar el supuesto de hecho en cuestión) como más le agrade. De este modo, colmar las (presuntas) lagunas del texto constitucional tiene el efecto de circunscribir la discrecionalidad del legislador.

²⁶ Y, naturalmente, formular normas *implícitas*, no expresas, idóneas para colmar lagunas axiológicas, no es genuina descripción del derecho vigente sino, más bien, *creación* de nuevo derecho.

ii) Argumentando *a contrario* a partir de la totalidad de las normas expresas (si ninguna norma califica deónticamente de algún modo la conducta del demandado, la demanda del actor no puede ser si no rechazada)²⁷.

6. DOGMA DE LA PLENITUD Y ESTADO DE DERECHO

Los legisladores frecuentemente prevén la existencia de lagunas y prescriben a los jueces técnicas para colmarlas²⁸. Los juristas y los jueces cotidianamente denuncian —y colman— lagunas (en verdad, normalmente axiológicas).

No obstante, según un cierto modo de pensar, difundido sobre todo en la cultura jurídica del siglo XIX (pero con importantes ecos en el siglo XX), el derecho —*cualquier* ordenamiento jurídico— sería un conjunto de normas *necesariamente* completo. Esta forma de pensar es lo que se suele llamar el *dogma de la plenitud*.

El dogma de la plenitud del derecho está estrechamente relacionado con el liberalismo jurídico, es decir, la doctrina política del moderno Estado de derecho.

El Estado de derecho está gobernado por el principio de legalidad de la jurisdicción que obliga al juez a fundar toda decisión en una norma jurídica preexistente.

Ahora bien, si el derecho fuese incompleto, habría controversias no decidibles sobre la base de normas positivas vigentes. Para decidir controversias como estas, el juez tendría solo dos posibilidades: «denegar justicia» (pronunciar una sentencia de «*non liquet*», rechazando juzgar), o crear una norma nueva a su arbitrio. El problema es que ninguna de las dos cosas parece aceptable.

i) Hablando en términos generales, en el Estado de derecho, el juez tiene la obligación de decidir toda controversia que se le plantee: tiene prohibido denegar justicia²⁹. Lo instituye expresamente, por ejemplo, el art. 4 del *Code*

²⁷ Así A. G. CONTE, «Décision, complétude, clôture», en Ch. PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, sobre el presupuesto del carácter intrínsecamente «cerrado» (finito) de todo ordenamiento normativo.

²⁸ Véase, por ejemplo, el art. 12.2 de las Disp. prel. cod. civ. it. Pero también el art. 1.2 del Código Civil suizo (1907): «En los casos no previstos por la ley, el juez decide según la costumbre y, a falta de esta, según la regla que adoptaría como legislador».

²⁹ La prohibición de denegar justicia (*i. e.* la obligación de decidir toda controversia, incluso cuando falte una «precisa disposición») puede considerarse implícita en el art. 12.2 de las Disp. prel. cod. civ. it. Según el art. 3.1 de la Ley 117/1988 (que tiene como rúbrica precisamente «Denegación de justicia») constituye denegación de justicia «el rechazo, la omisión, o el retraso del magistrado en el cumplimiento de los actos de su despacho». El art. 2.1 establece, entre otras cosas, que «quien ha sufrido un daño injusto [...] por denegación de justicia puede actuar contra el Estado para obtener un

Napoléon (1804)³⁰: «El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia»³¹.

ii) Hablando en términos generales³², en el Estado de derecho, rige el principio de la división de poderes, que en sus dos variantes (separación en sentido estricto y equilibrio o balanceo de poderes)³³ excluye a la jurisprudencia de la lista de las fuentes del derecho. La creación del derecho es monopolio de los órganos legislativos que, en general, son asambleas representativas. Los jueces —órganos burocráticos, generalmente elegidos por concurso y que, por tanto, como se suele decir, carecen de «legitimación democrática»— no están autorizados para crear derecho. Es más, tienen la obligación de limitarse a aplicar el derecho que encuentran ya creado por el legislador.

Hay además dos razones ulteriores que hacen inadmisibles la creación jurisprudencial de derecho.

a) La creación jurisprudencial de derecho está en conflicto con el valor (generalmente aceptado, aunque raramente positivizado) de la «certeza del derecho», en virtud del cual todos deben tener la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y, por tanto, en última instancia, de prever las decisiones jurisdiccionales. Evidentemente, no sería previsible una decisión jurisdiccional que aplicase una norma no preexistente al juicio sino creada *ex novo* por el propio juez³⁴.

b) Por la misma razón, la creación jurisprudencial de derecho está también en conflicto con el principio (generalmente positivizado) de irretroactividad de las leyes. La creación jurisprudencial de derecho es, en efecto, necesariamente una suerte de legislación *ex post facto*: la norma eventualmente creada por el juez disciplina un supuesto de hecho ya sometido a la atención

resarcimiento de los daños patrimoniales, y también aquellos no patrimoniales que se deriven de la privación de la libertad personal». Incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 117/1988, el principio podía considerarse implícito en la combinación de las disposiciones de los arts. 55 del Cod. proc. civ. it. (que prevé la responsabilidad civil del juez que «sin justo motivo, rechaza, omite o retrasa resolver sobre las solicitudes o instancias de las partes y, en general, de cumplir un acto de su ministerio») y 328 Cod. pen. it. (que castiga la omisión o el rechazo de actos judiciales).

³⁰ Véase a este propósito L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1965. En realidad, el art. 4 del *Code civil* ordena al juez resolver toda controversia —actuar *como si* el sistema jurídico fuese completo— pero no expresa de ningún modo una regla de clausura. Por el contrario, autoriza al juez a interpretar libremente la ley y a colmar sus lagunas (J.-E.-M. PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, 1989, pp. 26 y ss.).

³¹ Conviene repetir que la prohibición de denegar justicia es generadora de lagunas (tanto normativas como axiológicas), dado que obliga al juez a decidir también casos no regulados por ninguna norma expresa.

³² Con la notable excepción constituida por el art. 1.2 del Código Civil suizo que hemos citado en una nota precedente.

³³ Hemos hablado sobre ello en el cap. XXVIII de la quinta parte.

³⁴ En el ordenamiento italiano vigente, el principio en cuestión no está codificado. No obstante, la Corte constitucional parece considerarlo un principio implícito de rango constitucional. Cfr. Corte cost. 210/1971, 101/1986.

del juez y que, por tanto, se ha formado anteriormente a la formulación de la norma en cuestión.

En definitiva, en el Estado de derecho el juez tiene prohibido tanto eludir la decisión como decidir creando una nueva norma. De allí el dogma de la necesaria plenitud de todo ordenamiento.

Pues bien, en favor de este dogma se han adoptado diferentes argumentos³⁵. El más interesante y discutido de todos ellos es el siguiente.

7. LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA

Una doctrina muy difundida sostiene que todos los ordenamientos incluyen necesariamente (aunque sea solo implícitamente) una norma de clausura; más concretamente, el «principio de libertad» o «norma general exclusiva»: «Todo aquello que no está expresamente prohibido está tácitamente permitido».

Una norma como esta tiene obviamente el efecto de «cerrar» el ordenamiento: con base en aquella, toda posible conducta resulta jurídicamente calificada dado que, bien recae en el dominio de una norma particular expresa que lo prohíbe, o bien, en ausencia de tal norma, cae bajo el dominio de la norma general (eventualmente implícita) que la permite³⁶.

Esta forma de pensar, aunque es muy atractiva desde el punto de vista político³⁷, genera varios problemas teóricos que aquí estaría fuera de lugar tratar. Será suficiente con decir lo siguiente.

Pese a las apariencias, la norma general exclusiva no es en absoluto una verdad necesaria, una tautología en cuanto tal verdadera en todo ordenamiento posible, como pretenden algunos³⁸, sino más sencillamente un principio jurídico contingente. Es decir, un principio que está positivamente establecido y/o implícito solo en algunos ordenamientos y/o solo en algunos sectores del derecho, no estando presente en otros ordenamientos y/o en otros sectores.

³⁵ Todos cuidadosamente examinados por A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, op. cit.

³⁶ D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910. Esta forma de pensar está llena de consecuencias tanto en el plano de las fuentes como en el plano de la aplicación. i) En relación a las fuentes, esta doctrina implica que todo aquello que no esté expresamente prohibido por una determinada fuente (por ejemplo, por la ley) es, por parte de aquella misma fuente, implícitamente calificado como permitido, de modo que no puede ser legítimamente prohibido por ninguna fuente inferior (por ejemplo, por un reglamento del ejecutivo). ii) En relación a la aplicación jurisdiccional del derecho, esta doctrina se resuelve en una política *de sententia ferenda*: una recomendación, dirigida a los jueces, de rechazar la demanda del actor toda vez que aquella no esté fundada en una específica norma que imponga una obligación al demandado.

³⁷ Como he señalado, la norma general exclusiva constituye nada más que una formulación del principio de libertad, el cual debería informar, por sí mismo, el Estado de derecho.

³⁸ Aduciendo que, *por definición*, no-prohibido significa permitido.

Hablando en términos generales, se puede decir que la norma general exclusiva vale solo en algunos ordenamientos jurídicos liberales. Por ejemplo, el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 agosto de 1789 (todavía hoy vigente en Francia) establece: «Todo aquello que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer aquello que no está ordenado por ley». Pero no todos los ordenamientos contienen una norma como esta.

En muchos ordenamientos (incluido el italiano vigente: art. 25.2, Const. it.; art. 1 del Cod. pen. it.), la norma general exclusiva está expresamente estatuida solo para el ámbito del derecho penal, en el que rige el principio «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*». Por el contrario, en el ámbito del derecho civil, muchos ordenamientos (incluido el italiano vigente en su art. 12.2 de las Disp. prel. cod. civ. it.) incluyen más bien una «norma general inclusiva» (así ha sido llamada), es decir, el principio que autoriza al juez a extender las normas jurídicas particulares mediante analogía³⁹. De este modo, en derecho civil, está prohibido no solo todo aquello que está expresamente prohibido sino también aquello similar a lo expresamente prohibido.

Además, en los ordenamientos jurídicos liberales, la norma general exclusiva —aunque vale al nivel de las ordinarias normas de conducta dirigidas a los ciudadanos— no vale en el nivel de las normas de competencia, esto es, de aquellas normas que confieren poderes (normativos, administrativos, jurisdiccionales) a los órganos del Estado. En el ámbito del derecho público, tales ordenamientos se caracterizan, más bien, por el principio opuesto —el principio de legalidad— según el cual los poderes públicos pueden cumplir no cualquier acto que no les esté prohibido, sino solo aquellos actos que les hayan sido expresamente consentidos⁴⁰.

Allí donde la norma general exclusiva *no* es derecho positivo vigente, una conducta que no esté expresamente prohibida, pero tampoco expresamente permitida, está jurídicamente *no calificada*⁴¹. Es, precisamente, un caso de laguna.

³⁹ Ni, por otra parte, hay tampoco meta-normas que prescriban un criterio de elección entre el argumento *a simili* y el argumento *a contrario*, cuando ambos sean aplicables. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 148 y ss.

⁴⁰ Véase *supra* cap. XIV, segunda parte.

⁴¹ C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, *op. cit.*, pp. 119 y ss.; G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, London, 1963, p. 86 (trad. esp. *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970).

CAPÍTULO XXXV CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

Pertencen al ámbito de la construcción jurídica una vasta serie de operaciones doctrinales (y jurisprudenciales) entre las que destacan la creación de lagunas axiológicas, la creación de jerarquías axiológicas, la solución de antinomias, la elaboración de normas implícitas y la concreción de principios. Sobre lagunas, jerarquías, y antinomias ya hemos hablado. Falta decir algo sobre la construcción jurídica por excelencia: la formulación de normas implícitas, incluida la concretización de principios.

1. NORMAS IMPLÍCITAS

En la mayoría de los casos, aquello que en su momento he llamado interpretación creativa¹ consiste en «construir» —a partir de normas explícitas, esto es, expresamente formuladas por las autoridades normativas— normas implícitas, es decir, normas que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca.

Una norma implícita no puede ser referida a ningún texto normativo como su significado. Es obtenida a partir de una o más normas expresas mediante un razonamiento. Un razonamiento es una secuencia de enunciados, dentro de los cuales al menos un enunciado cumple la función de tesis o conclusión, y los restantes desarrollan la función de premisas o argumentos en favor de aquella tesis o conclusión.

¹ *Supra*, cap. XXXII.