

INTEGRACIÓN DEL DERECHO

1. GENERALIDADES

Interpretación e integración del derecho. El dogma de la integridad. Concepto de laguna legal y clases de lagunas.

Interpretación e integración del derecho. La *interpretación* del derecho, como ya sabemos, es una actividad que realizan determinados órganos y personas en presencia de normas jurídicas ya establecidas, o, si se prefiere, en presencia de determinados textos que, una vez interpretados, dan por resultado las normas jurídicas que son las que se trata de establecer, comprender o aplicar, según los casos, por los diversos agentes que llevan a cabo tareas de interpretación jurídica.

Tratándose en particular de la interpretación de la ley, y, más concretamente aún, de la interpretación judicial de la ley, el juez cuenta con un derecho preexistente al caso que debe conocer y fallar, esto es, se encuentra vinculado a un material normativo puesto en forma previa por otra autoridad normativa, y que es, precisamente, el que él tiene que identificar, interpretar y decidir por último su aplicación a los casos de la vida social que se le presenten.

La interpretación judicial de la ley, en consecuencia, supone la existencia de un material jurídico dado al juez –las normas del derecho legislado o los textos que expresan ese derecho–, de modo que su labor interpretativa, ya sea que se entienda encausada directamente a las normas o a los textos, se desenvuelve siempre en un marco previamente establecido.



Distinto es lo que pasa con la *integración* de la ley, puesto que se trata de una actividad a la que el intérprete de la ley, en especial los jueces, se ven compelidos a falta de ley, es decir, cuando teniendo que conocer y resolver un determinado asunto, se encuentran con que el derecho ha callado acerca de él y, por tanto, no provee solución jurídica alguna para el mismo.

El legislador puede advertir lagunas en las leyes y remediarlas o no. El jurista puede también detectarlas y proponer maneras de salvarlas, pero sus propuestas no resultan vinculantes desde un punto de vista jurídico. En cambio, los jueces advierten a veces lagunas en relación con los casos de que conocen, aunque, a diferencia del legislador, están obligados a llenarlas y a fallar el caso de que se trate, no siéndoles permitido omitir el fallo a pretexto de que no existe ley sobre la materia. Esto significa que en presencia de una laguna el juez no puede negarse a dar una solución al caso que no aparece regulado, ni puede tampoco diferir la solución hasta que el legislador colme o remedie la laguna de que se trate, ni puede, en fin, reenviar el problema al legislador e instarlo a que corrija la insuficiencia detectada en el derecho legislado de que ese legislador es responsable.

Por otra parte, y a diferencia ahora del jurista, el juez no está llamado a detectar lagunas y a hacer *proposiciones* acerca de cómo llenarlas, sino a *resolver* el caso no regulado de una manera vinculante para las partes que intervienen en el respectivo asunto, lo cual pasa, naturalmente, por llenar de algún modo la laguna que se ha detectado.

Cabe advertir que se acostumbra distinguir entre lagunas en el *derecho* y lagunas en la *ley*. Las segundas serían los vacíos que respecto de un caso jurídicamente relevante se perciben en el derecho legislado. Las primeras serían los vacíos que respecto de un caso semejante se perciben no sólo en el derecho legislado, sino también en las demás fuentes del derecho, esto es, en la totalidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, establecido que la jurisprudencia de los tribunales es una fuente del derecho, y que también lo son los principios jurídicos y la equidad, sólo resulta razonable hablar de lagunas en la *ley*, y no en el *derecho*, puesto que, de producirse una laguna legal, son precisamente los jueces los llamados a llenarla, empleando para

ello los principios generales y la equidad. Con esto se quiere decir que una laguna legal no puede expandirse a la totalidad del ordenamiento jurídico respectivo, esto es, al *derecho*, puesto que hay jueces autorizados para llenarlas, y, asimismo, hay determinadas fuentes supletorias a las que el juez puede recurrir para llevar a cabo en forma exitosa su tarea de integración. Entre tales fuentes debe incluirse también a la costumbre jurídica, si bien esta suele tener un estatuto jurídico disminuido, como ocurre en nuestro Código Civil, o adolecer ella misma de vacíos, lo cual obliga al juez a recurrir a las dos fuentes antes mencionadas –principios generales y equidad–, que le permitan dar una solución al caso de que se trate de una manera que pueda ser debidamente justificada.

En suma, sólo si la expresión “derecho” se reduce al derecho legislado podría afirmarse que hay lagunas en el derecho, porque, en efecto, el derecho legislado puede presentar vacíos. En cambio, si con la palabra “derecho” se alude no sólo a la legislación, sino al producido por cualquier autoridad normativa distinta del legislador –por ejemplo, la comunidad jurídica en el caso de la costumbre o los jueces en el caso del derecho judicial–, entonces no resulta coherente hablar de lagunas en el derecho, puesto que una de las funciones que deben realizar los jueces es integrar la ley allí donde ésta adoleciera de un vacío respecto de un caso que reclama solución jurídica. Dicho brevemente: no habría lagunas en el *derecho* porque hay jueces.

Pero es evidente que hoy nadie pone en duda la afirmación acerca de que la palabra “derecho” cubre todas las fuentes formales que conocemos y no únicamente a la ley. El legislador sabe también esto y cuenta, asimismo, con la posibilidad de dejar lagunas en el derecho que le corresponde establecer, motivo por el cual en todo ordenamiento jurídico moderno es el propio legislador el que, sin perjuicio de abrir campo a la costumbre jurídica para suplir en determinados casos la falta de ley, autoriza a los jueces para llenar las lagunas legales y establece incluso el deber de éstos en orden a conocer y fallar los asuntos que se les someten aun a falta de ley que los regule. A esto se llama *principio de inexcusabilidad*, un principio, como sabemos, que tiene hoy entre nosotros una consagración a nivel constitucional.



Por tanto, una laguna de la ley podrá ser corregida por la costumbre jurídica, aunque bajo dos condiciones: que el ordenamiento jurídico, o la determinada rama de éste en que se hubiere producido la laguna, autorice de manera expresa a la costumbre jurídica para suplir los vacíos de la ley; y que, hecho lo anterior, el derecho consuetudinario no adolezca del mismo vacío que el derecho legislado, esto es, que provea en forma efectiva la solución que este último no previó. Cuando la costumbre jurídica no pueda operar exitosamente por falta de alguna de esas dos condiciones, siempre estará el juez llamado a resolver el caso, quien llenará la laguna de que se trate valiéndose de cualquiera de los métodos o elementos de integración de la ley que presentaremos más adelante.

A todo lo anterior es preciso agregar que si hay una laguna en las normas jurídicas preexistentes al caso de que se trate, ésta bien podría ser resuelta aplicando un principio del ordenamiento jurídico, ya sea explícito o implícito, evento en el cual no podría afirmarse, en rigor, que lo que existe es una laguna en el derecho, puesto que los principios forman también parte de éste. Lo que ocurre es que los principios, antes piezas que fuentes del derecho –lo mismo que las normas– no suelen resolver directa e inequívocamente casos o situaciones –a diferencia ahora de las normas–, y es el juez de tales casos y situaciones el llamado a determinar su aplicación y a justificar debidamente ésta. Por lo mismo, resolver un caso sobre la base de un principio jurídico es resolverlo conforme al derecho previo al caso tanto como cuando se lo resuelve sobre la base de una norma que forma parte de ese mismo derecho. En otras palabras, en la medida que otros estándares distintos de las normas forman parte del derecho, del ordenamiento jurídico vigente en un lugar y tiempo dados, menores son las posibilidades de que se produzcan lagunas o vacíos de regulación en ese ordenamiento.

El dogma de la integridad. Hay ciertos atributos que suelen predicarse de todo ordenamiento jurídico, a saber, *unidad*, *coherencia* e *integridad*. Este último es el que tiene que ver con el tema de las lagunas, aunque conviene detenerse un instante en los otros dos tributos.

Cuando estudiamos el ordenamiento jurídico en el Capítulo V de esta obra, hicimos ver que las normas jurídicas son incontables y que, además, provienen no de una sola fuente, sino de varias y diversas fuentes, algunas de las cuales producen normas abstractas y generales y otras normas concretas y singulares. Sin embargo, la teoría del ordenamiento jurídico permite advertir cómo la validez de cada norma se funda en otra norma y cómo, a fin de cuentas, la validez de todas las normas de un mismo ordenamiento puede ser reconducida a una norma básica o fundamental. Esta circunstancia, en fin, permite que innumerables normas producidas por múltiples fuentes puedan aparecer configurando esa *unidad* a la que se denomina “ordenamiento jurídico”.

En cuanto a la *coherencia*, se trata de una propiedad del ordenamiento jurídico que consiste en que dos normas contradictorias no pueden existir al mismo tiempo en un determinado ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, no pueden coexistir una norma que prohíba un comportamiento y otra que lo permita. También analizamos en su oportunidad los criterios que existen para solucionar tales conflictos o antinomias de normas.

Por *integridad* de un ordenamiento jurídico se entiende la propiedad que consiste en que el ordenamiento jurídico cuenta siempre con una norma que regula y permite resolver cualquier caso jurídicamente relevante que se presente. Como dice Bobbio, “integridad significa ausencia de lagunas”, porque el atributo de la integridad sugiere que el ordenamiento jurídico es completo y que el juez siempre hallará una norma que regule el caso que se le presenta.

En consecuencia, si falta unidad en el ordenamiento, lo que se trata de eliminar es una *contradicción*, mientras que si falta integridad, lo que se trata de llenar es un *vacío*. Ahora bien, si se pone atención a esos dos verbos –“eliminar” y “llenar”–, se comprenderá por qué en el caso de las antinomias estamos en presencia de una *exuberancia* normativa del ordenamiento jurídico (superabundancia de soluciones, si bien contradictorias) y por qué en el caso de las lagunas estamos en presencia de una *deficiencia* normativa (ausencia de solución). Es por eso que los remedios para una y otra situación son distintos: en el primer caso, la *purga* del sistema para eliminar alguna de las normas sobrantes; y en



el segundo, la *integración* para eliminar la deficiencia de normas, o sea, las lagunas.

Se puede admitir que la integridad del ordenamiento jurídico es una exigencia en presencia de jueces que están obligados a fallar todas las controversias que se les presenten en la esfera de sus respectivas competencias, y que, además, están obligados a fallar conforme al derecho que se encuentre preestablecido acerca de tales controversias.

Sin embargo, el error consiste en hacer de la integridad un dogma, un dogma que “nace probablemente de la tradición romanista medieval”, como indica Bobbio, y que encuentra su punto máximo de aprobación con el postulado posterior de la omnipotencia del Estado para producir derecho y de la racionalidad del legislador que interviene en la producción de las leyes. Como escribe Bobbio, “omnipotente como el Estado del cual emana, el derecho estatal debía regular todo caso posible. ¿Si existieran 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 con el monopolio de la producción jurídica estatal. De allí que la afirmación del dogma de la integridad vaya paralela con la monopolización del derecho por parte del Estado”.

Las grandes codificaciones, según vimos a propósito de la doctrina de la Exégesis, son “la voluntad macroscópica de esa voluntad de integración, y fue precisamente en el marco de ideas de esa doctrina que surgió la convicción de que todas las decisiones judiciales deben derivar de las leyes puestas previamente por un legislador que es capaz de prever todos los posibles casos y situaciones que llegarán más tarde a conocimiento de los jueces”.

Vale la pena decir ahora que desde una perspectiva diferente a la anterior, Kelsen tampoco admite la existencia de lagunas, esto es, rechaza el supuesto de que existan “casos en que el derecho válido existente no puede ser aplicado por no contener ninguna norma general aplicable al caso”.

Kelsen distingue entre *lagunas auténticas*, que son las que el autor define del modo arriba indicado, *lagunas técnicas*, y *lagunas axiológicas*.

En cuanto a las primeras, para Kelsen no constituyen lagunas, puesto que todo ordenamiento jurídico cuenta con un *principio de clausura*, entendiendo por tal el enunciado que estipula “todo lo que no está prohibido está permitido”. Así las cosas, cuando las normas de un ordenamiento jurídico ni imponen ni prohíben una determinada conducta, no puede decirse que ésta carezca de toda calificación jurídica, esto es, que exista una laguna a su respecto, puesto que en tal caso hay que entender que la conducta en cuestión se encuentra permitida por el ordenamiento y que, por lo mismo, no hay ausencia de regulación jurídica a su respecto.

Sin embargo, el enunciado de Kelsen acerca de que “todo lo que no está prohibido está permitido” ha sido objeto de críticas, bien porque es tautológico, bien porque no siempre resulta verdadero. El enunciado es tautológico si por “permitido” se entiende lo que no está prohibido, puesto que en tal caso el enunciado kelseniano podría ser leído del siguiente modo “todo lo que no está prohibido no está prohibido”. Por su parte, el enunciado no resulta siempre verdadero si por “permitido” se entiende otra cosa, a saber, no lo que no se halla prohibido, sino lo que se encuentra expresamente autorizado por una norma que permite la acción de que se trate, caso en el que el aludido enunciado podría leerse de la siguiente manera: “si no hay una norma que prohíba un comportamiento, ese comportamiento está permitido por otra norma del mismo ordenamiento”. Sin embargo, esto no siempre es así, salvo en el ámbito del derecho penal, de modo que se trata de un enunciado que no es posible aplicar *a priori* a todo el ordenamiento jurídico.

Lagunas técnicas son aquellas que aparecen cuando el legislador omite normar un determinado aspecto de la ley que impide o dificulta la aplicación de ésta. Es lo que acontece, por ejemplo, si una ley determina que un cuerpo colegiado, para poder instalarse y funcionar, tiene que ser convocado por su presidente, disponiendo simultáneamente que es el propio organismo el que tiene que elegir su presidente. Entonces, ¿cómo podría ser convocado el cuerpo colegiado por su presidente cuando se trata de reunirlos, precisamente, para que proceda a la elección de éste? Kelsen dice que en una situación como esa no hay propiamente



una laguna, porque cualquier forma de convocatoria que se emplee será conforme a la ley.

Lagunas axiológicas, en fin, son aquellas que se producen cuando existe una norma jurídica aplicable al caso, pero ésta parece al juez injusta o inconveniente desde un punto de vista jurídico-político, de modo que el juzgador entiende que no debe hacer aplicación de esa norma y que lo que debe hacer es fallar el caso de que se trate como si tal norma no existiera. Sin embargo, una situación como ésta responde a un juicio de valor relativo de parte del juzgador que, según Kelsen, de ninguna manera pueda excluir un juicio de valor contrapuesto, de donde se sigue que no se está propiamente en presencia de una laguna, sino de una diversidad de criterios acerca de las bondades de una norma aplicable a un caso dado. Por tanto, a este tipo de lagunas, en tanto no importan ausencia de norma aplicable, sino falta de una norma satisfactoria o justa para el caso de que se trate, se las llama también *lagunas ideológicas*.

Volviendo ahora a la cuestión de la integridad del ordenamiento jurídico, si bien ella no puede constituir un dogma, tampoco debe vérsela como una simple ilusión. La integridad es un propósito del legislador cuya racionalidad no consiste en alcanzarla plenamente, sino en advertir que las previsiones normativas de la legislación nunca conseguirán ser completas y que el juez es el llamado a efectuar las determinaciones normativas de tipo singular por medio de las cuales se continúa y complementa el proceso de producción del derecho. En consecuencia, un ordenamiento jurídico, si bien nunca es *completo*, siempre resulta posible *completarlo*.

Desarrollos más recientes que los de Kelsen en materia de lagunas, si bien no coincidentes entre sí –debidos a Fernando Atria, Eugenio Bulygin, Juan Ruiz Manero, José Juan Moreso, Pablo Navarro y Jorge L. Rodríguez, autores del volumen colectivo *Lagunas en el derecho*– nos permiten agregar todavía lo siguiente:

Los ordenamientos jurídicos, así se los mire sólo en las normas que los componen o en la suma de éstas y demás estándares que forman parte de ellos, no son nunca necesariamente completos. Tampoco es que sean necesariamente incompletos. Lo que ocurre es que son *contingentemente* incompletos. Todo lo cual quiere decir

que ni carecen siempre de lagunas ni que siempre las tienen, sino que pueden tenerlas. Por lo mismo, el problema se produce cuando efectivamente hay una laguna y el juez del caso no regulado tiene que administrar una solución que el derecho preexistente al caso no le provee. Y lo que el juez deba hacer en tales casos no depende sólo de lo que los teóricos del derecho recomienden sobre el particular, sino de lo que sobre la función jurisdiccional y la actividad judicial hubiere dispuesto el mismo ordenamiento jurídico en el que ha sido advertida la presencia de una laguna. Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil chileno, en su art. 170 N° 5, dispone que el juez debe enunciar en su fallo las leyes en que se funda éste y, en su defecto, o sea, a falta de ley, los principios de equidad que le sirvan de fundamento. Por tanto, una disposición como esa, si bien confundiendo en una misma expresión –“principios de equidad”– lo que en rigor son cosas distintas –principios jurídicos y equidad– remite al juez a aquellos y a ésta en caso de no contar con norma que preestablezca una solución para el caso del cual conozca.

Como se recordará, en este libro hemos incluido la hipótesis de las lagunas entre las así llamadas “casos difíciles”, que se diferencian tanto de los “casos fáciles” o rutinarios como de los “casos trágicos”. Pero a diferencia de otras de las hipótesis de casos difíciles, a saber, indeterminación normativa por vaguedad o equivocidad de un enunciado normativo, que sería un caso *semánticamente* difícil, la de las lagunas, entendidas como falta de regulación, sería un caso *regulativamente* difícil, mientras que la hipótesis que se produce cuando hay norma y ésta no ofrece dificultades de interpretación –esto es, no se está en presencia de un caso ni regulativa ni semánticamente difícil–, pero de su aplicación pueden derivarse consecuencias absurdas o manifiestamente injustas o inconvenientes, constituiría lo que Atria llama un caso *evaluativamente* difícil. Por decirlo ahora con palabras de ese mismo autor, *casos semánticamente difíciles* son aquellos que “se producen cuando, en virtud de un defecto en la comunicación, existen dudas, acerca del significado de una formulación normativa”; *casos regulativamente difíciles* son los que “se producen cuando existe una laguna en el derecho”; y *casos evaluativamente difíciles* son “situaciones en las que la aplicación de una regla que



parece regular el caso (*prima facie* aplicable al caso en cuestión) produce resultados absurdos o manifiestamente disvaliosos”. Y sólo para entender mejor esta aclaratoria distinción, lo que Atria llama “casos regulativamente difíciles” corresponderían a lo que Kelsen denomina “lagunas auténticas”, mientras que los que llama “casos evaluativamente difíciles” se producirían en presencia de lo que Kelsen y la mayoría de los autores denomina “lagunas axiológicas”.

Concepto de laguna legal y clases de lagunas. “Laguna” proviene del latín “*lacuna-ae*”. Esta expresión, además de aludir a la profundidad del mar, significa “cavidad”, “oquedad”, pero también “falta”, “vacío”. En un sentido más general, significa, asimismo, “omisión”, “carencia”; así, por ejemplo, cuando se dice de alguien que tiene “lagunas” en su memoria. En cualquier caso, los significados antes mencionados sugieren la idea de insuficiencia, defecto, carencia, ausencia de algo que debería estar en su lugar.

Por su parte, una laguna es una insuficiencia del derecho que se percibe como ausencia de regulación jurídica para un caso en el que cabía razonablemente esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complemente el derecho, para lo cual el juez correspondiente puede valerse de los llamados procedimientos de integración de la ley, a saber, la analogía jurídica, los principios generales del derecho y la equidad.

Por lo mismo, la analogía jurídica, aunque también la equidad y los principios generales, son los métodos o procedimientos que el juez puede utilizar en presencia de una laguna legal.

Siguiendo en esto a Bobbio, podemos decir que hay *lagunas legales subjetivas* y *lagunas legales objetivas*. Son *subjetivas* las que dependen de cualquier motivo imputable al legislador, y son *objetivas* las que dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de nuevas invenciones, de cualquier causa que provoque la obsolescencia de los textos legales, y que, por lo mismo, son independientes de la voluntad del legislador.

Las lagunas subjetivas pueden ser a su vez *voluntarias* o *involuntarias*. *Involuntarias* son las que se producen a raíz de cualquier inadvertencia del legislador sobre la materia o asunto regulado por él, y *voluntarias* son las que el mismo legislador deja a propó-

sito en materias de suyo complejas que no admiten regulaciones demasiado minuciosas ni exhaustivas y que es preferible confiarlas a la interpretación y aplicación caso por caso que corresponde efectuar a los jueces.

Por último, se distingue también entre *lagunas praeter legem* y *lagunas intra legem*. Las primeras se presentan cuando las disposiciones de la ley, por ser demasiado particulares, no alcanzan a comprender todos los casos que pueden luego presentarse; las segundas, al contrario, tienen lugar cuando normas legales demasiado generales dejan vacíos que deben ser llenados por el intérprete.

Las lagunas *voluntarias* son por lo general *intra legem*, y la diferencia entre éstas y las *praeter legem* consiste en que, tratándose de estas últimas, el intérprete debe formular nuevas reglas al lado de las expresas, mientras que en las *intra legem* las nuevas reglas deben ser formuladas dentro de las reglas expresas.

Otra distinción usual a este respecto es la que se refiere a *heterointegración* y *autointegración* de las lagunas. Estamos en presencia de la primera cuando la integración de la ley es llevada a cabo por medio de un ordenamiento diverso al jurídico –por ejemplo, el derecho natural– o echando mano de fuentes formales distintas de la propia ley. En cambio, la *autointegración* es la que se produce dentro del marco de la misma fuente que adolece de un vacío, sin recurrir sino mínimamente a fuentes distintas y sin recurrir, tampoco, a otro ordenamiento normativo.

Cuando la heterointegración recurre no a otros ordenamientos, sino a fuentes jurídicas distintas de la ley, ella asume tres formas: el recurso a la costumbre jurídica considerada como fuente subsidiaria, lo cual resulta posible cuando el ordenamiento jurídico da valor a la costumbre en todas las materias no reguladas por la ley; el derecho judicial, es decir, los precedentes que el juez pueda identificar y que le permitan llevar a cabo una integración de la ley en la misma dirección o sentido que pueda haberse adoptado en fallos anteriores sobre la misma materia; y las opiniones de los juristas, reflejada en las doctrinas más aceptadas respecto de cómo deban resolverse los casos de que se trate.

En cambio, la autointegración se vale de la analogía jurídica, de los principios generales y de la equidad. Ahora bien, se



considera que el recurso a la *analogía* permite llegar a una solución para el caso no previsto por la ley en el marco del propio derecho legislado, esto es, en el marco y dentro de los límites de la propia fuente en que se produce la laguna, puesto que se trata de un tipo de razonamiento que parte de la solución que la ley ha dado para un caso similar, aunque no idéntico, a aquél que no se halla regulado. Por su parte, los *principios generales del derecho* permiten también llegar a una solución manteniéndose dentro del marco del propio derecho que acusa el vacío o laguna, puesto que tales principios, en la idea más habitual que se tiene de ellos, son posibles de ser inducidos a partir del propio material normativo del derecho legislado o formar parte explícita de éste. Por último, si la *equidad* es entendida como un correctivo o enderezamiento de la ley, según lo que fue explicado al tratarla como una de las fuentes supletorias del derecho, se entenderá que se la considere también como una manera de autointegrar el derecho legislado.

Antes de pasar a explicar los métodos para integrar lagunas, conviene detenerse un instante más en el concepto que dimos de ellas, en especial en la parte de éste que las define como ausencia de regulación jurídica *en un caso en que cabría razonablemente esperarla*. Por lo mismo, no todo caso o comportamiento regulado por el derecho constituye una laguna, puesto que, como bien expresa Eugenio Bulygin, “hay infinitas conductas no reguladas por el derecho y que nadie calificaría como laguna”, como, por ejemplo, mover el dedo meñique –en el clásico ejemplo de Carlos Nino–, o silbar paseándose frente al mar. Para que pueda decirse que existe una laguna no basta entonces con que una determinada situación o conducta no se encuentre regulada por el derecho, sino que es necesario que tal situación o conducta sean relevantes para el derecho. Ningún ordenamiento jurídico –por fortuna– pretende regular todas las situaciones en que uno o más sujetos puedan encontrarse ni todas las conductas que puedan ser ejecutadas, de manera que resulta posible distinguir ahora entre *casos no regulados* por el derecho y *lagunas*. En los primeros hay ausencia de regulación, pero no se trata de asuntos jurídicamente relevantes –como mover el dedo meñique, silbar junto al mar, cortar el pasto, vestir ropas de uno u otro color, dormir de noche o de

día-, mientras que en las segundas la falta de regulación recae en un asunto jurídicamente relevante en el que, por lo mismo, cabía esperarla. Por lo mismo, y en palabras de Pablo Navarro, las lagunas y los casos no regulados –que ese autor llama “casos jurídicamente irrelevantes”– “tendrían en común el hecho de carecer de regulación normativa, y la única diferencia entre ellas no sería descriptiva, sino de naturaleza evaluativa”. Esto último quiere decir que cada vez que se certifica la existencia de una laguna opera un criterio estimativo, o “evaluativo” como lo llama Navarro, consistente en considerar que el caso no regulado es jurídicamente relevante y que, por tanto, *debió ser* regulado por el derecho.

2. MÉTODOS DE INTEGRACIÓN DE LA LEY

La analogía jurídica. Los principios generales del derecho y la equidad.

La analogía jurídica. La analogía constituye uno de los métodos o procedimientos de integración de la ley, es decir, uno de los métodos o procedimientos que son utilizados por los jueces cuando se trata de llenar lagunas de la ley.

“Analogía” no es una expresión unívoca. Sin embargo, los distintos conceptos que se designan con esa palabra tienen algo en común, cual es la idea de *semejanza* o *similitud*.

En nuestro caso, tenemos que restringirnos a aclarar en qué consiste, en general, el razonamiento por analogía –también llamado razonamiento analógico– y en qué consiste, en particular, el razonamiento jurídico por analogía.

Siguiendo en esto a Bobbio, así como los comentarios que sobre el pensamiento de Bobbio debemos a Manuel Atienza, puede decirse que el razonamiento por analogía es aquel que va de lo *particular* a lo *particular*, a diferencia del razonamiento inductivo, que va de lo particular a lo general, y del razonamiento deductivo, que es aquél que va de lo general a lo particular. Complementando esa idea, podemos decir que razonamiento por analogía es aquel que va de lo particular a lo particular, de



modo que, puestos dos términos en relación de semejanza entre sí, se extiende al uno el predicado del otro.

Un ejemplo clásico de razonamiento por analogía, que se atribuye a Aristóteles, es el siguiente: “La guerra de los focenses contra los tebanos es mala; la guerra de los atenienses contra los tebanos es similar; luego, la guerra de los atenienses contra los tebanos es mala. Así, la fórmula del razonamiento por analogía es ésta: M es P; S es similar a M; S es P”.

En cuanto ahora al razonamiento jurídico por analogía –o, simplemente, analogía jurídica–, se trata de una argumentación en uso de la cual la solución prevista por la ley para un caso jurídicamente relevante se traslada a otro caso no previsto por la ley, aunque similar o parecido al que sí se encuentra previsto, por entender que existe una razón de justicia para ello, o, cuando menos, algún motivo plausible que justifique que al caso no regulado se le aplique la solución dada para el caso previsto.

Sin embargo, para que pueda atribuirse al caso no regulado la consecuencia prevista para el caso regulado, se requiere que entre ambos exista no una semejanza *trivial*, 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 cual al caso no regulado se le atribuye aquella consecuencia y no otra.

Siguiendo el ejemplo de Bobbio, si una ley sanciona el comercio de libros obscenos, alguien podría preguntarse si la consecuencia que esa ley prevé puede aplicarse, por un lado, al comercio de libros policiales, y, por el otro, a los discos que reproducen canciones obscenas. Si bien entre los libros obscenos y los libros policiales existe una semejanza bien palpable –ambos están impresos en papel–, es seguro que cualquier intérprete no aceptaría la extensión de la consecuencia prevista para el primer tipo de libros al segundo tipo de libros, porque no se trata de una semejanza relevante para estos efectos, aunque sí podría mostrarse partidario de que dicha consecuencia se amplíe a los discos obscenos, puesto que existe una semejanza relevante entre éstos y los libros de ese mismo carácter.

En consecuencia, la analogía jurídica opera sobre la base de los siguientes presupuestos:

- a) un caso jurídicamente relevante de la vida social que no se encuentra previsto ni regulado por la ley;
- b) un caso similar, si bien no idéntico al anterior, que sí se encuentra previsto y regulado por la ley;
- c) existencia de una semejanza relevante entre ambos casos,
y
- d) posibilidad de ofrecer una razón de justicia, o cualquier otro motivo plausible, que haga aconsejable trasladar al caso no previsto ni regulado la solución contemplada para el caso previsto y regulado.

Como dice Carlos Nino, la analogía jurídica “consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que sí lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos”.

Tratándose de la analogía jurídica, se distingue entre *analogía legis* y *analogía iuris*. Por *analogía legis* se entiende un procedimiento para llenar lagunas que consiste en extender la solución dada por la ley a un caso a otro caso no previsto por la ley, pero que es parecido o similar al que sí se encuentra previsto. Por su parte, la *analogía iuris* es también un procedimiento para llenar lagunas, aunque no a partir de una ley, esto es, no valiéndose de una determinada norma legal que contemple y resuelve un caso parecido a aquel que no se encuentra regulado por ley alguna, sino recurriendo a los principios generales del derecho.

Por tanto, puede decirse que la analogía jurídica propiamente tal –vista como un método o procedimiento de integración de la ley– es la *analogía legis*, puesto que la *analogía iuris* remite a un método o procedimiento de integración de la ley distinto de la analogía, a saber, los principios generales del derecho.

Por lo mismo, hay también similitud entre la analogía jurídica y la interpretación extensiva de la ley. Sin embargo, Bobbio dice que se han ideado varios criterios para justificar una distinción entre una y otra, aunque para el autor italiano el único criterio diferenciador aceptable es el que se refiere a los *efectos*, puesto que el efecto de la extensión analógica es crear una nueva norma



jurídica, mientras que el efecto de la interpretación extensiva es únicamente ampliar el ámbito de aplicación de una norma a casos no previstos por ella.

El ejemplo que utiliza Bobbio a este respecto es el siguiente: se pregunta si el artículo 1577 del Código Civil italiano, que establece las obligaciones del arrendador en relación con las reparaciones de la cosa arrendada, puede hacerse extensivo a las obligaciones de la misma naturaleza que tiene el comodatario. Si se responde afirmativamente, se está creando una nueva norma para regular el comodato, una norma que antes no existía. Se pregunta, por el contrario, si el artículo 1754 del mismo Código, 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 de un negocio una vez que las partes han iniciado los contactos, directamente o por medio de otros corredores. Si se responde de manera afirmativa, no se crea una nueva norma, sino simplemente se amplía el alcance de la norma que ya existe. El primer ejemplo es de analogía, mientras el segundo lo es de interpretación extensiva. Con ésta sólo se hace la redefinición de un término, pero la norma aplicada es siempre la misma. Con aquélla 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, que con la analogía se hace extensivo el concepto de arrendamiento.

Como explica a este respecto Manuel Atienza, en la interpretación extensiva se extiende el contenido de una norma jurídica a casos no previstos, pero dicha operación tiene lugar sin salirse de la norma; en cambio, en la analogía la extensión tiene lugar en base a una norma superior –se crea, pues, una nueva norma– que se aplica tanto al caso regulado como al no regulado.

Por su parte, Luis Díez Picazo razona de la siguiente manera para justificar la diferencia entre analogía jurídica e interpretación extensiva.

Dice el autor que el ámbito de aplicación de una norma comporta una *doble* limitación: una *genérica*, que se produce a través del marco institucional dentro del cual la norma actúa; y una *específica*, que resulta de la configuración del propio supuesto

de hecho de la norma. Así las cosas, se actúa por vía analógica cuando se traslada la norma de un marco institucional a otro, y se opera por vía de interpretación extensiva cuando se mantiene la norma dentro de su marco institucional, aunque entendiendo incluido en su supuesto de hecho más casos que aquellos que encierra la simple literalidad de la norma.

Y añade el autor antes mencionado, echando mano de un ejemplo del derecho español: el art. 752 del Código Civil español dice que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que le hubiese confesado. Pues bien, se operaría por analogía trasladando esa norma, que pertenece al marco institucional del testamento, a los negocios jurídicos entre vivos, aplicándola, por ejemplo, a una donación hecha por un enfermo al sacerdote que le haya confesado. En cambio, se operaría por vía de interpretación extensiva si, manteniendo esa norma dentro de su marco institucional del régimen jurídico de los testamentos, se entendiera aplicable la prohibición no sólo al sacerdote que hubiere confesado al testador, sino también al sacerdote que sin haberle confesado le hubiere administrado la unción de los enfermos o que hubiere prestado al enfermo cualquier otra clase de auxilios o consuelos espirituales.

La distinción entre extensión analógica e interpretación extensiva puede tener importancia, puesto que si se encuentra prohibida la primera –como acontece en el derecho penal–, podría entenderse que ello no obsta a la segunda. Sin embargo, lo anterior entraña el siguiente riesgo: que en nombre de la interpretación extensiva (que está permitida) se lleve a cabo una extensión analógica (que está prohibida).

Los principios generales del derecho y la equidad. También son presentados como métodos o procedimientos de integración de la ley.

A ambos nos referimos largamente en el capítulo sobre fuentes del derecho, donde fue explicado, asimismo, el estatuto que principios generales y equidad tienen en el derecho chileno, como coadyuvantes de la interpretación jurídica (art. 24 del Código Civil) y como piezas o fuentes a las que se puede recurrir



a falta de ley que resuelva un caso (art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil).

Con todo, cabe reiterar lo expresado antes acerca de los principios jurídicos, los cuales, al formar parte del derecho, como piezas de éste, no constituirían, propiamente hablando, ni fuentes del derecho ni tampoco métodos para su integración, sino componentes del derecho que, junto con colaborar a colmar lagunas en las normas y en particular en el derecho legislado, permitirían evitar que estas se produjeran.

3. INTEGRACIÓN Y DISCRECIÓN JUDICIAL

Establecido que los ordenamientos jurídicos no son necesariamente completos ni necesariamente incompletos, sino contingentemente incompletos, y que siempre existe la posibilidad de lagunas, éstas constituyen una de las hipótesis de casos difíciles que deben enfrentar los jueces, un caso regulativa y no semánticamente difícil, puesto que el juez se encuentra en tal caso con un vacío que debe llenar y no con dificultades de interpretación que debe salvar.

Fue señalado también que no cualquier situación o conducta no regulada por el derecho ni siquiera cuando se trata de un conflicto de intereses entre dos o más sujetos, puede ser considerada como laguna –sino que tiene que tratarse de una situación, conducta o conflicto de relevancia jurídica–. Por lo mismo, y a los ya señalados ejemplos de situaciones y conductas jurídicamente irrelevantes –tales como silbar frente al mar o dormir de día o de noche–, podríamos añadir ahora por lo que respecta a *conflictos*, el ejemplo de un hombre que rompe su romance con una mujer ante la aparición de otra, y, por lo que respecta a *conflictos de intereses*, el que enfrenta a una pareja cuando el domingo por la tarde ella quiere ir al cine y él al estadio. Por tanto, no toda situación o conducta no regulada por el derecho, como tampoco no todo conflicto ni todo conflicto de intereses entre sujetos, constituye una laguna jurídica. Para que la constituya tiene que tratarse de un asunto jurídicamente relevante, lo cual introduce esa dimensión o factor evaluativo que tienen las lagunas y al que aludimos poco antes.

Frente a la existencia de lagunas hay autores que abogan simplemente por el rechazo de la demanda o pretensión que se hace valer sin que haya una norma que la respalde. Para quienes piensan de ese modo, todo ordenamiento jurídico tiene una norma de clausura –consistente en que lo que no está prohibido por el derecho se debe entender permitido por éste–, de manera que cuando hay una laguna, cuando el derecho nada dice sobre la acción que intenta el demandante, el juez debe sencillamente rechazar la demanda y fallar contra el demandante. En otras palabras, en una situación como la descrita el juez no tiene discreción para fallar el caso de la manera que a él parezca más adecuada y debe desechar la demanda por no tener ésta fundamento en el derecho vigente.

Sin duda que la posición antes descrita resulta plenamente pertinente en materia penal, en virtud de la aplicación de que no hay delito ni pena sin ley que los hubiere establecido antes del hecho o conducta sobre la cual verse el juicio, aunque resulta discutible si nos desplazamos a otros sectores de regulación jurídica dentro del ordenamiento, por ejemplo, al civil o al laboral.

Para quienes piensan distinto de la posición ya explicada, existiría una *versión fuerte* y no aceptable de la antes mencionada norma de clausura –la cual sólo tendría aplicación en materia penal– y una versión débil de la misma, explicada por Kelsen de la siguiente manera: “Es enteramente posible que la conducta no prohibida, y en ese sentido, permitida de un individuo, se contraponga a la de otro individuo cuya conducta tampoco está prohibida y, por ende, sea permitida”, caso en el cual “tendremos entonces un conflicto de intereses que el orden jurídico no previene”. En palabras más sucintas de Eugenio Bulygin, la versión fuerte del principio de clausura constituiría “una falacia”, puesto que “nada autoriza a pensar que en todo orden jurídico exista una norma que permite lo que no está prohibido”. Por tanto, en el caso de una laguna el juez no tiene la obligación de rechazar la demanda y a “lo único a que está obligado es a dictar sentencia y lo puede hacer de cualquiera de las dos formas posibles: condenando al demandado o, rechazando la demanda”. En otros términos –concluye Bulygin–, “el juez puede decidir discrecionalmente el caso individual” de que se trate.



Discrecionalmente, lo cual no significa *arbitrariamente*, esto es, de cualquier manera o de la forma que le dé la gana, puesto que puede haber en el ordenamiento jurídico algún principio o tener el juez alguna razón de equidad que le permitan justificar su fallo y conseguir que éste resulte plausible. O convincente no sólo a ojos del propio que lo dicta, sino también de las partes y demás audiencias que permanecen atentas a la forma como los jueces resuelven casos jurídicamente relevantes de la vida social.

