

II

LAGUNAS

La expresión «laguna del (en el) derecho» puede denotar no menos de tres fenómenos distintos¹: lagunas normativas, lagunas técnicas y lagunas axiológicas².

¹ El concepto de laguna, como el de antinomia, es una variable dependiente del modo de concebir las normas jurídicas. Para quienes conciben las normas jurídicas como calificaciones deónticas del comportamiento («El comportamiento x es obligatorio», «El comportamiento y está prohibido», «El comportamiento z está permitido», etc.), las lagunas se presentan como comportamientos no calificados. Para quienes en cambio conciben las normas como enunciados que conectan supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, las lagunas se presentan como supuestos de hecho para los cuales no está dispuesta consecuencia jurídica alguna. Este último es el punto de vista adoptado en el texto.

² Hay en realidad un cuarto fenómeno en relación al cual se ha hablado de «lagunas». Me limito a señalarlo. Se puede decir que un ordenamiento jurídico —entendido aquí no ya como conjunto de normas, sino como complejo de «instituciones»— presenta una laguna *institucional* siempre que, por causas *de hecho*, falte una de las instituciones que son esenciales para su funcionamiento. Por ejemplo: se crea una laguna institucional siempre que, en un estado monárquico, se extinga la dinastía reinante, hasta que no se provea a dar otro titular a la corona, o no se instaure una nueva forma de Estado; se crea una laguna institucional siempre que una persistente abstención de voto del cuerpo electoral —como imaginó José Saramago en *Ensayo sobre la lucidez* (Madrid, 2004)— impida la formación de la cámara de representantes. El concepto y los ejemplos se pueden reconducir 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 cesados, que son designados respectivamente por el Presidente y el Parlamento. Distinta es la situación que se crearía en caso de que fuesen meramente derogadas (es decir, derogadas y no sustituidas) las normas que regulan la formación de un órgano constitucional. Se trataría de hecho no de una laguna institucional, sino

1. LAGUNAS NORMATIVAS

Puede suceder —no sé decir con qué frecuencia se produce el fenómeno— que el legislador regule una serie de supuestos de hecho, pero omita regular una o más de una de sus posibles combinaciones³.

Supongamos que tenemos un texto normativo en materia tributaria del cual, por vía interpretativa, hemos extraído las tres normas siguientes:

N1: El impuesto sobre la renta debe ser pagado por los ciudadanos (o bien: Si ciudadanía, entonces impuesto sobre la renta)

N2: El impuesto sobre la renta no debe ser pagado por quien no sea residente en el territorio nacional (o bien: Si no residencia, entonces no impuesto sobre la renta)

N3: El impuesto sobre la renta no debe ser pagado por quien no tenga una ocupación (o bien: Si desocupación, entonces no impuesto sobre la renta)

de una laguna técnica (la cual, sin embargo, podría a su vez generar una laguna institucional). Véase al respecto la jurisprudencia constitucional en materia de referéndum para la derogación (especialmente Tribunal Constitucional italiano 29/1987).

³ Es este el riguroso (y restringido) concepto de laguna normativa elaborado por C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien, 1971 (traducción castellana *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1975) cap. I, § 7, quienes aducen un ejemplo sacado del código civil argentino en materia de adquisición de inmuebles *a non domino*: según cierta interpretación de las disposiciones relevantes, ninguna consecuencia jurídica está expresamente prevista para los casos (a) de buena fe sea del enajenante que del adquirente, y (b) de mala fe del adquirente. Las lagunas normativas no deben confundirse con las lagunas llamadas «de reconocimiento» (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 31 y ss.). Grosso modo: hay una laguna normativa siempre que haya un supuesto de hecho para el cual ninguna norma dispone una consecuencia jurídica (o, dicho de otra manera, siempre que para un caso no se prevé solución); hay una laguna de reconocimiento siempre que no se pueda decidir cuál es la consecuencia jurídica ligada a un cierto supuesto de hecho a causa de la indeterminación del lenguaje en el que las normas están formuladas. Para referirse al «defecto de precisión» de la ley, algunos hablan de laguna «impropia»: R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna, 1974, p. 270. Ulteriores distinciones (lagunas objetivas y subjetivas, lagunas lógico-sistemáticas e históricas) en G. Carcaterra, «Analogía», en *Enciclopedia giuridica*, Treccani Roma, 1988, vol. II, p. 15. Aún más distinciones (lagunas ontológicas y deontológicas, ideológicas y teleológicas, críticas y diacríticas) en A.G. Conte, «Decision, completezza, clóture», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, pp. 67 y ss. En la literatura más reciente ver 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; T. García-Berrio Hernández, *Las lagunas de la ley. Hacia un derecho flexible*, Madrid, 2006; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, cap. III; J. Ruiz Manero, U. Schmill, *El juez y las lagunas del derecho*, México, 2007; E. Bulygin, M. Atienza, J.C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, 2009.

Los tres supuestos de hecho simples (ciudadanía, residencia, desocupación), regulados por las tres normas, pueden combinarse entre sí dando lugar a ocho supuestos de hecho complejos: (i) ciudadanos residentes desempleados; (ii) ciudadanos residentes empleados; (iii) ciudadanos no residentes desempleados; (iv) ciudadanos no residentes empleados; (v) no ciudadanos residentes desempleados; etc.

Ahora bien: tomemos el caso de un extranjero residente empleado (una de las ocho combinaciones posibles). A este supuesto de hecho no se le aplica N1, que se refiere a los ciudadanos; no se le aplica N2, que se refiere a los no residentes; no se le aplica N3, que se refiere a los desempleados. El supuesto de hecho carece por tanto de regulación⁴: el derecho es lagunoso.

Se trata —obsérvese bien— de una combinación de supuestos de hecho cada uno de los cuales *está* regulado separadamente por una norma, por lo que parece obvio pensar que también su combinación es jurídicamente «relevante». Si así no fuese, se podría pensar que este particular supuesto de hecho complejo es jurídicamente irrelevante, es decir, que se ubica en el «espacio vacío de derecho» (al que nos referiremos más extensamente en seguida): en ese conjunto de supuestos de hecho que el derecho no toma en absoluto en consideración (como, supongamos, los viajes interestelares)⁵.

2. LAGUNAS NORMATIVAS E INTERPRETACIÓN

Préstese atención: hemos identificado una laguna razonando obviamente con normas (y no ya con disposiciones normativas aún por interpretar), es decir, con la interpretación ya realizada. Si *aquellas* son las normas con las que tenemos que trabajar —si aquella es la interpretación seleccionada— no se puede huir de la laguna⁶.

⁴ En esta sede no nos interesaremos por las antinomias (hemos hablado de las mismas en el capítulo anterior). Pero, dicho sea de paso, en el supuesto de hecho de un ciudadano no residente desempleado tenemos una antinomia: en tal caso, de hecho, el impuesto es debido en virtud de N1, pero es no debido en virtud de N3.

⁵ G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, pp. 70 y ss., analiza, bajo el nombre de «principios de completitud», dos modos característicos de colmar lagunas: el principio de exclusión y el simétrico principio de inclusión. El principio de exclusión establece que todos los casos no previstos por una norma tienen la regulación opuesta a aquella establecida por la norma. El principio de inclusión (o analogía) establece que todos los casos no previstos por una norma, pero similares a aquellos previstos, tienen la misma regulación que estos últimos.

⁶ Conviene repetir que las lagunas normativas no hay que confundirlas con los problemas de aplicación de normas a casos concretos, llamados «lagunas de conoci-

Para evitar la laguna —y resolver el caso— tendremos, probablemente, que *re-interpretar* el texto normativo del que hemos extraído esas tres normas, es decir, volver al texto e interpretarlo de otra manera⁷:

(a) Podremos, por ejemplo, re-interpretar el texto de manera tal de sustituir N1 con N1bis:

N1bis: *Solo* si ciudadanía, entonces impuesto sobre la renta

N1bis, al ser un bicondicional, implica lógicamente: «Si no ciudadanía, entonces no impuesto sobre la renta». La ciudadanía es, en conclusión, condición no ya solo suficiente, sino también necesaria, para que surja la obligación de impuesto. Se sigue que el extranjero (aunque residente y con ocupación) no está sujeto a la obligación tributaria en cuestión.

(b) O bien podremos argumentar⁸ la tesis que N2 conlleve («implique» en algún sentido) N2bis:

N2bis: Si residencia, entonces impuesto sobre la renta

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

(c) O, incluso, podremos re-interpretar el texto en modo tal de sustituir N3 por N3bis:

N3bis: *Solo* si desempleado, entonces no impuesto sobre la renta

N3bis —nuevamente un bicondicional— implica lógicamente: «Si empleado, entonces impuesto sobre la renta». La desocupación es condición no ya solo suficiente, sino también necesaria para estar exentos de la obligación tributaria. Se sigue que quien tenga una ocupación (a pesar de ser extranjero) está sujeto a la obligación en cuestión.

miento» (resulta dudoso si el supuesto de hecho concreto es subsumible en uno u otro supuesto de hecho abstracto por falta de información sobre los hechos del caso) y «lagunas de reconocimiento» (resulta dudoso si el supuesto de hecho concreto es subsumible en uno u otro supuesto de hecho abstracto a causa de la vaguedad semántica de los términos empleados para delinear el supuesto de hecho abstracto). En este sentido C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 31 y ss.

⁷ Ver P. Chiassoni, «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II. *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 294 y ss.

⁸ Este sería el uso «constructivo» del argumento *a contrario*.

Pero es importante entender que, de esta manera (re-interpretando los textos normativos o desarrollando ciertas supuestas implicaciones de los mismos), hemos sustituido el micro-ordenamiento normativo con el que hemos comenzado por un micro-ordenamiento distinto.

El primer micro-ordenamiento (MO1) incluía las normas N1, N2 y N3:

MO1: N1, N2, N3

El nuevo micro-ordenamiento (MO2), según la solución escogida, incluye:

MO2a: N1bis, N2 y N3

O bien,

MO2b: N1, N2bis, N3

O incluso,

MO2c: N1, N2 y N3bis.

Esto es igual que decir que las lagunas siguen —no anteceden— a la interpretación. La interpretación, en algún sentido, produce las lagunas y, como las produce, puede también evitarlas o prevenirlas⁹.

Las lagunas son a menudo presentadas en la literatura sobre la materia como un (peculiar) problema de interpretación. Bien visto, sin embargo, las cosas no son exactamente así¹⁰.

El problema de 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 semejante puede ser resuelto de dos modos: o decidiendo que el supuesto de hecho en examen entra en el campo de aplicación de una cierta norma, o deci-

⁹ Parece natural pensar que la completitud o incompletitud de un ordenamiento depende de su contenido normativo: es completo un ordenamiento que, de hecho, dispone consecuencias jurídicas para cualquier supuesto de hecho; incompleto un ordenamiento dentro del cual hay supuestos de hecho que no tienen consecuencias jurídicas. Pero el contenido normativo del ordenamiento —si tenemos en mente la distinción entre las disposiciones y las normas (nos hemos referido a esto en un capítulo anterior)— es una variable dependiente no solo de los textos normativos, como es obvio, sino también de la interpretación.

¹⁰ Ver G.B. Ratti, *Norme, principi, e logica*, Roma, 2009, cap. I.

diendo que no hay norma alguna aplicable a ese supuesto de hecho¹¹. En un caso, el derecho no presenta laguna alguna; en el otro caso, el derecho se revela lagunoso. Con frecuencia, *ambas* decisiones son viables (convincientemente argumentables): es el intérprete quien decide si hay o no hay una laguna. Pero en ambos casos el problema de interpretación es resuelto: la laguna, si se presenta, se presenta solo después de haber llevado a cabo la interpretación.

En consecuencia, una laguna no abre exactamente un problema interpretativo, sino un problema de otra naturaleza. Por un lado, si y cuando la laguna se presenta, la interpretación está ya realizada (aunque se podría abandonar la interpretación seleccionada y optar por una interpretación distinta, de manera de evitar la laguna¹²). Por otro lado, una laguna no puede ser colmada por vía de la interpretación: para colmar una laguna es necesario «integrar» o completar el ordenamiento jurídico, y esto solo puede hacerse introduciendo en él una norma nueva¹³.

Resumiendo:

(i) En primer lugar, la interpretación puede *prevenir* una laguna, evitarla: en el sentido que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados en modo tal que la laguna ni siquiera se presente¹⁴;

¹¹ Claro está que la creación interpretativa de una laguna, por parte de un juez, no prelude una sentencia de *non liquet*, sino que predispone a la construcción de una norma implícita idónea para dar solución al caso (en este sentido todas las lagunas son, como dice E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 454, «efímeras»: son creadas solo para ser colmadas inmediatamente después). Por otro lado, la creación interpretativa de una laguna por parte de un jurista prelude una operación de política del derecho: según los casos, una recomendación de *lege ferenda* (dirigida al legislador) o de *setentia ferenda* (dirigida a los jueces).

¹² Como hemos visto, cuando en una *primera interpretación* (o interpretación *prima facie*) ninguna disposición expresa una norma idónea para regular el supuesto de hecho en examen, a menudo el intérprete procede a una *segunda interpretación* (o *reinterpretación* o interpretación «todo considerado») atribuyendo a una cierta disposición un significado distinto de modo tal que ninguna laguna se presente. Cfr. P. Chiassoni, «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», cit.

¹³ C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 158 y ss.

¹⁴ Ejemplo paradigmático: considérese las posibles interpretaciones del art. 89, apartado 1, Constitución italiana, el cual exige que los actos del Jefe de Estado sean refrendados por los «ministros que los han propuesto». Si se entiende esta disposición en el sentido que se refiere solo a aquellos actos que el Jefe de Estado adopta, precisamente, como consecuencia de una propuesta ministerial, entonces se produce una laguna: la constitución no regula en modo alguno los actos que el Presidente adopta por propia iniciativa (en ausencia de una propuesta ministerial). Pero si por el contrario se la interpreta en el sentido que se refiere a todos los actos presidenciales sin excepciones,

(ii) En segundo lugar, la interpretación, así como puede evitar la laguna, puede también *producirla*: en el sentido que los textos normativos a disposición pueden ser interpretados en modo tal que sí se presente una laguna;

(iii) En tercer lugar, la interpretación —si puede producir o prevenir las lagunas— *no* puede, sin embargo, *colmar* las lagunas: la laguna, si se presenta, se presenta solo después de realizada la interpretación; para colmarla, no queda sino integrar el derecho, es decir, crear derecho nuevo; y la producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es algo conceptualmente distinto 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 cuando falta en él una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia (y/o para la efectividad) de otra norma¹⁵.

Sucede por tanto que una norma no puede producir efectos jurídicos (y/o no puede ser obedecida o aplicada) en ausencia de otras normas que, digámoslo así, la concreten¹⁶.

Por ejemplo: una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano, pero ninguna norma determina qué sujeto es el competente para convocarlo; una norma instituye cierto órgano electivo, pero ninguna norma establece qué sistema electoral debe adoptarse; una norma recomienda perseguir cierto fin, pero ninguna norma establece qué medios deben utilizarse; etc¹⁷.

de este modo la laguna mágicamente se disipa: ya que, desde este punto de vista, simplemente no se dan actos presidenciales que no estén precedidos de propuesta ministerial. Cfr. F. Sorrentino, «I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto», en *Diritto e società*, 1987.

¹⁵ A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, pp. 43 y s.

¹⁶ Se puede también sostener que existe una laguna de este tipo toda vez que una norma imperativa (un mandato o una prohibición) no vaya acompañada de una norma sancionatoria (de tal forma que sería una «lex imperfecta», como a veces se dice).

¹⁷ Por ejemplo, el ordenamiento italiano vigente era lagunoso, en este sentido, y las normas constitucionales sobre el Tribunal Constitucional y sobre el Consejo superior de la magistratura eran ineficaces, antes de que fueran concretadas, respectivamente, por la ley 87/1953 (Normas sobre la constitución y sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional) y por la ley 195/1958 (Normas sobre la constitución y sobre el funcionamiento del Consejo superior de la magistratura).

O también: *quid juris*, en el ordenamiento italiano vigente, si el mandato del Presidente de la República vence (al término del séptimo año) sin que sin embargo haya sido elegido un nuevo Presidente?¹⁸

4. LAGUNAS AXIOLÓGICAS

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

Debe quedar claro que afirmar la existencia en el ordenamiento de una laguna axiológica no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor: no una descripción del derecho como es, sino una crítica del derecho existente y/o una prescripción de cómo debería ser.

De lagunas axiológicas se pueden distinguir fundamentalmente dos tipos:

(1) Puede suceder que un supuesto de hecho sí esté regulado por una norma, pero que tal regulación le parezca al intérprete *insatisfactoria*, por lo que, a su juicio, falta en el ordenamiento (no una norma cualquiera, sino) una norma «justa»: la norma que exigiría su sentido de la justicia¹⁹.

Pongamos un ejemplo. Supongamos que una disposición enlaza la consecuencia jurídica «no obligación de resarcir» con el supuesto de hecho «daño no patrimonial» («No hay obligación de resarcir por el daño no patrimonial»). Pero, por hipótesis, la clase de supuestos de hecho «daño no patrimonial» incluye daños morales, daños existenciales, daños biológicos y tal vez incluso otros tipos de daños. Pues bien, puede suceder que la consecuencia jurídica dispuesta por la ley a algún intérprete le parezca axiológicamente inadecuada para los daños biológicos²⁰. Para

¹⁸ G.U. Rescigno, «Comunicare, comprendere, interpretare nel diritto», en *Diritto pubblico*, 2009, pp. 699 y ss. Rescigno muestra, con un sutil análisis, en qué modos (con qué argumentos) la laguna puede ser colmada «construyendo» (p. 702) una norma constitucional no expresada: o la norma que consiente la *prorogatio* del viejo Presidente o la norma que confía la suplencia al presidente del Senado. Rescigno subraya también (p. 703) que, colmando así la laguna, no se realiza una «interpretación» propiamente dicha, sino una operación de otro tipo: precisamente «construcción» jurídica.

¹⁹ C.E. Alchourrón, E. Bulgin, *Normative Systems*, cit., cap. VI.; N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 96 y s.

²⁰ Es decir, que sea justo no prever la obligación de resarcimiento por los daños morales, pero sea injusto no preverla para los daños biológicos.

argumentar la presencia de una laguna, dicho intérprete podría razonar más o menos del modo siguiente.

Se dan dos tipos de daños no patrimoniales: los daños morales y los daños biológicos. Estas dos (sub)clases de supuestos de hecho son «sustancialmente distintas» y exigen por tanto regulaciones distintas²¹ (esta es la técnica interpretativa de la «disociación», sobre la que hablaremos a su debido tiempo). La consecuencia jurídica que resulta de la interpretación literal, «no obligación de resarcimiento» es razonable —es decir, justa— para los daños morales, pero es irrazonable —es decir, injusta— para los daños biológicos. La disposición en cuestión debe por tanto ser re-interpretada, entendiéndola solo en referencia a los daños morales (excepción implícita o interpretación restrictiva).²² En consecuencia, el supuesto de hecho «daño biológico» queda sin regulación: el ordenamiento es lagunoso en relación con este supuesto de hecho.

(2) Puede suceder además que un supuesto de hecho sí esté regulado por una norma, pero que tal regulación no sea conforme a lo que ordena otra norma positiva²³: en particular, una norma material o axiológicamente superior²⁴.

Se encuentran ejemplos paradigmáticos de lagunas de este tipo en todos los casos en los que el intérprete considere violado el principio

²¹ Decir que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» distintos es solo un modo retóricamente eficaz para sostener que debe haber regulaciones distintas.

²² En otras palabras: la disposición en cuestión se aplica no a la entera clase de los daños no patrimoniales, como querría la interpretación literal, sino solo a una subclase de los daños no patrimoniales: los daños morales. O bien, desde otro punto de vista, la disposición expresa una norma «derrotable»: está sujeta a una excepción implícita («Si daño no patrimonial, a menos que daño biológico, entonces no obligación de resarcimiento»).

²³ G. Parodi, «Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale», en P. Comanducci, 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. Se podría aducir también el siguiente ejemplo: el art. 81, apartado 4, Constitución italiana exige que las Cámaras, toda vez que aprueben una norma (legislativa) que comporte nuevos o mayores gastos respecto de aquellos ya previstos en el presupuesto, aprueben además una norma que indique los medios para afrontarlos; la ausencia de una norma semejante en el documento legislativo configura una laguna axiológica de este tipo.

²⁴ Las nociones de jerarquía material y de jerarquía axiológica serán introducidas en un capítulo sucesivo. Sin embargo, grosso modo: jerarquía material es la usual jerarquía de las fuentes (determinada por normas positivas, del tipo, por ejemplo, del art. 134 Constitución italiana, que subordina la ley a la constitución); jerarquía axiológica es una jerarquía de valor («La norma N1 tiene más valor que la norma N2») estipulada por el intérprete.

de igualdad (art. 3, apartado 1, Constitución italiana) tal como es normalmente entendido —evocando a Aristóteles— en la jurisprudencia constitucional: se deben tratar de igual modo los casos iguales, de distinto modo los casos distintos.

(a) El legislador no ha tomado en consideración una diferencia (a juicio del intérprete) «sustancial» o «relevante» entre dos clases de supuestos de hecho y ha dictado para estos la misma regulación, *omitiendo* diferenciarlos, por lo que una misma consecuencia jurídica está ligada a supuestos de hecho «sustancialmente» distintos²⁵.

Por ejemplo: el legislador ha acordado beneficios fiscales a las «empresas» en general: de este modo, ha omitido distinguir, dentro de la clase de las empresas, dos subclases —las «grandes» y las «pequeñas» empresas, supongamos— que, siendo (a juicio del intérprete) «sustancialmente» distintas, exigen regulaciones distintas. Falta por tanto una norma *diferenciadora* que enlace con una u otra de las dos subclases de supuestos de hecho una consecuencia jurídica distinta.

(b) El legislador, al regular 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 primera,²⁶ por lo que a supuestos de hecho «sustancialmente» iguales se vinculan consecuencias jurídicas distintas.

Por ejemplo, el legislador ha impuesto un gravamen fiscal a las «pequeñas empresas»; de este modo, el legislador no ha tomado en consideración otra clase de empresas —«las grandes empresas»— que, siendo (a juicio del intérprete) «sustancialmente» iguales a la clase de las pequeñas empresas, exigiría la misma regulación. Falta por tanto una norma *igualadora* que vincule al supuesto de hecho «grandes empresas» la misma regulación²⁷.

²⁵ C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 106 y ss.

²⁶ Naturalmente, decir que dos supuestos de hecho son «sustancialmente» iguales no es sino un modo retórico de sugerir que deben tener la misma regulación.

²⁷ Los dos casos examinados son axiológicamente equivalentes, ya que en ambos se viola el principio de igualdad, entendido en el modo que se ha dicho (como doble obligación: de tratar del mismo modo supuestos de hecho iguales y de tratar en modo distinto supuestos de hecho distintos). No es infrecuente encontrar razonamientos como los que hemos mencionado en la práctica del Tribunal Constitucional italiano (así como de otros tribunales constitucionales).

5. EL DERECHO COMO CONJUNTO FINITO DE NORMAS

El derecho —cualquier ordenamiento positivo, sincrónicamente considerado— no regula cualquier posible supuesto de hecho (no sé, los viajes interplanetarios, la cultivación del romero, la salsa apropiada para la *soupe de poisson*). No califica deónticamente —obligatorio, prohibido, permitido, facultativo— todo posible comportamiento humano (no sé, la elección del vino apropiado cuando se saborea el *fois gras*, el tiro al plato, el color de la corbata o del pañuelo).

Por lo 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 una norma enlaza una cierta consecuencia jurídica (o el conjunto de los comportamientos deónticamente calificados) y el conjunto de los supuestos de hecho no regulados en modo alguno (o el conjunto de los comportamientos incalificados o indiferentes²⁸). Con una transparente metáfora: el «espacio» *lleno* de derecho y el «espacio» *vacío* de derecho²⁹.

Pues bien, en un sentido obvio (preteórico, si se quiere), cada supuesto de hecho no regulado —o bien cada conducta no calificada— constituye intuitivamente una laguna. ¿Pero de qué tipo de laguna se trata exactamente? Esta pregunta admite dos respuestas, *prima facie* ambas plausibles.

(a) Primera respuesta. Se trata de una genuina laguna normativa, no muy diferente de aquella examinada en el párrafo inicial³⁰. Simplemente: también en este caso, como en aquel, hay un supuesto de hecho³¹ al que ninguna norma expresa vincula consecuencia jurídica alguna³².

²⁸ Sobre la cuestión de si aquello que está incalificado debe considerarse indiferente ver A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit.

²⁹ K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 371 y ss.; S. Romano, «Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale», cit.

³⁰ J.C. Bayón, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», en E. Bulygin, M. Atienza, J.C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, cit.

³¹ Aquí se trata (por hipótesis) de un supuesto de hecho simple o «atómico», no regulado en modo alguno; allí se trataba de un supuesto de hecho no regulado, complejo o «molecular», resultado de la combinación de varios supuestos de hecho simples, estos sí regulados.

³² Con la significativa diferencia, sin embargo, que en el caso del «extranjero residente empleado», al que nos referimos en el apartado 1, se trata de un supuesto de hecho respecto del cual se puede sostener la relevancia jurídica (derivándola de la

Y, por otra parte, como diremos en seguida, es generalmente derecho vigente en los ordenamientos modernos la prohibición de «denegar justicia», en virtud de la cual el juez tiene la obligación de decidir cualquier controversia que se someta a su consideración. La prohibición de denegar justicia —se puede sostener— es un potente generador de lagunas normativas, y por lo tanto de normas implícitas, ya que obliga al juez a decidir también casos que ninguna norma expresa regula.

(b) Segunda respuesta. Se trata de otro (un tercer³³) tipo de laguna axiológica: precisamente, la falta de una norma que, a juicio del intérprete, debería regular un supuesto de hecho no regulado.

He aquí un fácil ejemplo (entre mil) que parece avalar esta segunda respuesta. El art. 87, apartado 5, Constitución italiana, atribuye al Presidente de la República el poder de dictar actos gubernativos con fuerza de ley. Tal disposición «no contiene ninguna otra previsión sustancial o procedimental que delimite el poder presidencial»³⁴. Se podría concluir que el poder presidencial en cuestión no está sujeto a límites, sustanciales o procedimentales, de ningún tipo. Pero la doctrina constitucional dominante no encuentra satisfactoria esta simple conclusión. Entiende que deben existir límites y, por tanto, considera que la constitución es lagunosa a este respecto (y rápidamente colma con fantasía la laguna en cuestión)³⁵.

En cualquier caso, si se toma en serio el carácter finito, limitado (la «clausura», si queremos llamarla así³⁶), del derecho, se comprende que en todo ordenamiento hay potencialmente tantas lagunas —sean estas normativas o axiológicas— como supuestos de hecho que el ordenamiento en cuestión no regula en absoluto. Y, obsérvese bien, argumentando *a contrario* se puede sostener que el ordenamiento no regula en

combinación de supuestos de hecho atómicos positivamente regulados), mientras en estos casos se trata de supuestos de hecho respecto de los cuales es posible sostener la irrelevancia jurídica.

³³ Ulterior respecto de los dos examinados en el apartado anterior.

³⁴ M. Luciani, «L'emanazione presidenziale dei decreti-legge. (Spunti a partire dal caso E.)», en *Politica del diritto*, 3, 2009, p. 410.

³⁵ Es fácil comprender que la cuestión es particularmente delicada a nivel constitucional. En el sentido que, allí donde la constitución contiene una laguna (es decir, no regula en absoluto un determinado supuesto de hecho), el legislador puede disponer (es decir, regular el supuesto de hecho en cuestión) como más le agrade. Por lo que colmar las (presuntas) lagunas del texto constitucional tiene el efecto de delimitar la discrecionalidad del legislador.

³⁶ A.G. Conte, «Décision, complétude, clôture», cit.

absoluto todos aquellos supuestos de hecho que no estén literalmente incluidos en el campo de aplicación de alguna norma³⁷.

Es una idea muy extendida, sin embargo, que la existencia de una laguna de este tipo no conlleva además la existencia de controversias que no puedan ser decididas en sede jurisdiccional. Se piensa de hecho que cualquier controversia puede y/o debe en cualquier caso ser decidida con una u otra de las dos técnicas de construcción jurídica siguientes:

(i) Argumentando *a contrario* a partir de la totalidad de las normas expresadas: si ninguna norma califica deónticamente de algún modo la conducta del demandado, la demanda del actor es infundada, por lo que no puede más que ser rechazada³⁸; o bien

(ii) Construyendo normas no expresadas, por ejemplo del modo prescrito —en el ordenamiento italiano vigente— por el art. 12, apartado 2, disp. prel. del Cód. civ. italiano³⁹, es decir, por vía de analogía o apelando a los principios generales del ordenamiento.

Dicho sea de paso, el argumento que se aduce en favor de la construcción de una norma no expresada a partir de un principio general toma a menudo la forma de un condicional contrafáctico: una conjetura⁴⁰ en torno a aquello que el legislador habría decidido si se le hubiese presentado el problema: «El legislador, visto que ha formulado (o dado por supuesto) el principio P, habría resuelto el caso de conformidad con P, si lo hubiese tomado en consideración»⁴¹.

6. DOGMA DE LA COMPLETITUD Y ESTADO DE DERECHO

Los legisladores a menudo prevén la existencia de lagunas y prescriben a los jueces técnicas para colmarlas⁴². Los juristas y los jueces

³⁷ Sobre el argumento *a contrario* volveremos en un capítulo sucesivo dedicado a la argumentación de la interpretación.

³⁸ Así A.G. Conte, «Décision, complétude, clôture», cit., sobre el presupuesto del carácter intrínsecamente «cerrado» (finito) de todo ordenamiento normativo. Ver también F. Atria, «Sobre las lagunas», y J. Ruiz Manero, «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», ambos en F. Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho*, cit.

³⁹ Nos referiremos a esto a su debido tiempo.

⁴⁰ No susceptible de verificación o falsificación.

⁴¹ Un enunciado contrafáctico es un condicional con antecedente falso: en el ejemplo, es falso que el legislador haya tomado en consideración el caso de que se trata.

⁴² Ver por ejemplo el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano. Pero ver también el art. 1, apartado 2, del Código civil suizo (1907): «En los casos no previstos

cotidianamente denuncian —y colman— lagunas (por lo general axiológicas, a decir verdad).

A pesar de esto, según un modo de ver, muy extendido sobre todo en la cultura jurídica del siglo XIX, pero todavía hoy presente en el pensamiento jurídico, el derecho —*cualquier* ordenamiento jurídico— sería un conjunto de normas *necesariamente* completo. Este modo de ver las cosas es lo que se suele llamar: dogma de la completitud.

El dogma de la completitud del ordenamiento está estrechamente ligado al liberalismo jurídico, es decir, a 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 cada una de sus decisiones en una norma jurídica preexistente.

Ahora bien, si el derecho fuese incompleto, habría controversias que no se podrían decidir sobre la base de normas positivas vigentes. Para decidir controversias de tal tipo el juez no tendría más que dos posibilidades: o «denegar justicia» (pronunciar una sentencia de «non liquet», negarse a juzgar), o crear una norma nueva a su arbitrio. Solo que ninguna de las dos cosas parece admisible.

(i) En general, en el Estado de derecho, el juez tiene la obligación de decidir cualquier controversia que se someta ante él: está prohibido denegar justicia⁴³. Lo establece expresamente, por ejemplo, el art. 4 del Code Napoléon (1804)⁴⁴: «el juez que se negase a juzgar, con el pre-

por la ley el juez decide según la costumbre y, en defecto de esta, según la regla que él adoptaría como legislador». Una óptima reseña de las técnicas de solución de las lagunas previstas por diversos ordenamientos positivos se encuentra en Ch. Huberlant, «Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi», en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, cit.

⁴³ La prohibición de denegar justicia (es decir, la obligación de decidir toda controversia, incluso cuando falte una «precisa disposición») está implícita en el art. 12, apartado 2, disp. prel. Cód. civ. italiano. A tenor del art. 3, apartado 1, de la ley italiana 117/1988 (que precisamente lleva por título «Denegación de justicia») constituye denegación de justicia «el rechazo, la omisión o el retraso del magistrado en el cumplimiento de actos de su cargo»; el art. 2, apartado 1, establece además que «quien ha sufrido un daño injusto [...] por denegación de justicia puede actuar contra el Estado para obtener el resarcimiento por daños patrimoniales y también por aquellos no patrimoniales que se deriven de la privación de libertad personal». Incluso antes de la entrada en vigor de la ley 117/1988, el principio podía considerarse implícito en la combinación de los arts. 55 Cód. proc. civ. italiano (que prevé la responsabilidad civil del juez que «sin justo motivo rechaza, omite o retrasa proveer sobre demandas o instancias de las partes y, en general, cumplir un acto de su ministerio») y 328 Cód. penal italiano (que penaliza la omisión o la denegación de actos de oficio).

⁴⁴ Ver al respecto L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1965. En realidad, el art. 4 del Code civil sí ordena al juez resolver toda controversia

texto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia»⁴⁵.

(ii) En general⁴⁶, en el Estado de derecho rige el principio de la división de poderes que, en sus dos variantes (separación en sentido estricto o «check and balances», equilibrio⁴⁷), excluye la jurisprudencia de la clase de las fuentes del derecho. La creación de derecho es monopolio de los órganos legislativos: generalmente asambleas represen-

—actuando *como si* el sistema jurídico fuese completo— pero no expresa en absoluto una regla de clausura. Al contrario, autoriza al juez a interpretar libremente la ley y a colmar las lagunas (J.-E.-M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, 1989, pp. 26 y ss.). Cfr. J. Ghestin, G. Goubeaux, *Introduction générale*, *Traité de droit civil*, dirigé par J. Ghestin, Paris, 1977, pp. 326: «Les hommes de la Révolution [...] ont admis [...] l'interprétation judiciaire de la loi, et même le comblement des ses lacunes et la correction de ses insuffisances. C'est ce qui exprime l'article 4 du Code civil. [...] Ainsi en vertu des articles 4 et 5 du Code civil le juge est autorisé à créer éventuellement une règle particulière qu'il appliquera au litige déterminé qui lui est soumis. Mais cette règle ne peut avoir en principe une portée générale». «Le cours de la justice —dice Portalis— serait interrompu, s'il n'était pas permis au juge de prononcer que lorsque la loi a parlé. Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après une loi, d'après un texte précis» (así Portalis, en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil. La raison du législateur*, Paris, 1989, p. 119). Y también: «La prévoyance du législateur est limitée [...] Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois, qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles» (Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, cit., p. 27). «Il est donc une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eût jamais qu'un texte précis à appliquer» (J.-E.-M. Portalis, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, 1998, pp. 75-76). Por otra parte, es necesario observar que, según Portalis, solo el derecho civil es incompleto y susceptible de ser completado por parte de la jurisprudencia, mientras «en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence. Il en est autrement en matière civile: là, il faut une jurisprudence, parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois, et qu'il est nécessaire de terminer, entre particuliers, des contestations qu'on ne pourrait laisser indéces sans forcer chaque citoyen à devenir juge dans sa propre cause [...]» (Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, cit., p. 28 s.). En otras palabras, según Portalis, la regla de clausura vale solo en el ámbito del derecho penal y no alcanza a todo el sistema jurídico. Al respecto: R. Guastini, «La fonction juridictionnelle dans la constitution de l'an III», en R. Dupuy, M. Morabito (eds.), *1795. Pour une République sans Révolution*, Rennes, 1996.

⁴⁵ Conviene repetir que la prohibición de denegar justicia es un generador de lagunas (sean estas normativas o axiológicas), puesto que obliga al juez a decidir incluso los casos que ninguna norma expresa regula.

⁴⁶ Con la notable excepción del art. 1, apartado 2, del Código civil suizo, que hemos citado en una nota anterior.

⁴⁷ Lo hemos mencionado en un capítulo anterior, al referirnos a la interpretación auténtica.

tativas. Los jueces —órganos burocráticos, generalmente seleccionados por concurso y por tanto carentes, como se suele decir, de «legitimación democrática»— no están autorizados para crear derecho, tienen en cambio la obligación de limitarse a aplicar el derecho que encuentran ya hecho por obra del legislador. Evidentemente, la existencia de lagunas, conjugada con la prohibición de denegar justicia, tendría el efecto de transferir una cuota de poder normativo de los órganos legislativos a aquellos jurisdiccionales.

Hay además dos razones ulteriores que hacen inadmisibile la creación jurisprudencial del derecho, y por tanto inducen a negar la existencia de lagunas:

(a) La creación jurisprudencial de derecho entra en conflicto con el valor (generalmente aceptado, aunque raramente positivizado) de la «certeza del derecho», en virtud del cual cada uno debe tener la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de las propias acciones y, por tanto, en última instancia, de prever las decisiones jurisdiccionales⁴⁸. Va de suyo que no sería previsible una decisión jurisdiccional que aplicase una norma no preexistente al juicio, sino creada *ex novo* por el propio juez⁴⁹.

(b) Por la misma razón, la creación jurisprudencial de derecho está además en conflicto con el principio (generalmente positivizado) de irretroactividad de las leyes⁵⁰. La creación jurisprudencial de derecho, de hecho, es necesariamente una especie de legislación *ex post facto*: la norma eventualmente creada por el juez va a regular un supuesto de hecho ya sometido a la atención del juez, y que por tanto se había formado con anterioridad a la formulación de la norma en cuestión.

En conclusión, en el Estado de derecho al juez le está prohibido tanto dejar de decidir, como decidir creando una norma nueva.

⁴⁸ En verdad, el valor de la certeza del derecho encierra no pocos problemas conceptuales, que aquí no podemos abordar: ver G. Gometz, *La certezza del diritto come prevedibilità*, Torino, 2005.

⁴⁹ En el ordenamiento italiano vigente, el principio en cuestión no está codificado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional demuestra considerarlo un principio implícito de rango constitucional. Cfr. Tribunal Constitucional italiano 210/1971, 101/1986.

⁵⁰ Se trata, en el ordenamiento italiano vigente, de un principio positivamente establecido: en la Constitución (art. 25, apartado 2) en relación solo con las leyes penales; en las disposiciones preliminares del Código civil (art. 11, apartado 1) en relación con las leyes en general. Se entiende por tanto que, para la ley ordinaria, el principio es inderrotable en materia penal, pero derrotable en todas las otras materias.

Ahora bien, en favor del dogma de la (necesaria) completitud de todo ordenamiento se han adoptado distintos argumentos⁵¹. Los más interesantes son los dos a los cuales ahora nos referiremos. Ambos, se observará, abordan la cuestión no en términos de conexiones entre supuestos de hecho y consecuencias, sino en términos de calificación normativa de la conducta: consideran completo un ordenamiento en el cual toda posible conducta esté normativamente calificada, incompleto un ordenamiento en el cual incluso una sola conducta carezca de calificación normativa.

7. LA NORMA GENERAL EXCLUYENTE

Una primera doctrina⁵² —de evidente ascendencia liberal— sostiene que todos los ordenamientos jurídicos necesariamente incluyen una norma de clausura, más precisamente el «principio de libertad» o «norma general excluyente»⁵³: «Todo lo que no está (expresamente) prohibido está (tácitamente) permitido»⁵⁴.

La norma general excluyente —allí donde es derecho vigente— tiene obviamente el efecto de «cerrar» el ordenamiento en el sentido que, en virtud de esta, toda posible conducta resulta deónticamente calificada o como prohibida, o como permitida, ya que los casos son dos y solo dos: o una conducta entra bajo el dominio de una norma particular que la prohíbe o, a falta de esta, entra bajo el dominio de la norma general que la permite.

⁵¹ Todos cuidadosamente examinados por A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit.

⁵² De la que omito, para simplificar, las distintas variantes.

⁵³ D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910 (ahora en D. Donati, *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, vol. I). Este punto de vista está cargado de consecuencias tanto respecto de las fuentes como respecto de la aplicación. (i) Por lo que concierne a las fuentes, esta doctrina implica que todo lo que no esté expresamente prohibido por una determinada fuente (por ejemplo, por la ley) está, por esa misma fuente, implícitamente calificado como permitido: por lo que no puede ser legítimamente prohibido por una fuente inferior (por ejemplo, por un reglamento del ejecutivo). (ii) Por lo que concierne a la aplicación jurisdiccional del derecho, esta doctrina se resume en una política *de sententia ferenda*: en una recomendación, dirigida a los jueces, de rechazar la demanda del actor cada vez que no esté fundada en una norma particular que imponga una obligación al demandado.

⁵⁴ H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1966, pp. 276 y ss.; M. Troper, «Sur le “dogme” de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive», en *Droits*, 47, 2008; E. Diciotti, «Comandi, lacune, completezza della legge», en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. II, pp. 1349 y ss.

Es necesario insistir, sin embargo, en que la norma general excluyente hace completos solo todos aquellos ordenamientos en los cuales es derecho vigente.

Ahora bien, es perfectamente posible que en uno u otro ordenamiento dicha norma esté expresamente establecida. Por ejemplo, el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 de agosto de 1789, que hasta nuestros días sigue siendo derecho vigente en Francia, establece: «Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas»; el art. 19 de la constitución argentina dispone: «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe». Disposiciones como estas pueden entenderse precisamente como formulaciones de la norma general excluyente. Pero no todos los ordenamientos contienen disposiciones de este tenor: no el ordenamiento italiano, por ejemplo.

No obstante, la tesis que estamos discutiendo es precisamente que la norma general excluyente es derecho vigente —en tanto norma *no expresada* (fruto, por tanto, de construcción jurídica)— incluso en los ordenamientos en los que no está expresamente establecida. La tesis es que *cualquier* ordenamiento contiene *necesariamente* una norma semejante, independientemente de lo que sus fuentes normativas de hecho dispongan.

Prima facie, no parece que la tesis de la existencia de la norma general excluyente pueda argumentarse seriamente fuera de los ordenamientos jurídicos liberales. E incluso en los ordenamientos liberales es difícil sostener que la misma alcance al ordenamiento en su totalidad (y/o tenga rango constitucional).

En el derecho italiano vigente, por ejemplo, la norma general excluyente está expresamente establecida en el ámbito del derecho penal (art. 25, apartado 2, Constitución italiana; art. 1 Cód. penal italiano)⁵⁵, pero en el derecho civil rige más bien una «norma general incluyente» —así se la ha llamado—, es decir, el principio que autoriza al juez a extender las normas jurídicas particulares, mediante analogía, incluso más allá de los supuestos de hecho literalmente incluidos en su campo de aplicación⁵⁶. De manera que, si en derecho penal todo lo que no está

⁵⁵ Sobre la «norma penal excluyente» ver F. Poggi, *Norme permissive*, Torino, 2004, pp. 57 y ss.

⁵⁶ No hay, por otra parte, meta-normas que prescriban un criterio de elección entre argumento *a simili* y argumento *a contrario*, cuando ambos sean aplicables. Ver N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 148 y ss.

expresamente prohibido está tácitamente permitido⁵⁷, en derecho civil, por el contrario, está tácitamente prohibido no solo todo lo que está prohibido expresamente, sino también lo que es análogo (similar) a lo que está prohibido expresamente.

Hay que agregar que, en los ordenamientos jurídicos liberales (en los «Estados de derecho»), la norma general excluyente —si bien vale a nivel de las ordinarias normas de conducta, dirigidas a los ciudadanos— se considera que no vale, sin embargo, a nivel de las normas de competencia, es decir, 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 (sea expreso o implícito)—, en virtud del cual los poderes públicos pueden realizar no ya todo acto que no les esté prohibido, sino solo aquellos actos que les estén expresamente consentidos⁵⁸.

El argumento que comúnmente se aduce en favor de la norma general excluyente es que tal norma no es tanto, como el nombre sugeriría, una *norma positiva* —y como tal contingente—⁵⁹ sino un principio lógico: incluso, nada más que una *tautología* y por lo tanto una verdad necesaria (precisamente como «2+2=4», «Todos los triángulos tienen tres lados», «O *p* o no-*p*»⁶⁰, etc.).

Es necesariamente verdadero —se dice— que todo aquello que no está prohibido está permitido, por la simple razón que «prohibido» y «permitido» son conceptos interdefinibles: «permitido» significa precisamente «no prohibido». Y por lo tanto es verdadero por definición que todo aquello que está no-prohibido está permitido. Una tautología, se observe, es verdadera en cualquier discurso —incluido el discurso prescriptivo del legislador— ya que, por un lado, no puede ser negada;⁶¹ por otro lado, no es necesario (sería redundante) explicitarla (por ejemplo, establecerla expresamente en una disposición normativa); y, aún más, no puede ser derogada⁶².

⁵⁷ Más precisamente: todo lo que no está penalmente sancionado *de manera expresa* no está penalmente sancionado.

⁵⁸ Mejor dicho: los actos de los poderes públicos que no estén expresamente autorizados son inválidos (aunque no se pueda decir exactamente que estén prohibidos).

⁵⁹ Es decir, dependiente del contenido normativo de uno u otro ordenamiento.

⁶⁰ Que equivale a decir: la proposición *p* es o verdadera o falsa (principio del tercero excluido).

⁶¹ La negación de una tautología («Algunos triángulos no tienen tres lados») sería una contradicción.

⁶² Observa con razón P. Navarro, «Normas permisivas y clausura de los sistemas jurídicos», en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 34, 2011, p. 130, que

Esto equivale a admitir que —a pesar del nombre («norma»)— la norma general excluyente no es en absoluto una norma⁶³: es más bien una afirmación doctrinal que concierne a la relación conceptual entre «permiso» y «prohibición». Su formulación más apropiada, capaz de revelar el carácter (no normativo, sino) tautológico más allá de toda duda razonable, sería la siguiente: «Todo aquello que está no prohibido está no prohibido»⁶⁴.

Ahora bien, ante todo, una tautología, así como carece de contenido informativo (al no ser una proposición sobre hechos), carece también de contenido prescriptivo (al no ser una norma)⁶⁵. Así como no transmite información sobre hechos, tampoco califica normativamente una conducta cualquiera. Por lo que no se ve cómo puede garantizar la completitud del ordenamiento, es decir, calificar los comportamientos no calificados por otras normas.

Además, en el lenguaje jurídico —tanto en el lenguaje de los juristas, como en el lenguaje del legislador— la locución «no prohibido» es usada no ya como una calificación normativa de la conducta, sino como su *negación*⁶⁶ (a nivel de metalenguaje).

En general, más allá del lenguaje artificial de la lógica deóntica, la negación de una modalidad deóntica *no* es, en sí misma, una modalidad deóntica⁶⁷, sino, precisamente, solo su negación. Por lo tanto, resulta sensato usar la negación de una modalidad deóntica para formular una proposición normativa⁶⁸, que niega la existencia de una norma; pero no es sensato usarla en el discurso prescriptivo para formular una norma, es decir, para calificar una conducta.

Cuando el legislador quiere calificar como permitida una conducta, se expresa en términos no ya de «no prohibido», sino de «permiso», o «facultad», o «libertad», o «licitud», o algo por el estilo. Sería bastante sorprendente encontrar la expresión «no prohibido» en cuanto calificación de un comportamiento, es decir, en el consecuente de una

un enunciado cualquiera puede ser considerado una norma jurídica positiva si, y solo si, puede ser derogado. Evidentemente, no es este el caso de una tautología.

⁶³ Incluso porque no se entiende cómo una norma pueda ser (necesariamente) *verdadera*, desde el momento en que las normas carecen de valor de verdad.

⁶⁴ Para todo comportamiento *x*, si *x* está no-prohibido, entonces *x* está no-prohibido.

⁶⁵ Así, por ejemplo, la tautología «La proposición *p* es o verdadera o falsa» no dice si *p* es verdadera o falsa; la tautología «Todo comportamiento está permitido o no permitido» no dice cuál comportamiento está permitido y cuál no permitido.

⁶⁶ Se trata, técnicamente, de la «negación externa» de un enunciado deóntico. Ver por ejemplo A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, cap. VI.

⁶⁷ Son modalidades deónticas: obligatorio, prohibido, permitido, facultativo.

⁶⁸ Es decir, una proposición sobre normas.

norma de conducta («En las circunstancias *x*, el comportamiento y está no prohibido»)⁶⁹.

En el discurso doctrinal, por otro lado, los enunciados deónticos («El comportamiento *x* es obligatorio», «El comportamiento y no está prohibido», etc.) expresan no ya normas, sino proposiciones existenciales sobre normas. «El comportamiento *x* es obligatorio» significa: «Existe una norma que ordena *x*»; «El comportamiento y está no prohibido» significa: «No existe una norma que prohíba el comportamiento *y*». En síntesis, afirmando que un determinado comportamiento está «no prohibido», un jurista constata no ya la existencia de una norma permisiva, sino la *inexistencia* de una norma prohibitiva⁷⁰.

⁶⁹ Obsérvese que en el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* («Tout ce qui n'est pas défendu par la loi...») y lo que sigue) la expresión «no prohibido» es usada en el antecedente de la norma: no ya para calificar una conducta, sino para diseñar el supuesto de hecho: para cada comportamiento *x*, si *x* no está prohibido (supuesto de hecho), entonces *x* está permitido (consecuencia jurídica).

⁷⁰ Un enunciado del tipo «El comportamiento *x* está permitido» es ambiguo, ya que puede significar o «Existe una norma que permite *x*» o «No existe una norma que prohíba *x*». Ver C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., pp. 119 y ss., quienes formulan la hipótesis según la cual la llamada norma general excluyente, desde el momento que resulta claro que no puede considerarse derecho positivo vigente en todos los ordenamientos, sería no ya una norma, sino una proposición normativa, es decir, un enunciado doctrinal que pretende describir una norma (implícita) en vigor. Pero precisamente en el lenguaje de los juristas, el vocablo «permitido» es ambiguo: (a) en sentido fuerte, una conducta se considera «permitida» siempre que existe una norma jurídica que expresamente la califica permitida (por ejemplo, una norma constitucional que confiere un derecho de libertad); (b) en sentido débil, una conducta se considera «permitida» siempre que simplemente no exista alguna norma jurídica que la califique como prohibida (así, por ejemplo, en el ordenamiento vigente está «permitido» llevar corbata de lunares). Evidentemente, se trata de dos situaciones bastante distintas. En el sentido fuerte de la palabra «permitido», al decir que una determinada conducta está permitida se explicita el contenido de una norma jurídica positiva; mientras que en el sentido débil de la misma palabra, al decir que una determinada conducta está permitida se constata más bien la ausencia de una norma (la ausencia de una prohibición). En otros términos: en un caso (permiso en sentido fuerte), el enunciado «El comportamiento *x* está permitido» significa «Existe en el ordenamiento una norma que permite *x*»; en el otro caso (permiso en sentido débil), el mismo enunciado significa «No existe en el ordenamiento una norma que prohíba *x*». Por lo tanto, si al decir «Todo lo que no está prohibido está permitido» se dice que todo comportamiento no prohibido está permitido *en sentido fuerte*, la norma general excluyente no es en absoluto una verdad necesaria, una tautología verdadera en todo posible ordenamiento, sino simplemente un principio jurídico positivo, como tal contingente: es decir, un principio que está expresamente establecido solo en algunos ordenamientos jurídicos y/o solo en algunos sectores del derecho, mientras no vale en otros ordenamientos y/o en otros sectores del mismo. Si, por el contrario, al decir «Todo lo que no está prohibido está permitido» se quiere decir que todo comportamiento no prohibido está permitido *en sentido débil*, la llamada norma general excluyente resulta sí tautológica, pero no excluye en absoluto,

Pero la inexistencia, en un determinado ordenamiento, de una norma prohibitiva no implica en modo alguno la existencia, en ese mismo ordenamiento, de una norma permisiva⁷¹. En verdad, la ausencia de una norma cualquiera no implica la existencia de *alguna* otra norma⁷². La existencia y la inexistencia de normas son hechos contingentes: simplemente, se dan relaciones de implicación entre proposiciones y (tal vez⁷³) entre normas, pero no entre hechos.

La norma general excluyente se refiere a comportamientos que, por hipótesis, (a) *no* están calificados como permitidos⁷⁴, y (b) *tampoco* están calificados como prohibidos. Pues bien, en estas circunstancias, simplemente, tales comportamientos carecen de cualquier calificación normativa⁷⁵. Lo cual constituye precisamente una *laguna* (en algún sentido).

como se pretende, la presencia de lagunas (no excluye que haya comportamientos jurídicamente incalificados).

⁷¹ Esto equivale a decir que la pretensión de tautología no es en absoluto tal: «No existe la norma "Prohibido x"» no implica en modo alguno «Existe la norma "Permitido x"», como la presencia de ratones en el sótano no implica la presencia de gatos en el salón. Por otro lado, si verdaderamente la norma general excluyente fuese una simple tautología, no tendría ni siquiera sentido formularla expresamente en un documento normativo (como por ejemplo el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*). Un legislador que dictase una disposición puramente tautológica no expresaría norma alguna.

⁷² E. Bulygin, «La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas», en E. Bulygin, M. Atienza, J.C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, cit.

⁷³ Como veremos en un capítulo sucesivo al hablar de lógica y normas, no es materia incontrovertida que se den relaciones de implicación lógica entre normas.

⁷⁴ Si lo estuviesen, evidentemente, la conducta estaría provista de una calificación normativa y no habría problema.

⁷⁵ La conducta en cuestión está «permitida», si se quiere decir así, pero solo en sentido débil, es decir, precisamente no prohibida. Cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action*, London, 1963, p. 86; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, «Permission and Permissive Norms», en W. Krawietz et al. (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger 65. Geburtstag*, Berlin, 1984. Hay quienes sostienen que, desde el punto de vista de los «súbditos», que una conducta esté permitida en sentido fuerte (es decir, expresamente calificada como permitida en el derecho vigente) o permitida en sentido débil (es decir, simplemente no prohibida) no comporta ninguna diferencia práctica. Ver por ejemplo D.T. Echave, M.E. Urquijo, R. Guibourg, *Lógica, proposición, y norma*, II ed., Buenos Aires, 1986, pp. 153 y ss. Esto, sin embargo, no es incondicionalmente verdadero más que desde el punto de vista sincrónico. Piénsese, para poner el ejemplo más obvio, en un ordenamiento en el que el comportamiento x esté calificado como permitido por una norma constitucional, y el comportamiento y no esté calificado en modo alguno por la constitución. Ambos comportamientos están, en el momento en que entra en vigor la constitución, «permitidos» (uno en sentido fuerte, el otro en sentido débil), pero: si la constitución es flexible, la calificación normativa de ambos comportamientos puede cambiar diacrónicamente por obra de la ley; por el contrario, si la constitución

Por tanto, allí donde la norma general excluyente *no* es derecho positivo vigente⁷⁶ —porque no está expresada en alguna disposición, ni se puede argumentar a partir de normas expresas—, una conducta que no está expresamente prohibida, ni tampoco expresamente permitida, está jurídicamente *incalificada*. Precisamente: es un caso de laguna⁷⁷.

8. INTERLUDIO: INCALIFICADO, PERO NO INDECIDIBLE

Supongamos que el actor, M. Poirot, que ama las peonías pero odia los geranios, pretende que el demandado, su vecina Miss Marple, se abstenga de cultivar geranios en el jardín de casa, si bien tal supuesto de hecho carece por completo de cualquier regulación, de modo que el comportamiento en cuestión no está ni prohibido ni expresamente consentido por norma alguna de ley (está incalificado, precisamente).

En estas circunstancias, el juez tiene no una sino dos⁷⁸ posibilidades:

(a) Puede claro rechazar la demanda del actor, con el argumento que la ley no prohíbe el cultivo de geranios en el jardín de casa y, por tanto, tal conducta debe considerarse permitida;

(b) Pero puede también estimar la demanda, por ejemplo con el argumento que el cultivo de geranios en el jardín de casa es similar (bajo un aspecto esencial) a otro comportamiento, este último sí prohibido por ley.

Con una decisión del segundo tipo, el juez evidentemente crea una norma nueva prohibitiva por vía de analogía: «Está prohibido cultivar geranios en el jardín de casa» (argumentando que: «El comportamiento x no está regulado por ley. El comportamiento x, sin embargo, es similar al comportamiento y, prohibido por ley. Por tanto, también el comportamiento x está prohibido»).

es rígida, solo la calificación normativa del comportamiento y puede cambiar en virtud de una ley futura, ya que el comportamiento x está protegido contra normas prohibitivas de rango legislativo. Cfr. también F. Poggi, *Norme permissive*, cit., cap. II y III; F. Poggi, «Sobre las normas permisivas», en *Revista de derecho* (Universidad católica de Temuco, Chile), 5, 2005: P. Navarro, «Normas permisivas y clausura de los sistemas jurídicos», cit.

⁷⁶ Es decir, en ordenamientos jurídicos no liberales y/o en sectores del derecho distintos del derecho penal.

⁷⁷ Normativa o axiológica, según los puntos de vista (cfr. arriba, § 5).

⁷⁸ Y solo dos, por otra parte.

¿Pero qué debemos pensar de una decisión del primer tipo? Tres son las respuestas posibles y que han sido expuestas en la literatura sobre la materia.

En primer lugar, se puede opinar que el juez se ha limitado a «deklarar» el derecho vigente⁷⁹, sin crear derecho nuevo: el derecho vigente, en efecto (oportunamente interpretado, se entiende), *no* prohíbe la conducta del demandado⁸⁰.

En segundo lugar, se puede opinar que, rechazando la demanda, el juez ha (tácitamente) creado y aplicado una nueva norma general permisiva: «Está permitido cultivar geranios en el jardín de casa»⁸¹; norma creada por él mismo *ex novo*, ya que no preexistía a la decisión (la conducta en cuestión, recuérdese, estaba por hipótesis incalificada).

En tercer lugar, se puede opinar que el juez ha pronunciado una sentencia «arbitraria» en tanto no fundada sobre norma preexistente alguna⁸².

9. EL ESPACIO JURÍDICAMENTE VACÍO

Una segunda doctrina funda el dogma de la completitud sobre el llamado argumento del «espacio jurídicamente vacío» (*rechtsleerer Raum*). Según esta doctrina, toda conducta que no esté jurídicamente calificada es, simplemente, jurídicamente indiferente⁸³.

El derecho —como ya hemos dicho— no regula todo posible comportamiento humano (o, desde otro punto de vista, todo posible supuesto de hecho). En la totalidad de los comportamientos humanos se pueden por tanto distinguir dos subconjuntos: el conjunto de los com-

⁷⁹ Es tesis de H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 276 y ss. Ver también A.G. Conte, «Décision, complétude, clôture», cit.

⁸⁰ Observa con agudeza A.G. Conte, «Décision, complétude, clôture», cit., pp. 82 y ss., que el juez, aseverando «El comportamiento x no está prohibido» (como fundamento al rechazo de la demanda), expresa no ya una norma, sino una proposición sobre la inexistencia de una norma. Ver cuanto hemos dicho al final del apartado anterior.

⁸¹ Es tesis de E. Bulygin, de quien ver, entre otros: «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto» (1967), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987; «Creación y aplicación del derecho», en F. Atria et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid, 2005.

⁸² Es tesis de U. Schmill, «Supuestos de algunas teorías de las lagunas», en J. Ruiz Manero, U. Schmill, *El juez y las lagunas del derecho*, México, 2007.

⁸³ Ver también K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 371 y ss.; S. Romano, «Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale», cit. A este punto de vista se puede asimilar la doctrina de la norma general (no ya excluyente, sino «negativa» de E. Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.

portamientos regulados y el conjunto de los comportamientos no regulados por el derecho. Respectivamente: el «espacio» lleno de derecho y el «espacio» vacío de derecho.

Ahora bien, al interior del espacio lleno de derecho, evidentemente, no hay lagunas, ya que, por definición, todo comportamiento está jurídicamente calificado. Pero tampoco fuera de este espacio hay lagunas «del derecho»: por la buena razón que, allí, no hay tampoco derecho. En este sentido, más allá del área de los comportamientos positivamente regulados no queda sino un espacio jurídicamente «vacío», «deónticamente neutro»: ⁸⁴ en síntesis, un conjunto de comportamientos que el derecho no toma en absoluto en consideración y que, por tanto, son para el derecho irrelevantes o indiferentes.

Como puede verse, esta doctrina antes que «resolver» el problema de las lagunas, más bien —se puede decir— lo «disuelve»⁸⁵. En rigor, dicha teoría sostiene no ya que el derecho sea completo, sino solo que el derecho es un conjunto de normas «finito», es decir, limitado, en sí mismo cerrado: lo cual es algo distinto y absolutamente verdadero⁸⁶.

⁸⁴ La expresión es de A.G. Conte, «Completezza», en *Digesto*, IV ed. (Discipline civilistiche), Torino, 1988.

⁸⁵ Según la doctrina de la norma general excluyente, todo lo que no está regulado por normas particulares (no es jurídicamente indiferente, sino que) está regulado precisamente por la norma general excluyente. Por el contrario, según la doctrina del espacio vacío de derecho, todo lo que no entra bajo el dominio de normas jurídicas positivas es jurídicamente indiferente. La primera doctrina sostiene que el derecho es completo; la segunda sostiene más bien que el derecho es limitado.

⁸⁶ De manera no muy distinta a lo que sucede con la doctrina de la norma general excluyente, también la doctrina en examen tiene notables implicaciones tanto en el plano de las fuentes como en el plano de la aplicación. (i) En lo que concierne a la aplicación del derecho, también esta doctrina se resuelve en una política *de sententia ferenda* del todo análoga a la de la doctrina precedente: se encomienda al juez rechazar la demanda del actor siempre que esta no esté fundada en una norma específica que imponga una obligación al demandado. (ii) En lo que concierne a las fuentes, en cambio, la doctrina del espacio vacío de derecho implica que todo lo que no está prohibido por una determinada fuente (por ejemplo, por la ley) es, para esa misma fuente, indiferente: por lo que puede legítimamente ser prohibido por una fuente inferior (por ejemplo, por un reglamento del ejecutivo). Las dos doctrinas tienen por tanto implicaciones bastante distintas en relación con la doctrina de las fuentes. Según la doctrina de la norma general excluyente, el derecho es completo en el sentido que todo posible comportamiento está regulado por la ley, por lo que no hay lagunas que puedan ser legítimamente colmadas por fuentes subordinadas a la ley (como los reglamentos del poder ejecutivo): una norma reglamentaria que calificase como prohibido un comportamiento no expresamente regulado por la ley, contrastaría con el principio de libertad y, por tanto, sería ilegítima. Por el contrario, según la doctrina del espacio jurídicamente vacío, el derecho es no ya completo, sino solamente «finito», limitado, por lo que más allá de la ley queda un área de comportamientos que pueden ser libremente regulados por fuentes subordinadas a la ley (sin violar la ley misma).

La doctrina del espacio vacío de derecho se rige por un doble presupuesto:

- (a) Por un lado, el presupuesto que «en la naturaleza» —es decir, en ausencia de normas jurídicas positivas— los hombres son libres, en el sentido que al no ser obligatorio ningún comportamiento (en virtud de una norma positiva), todos los comportamientos están permitidos⁸⁷;
- (b) Por otro lado, el presupuesto que el derecho positivo es un conjunto de órdenes, es decir, de normas imperativas, que imponen obligaciones (de hacer o de omitir)⁸⁸.

Se sigue, por un lado, que toda nueva norma jurídica positiva quita a los hombres una parte de su libertad natural (prejurídica, antecedente a la legislación positiva). Pero se sigue también, por otro lado, que más allá del ordenamiento jurídico positivo queda siempre, en cualquier caso, una zona de libertad natural incompresible. Precisamente: todo lo que no está expresamente prohibido por el derecho (positivo) se ubica en el ámbito de la libertad natural prejurídica y queda por tanto permitido (en sentido débil, naturalmente)⁸⁹.

⁸⁷ «Permitido» en sentido débil, evidentemente.

⁸⁸ Este punto de vista se remonta a Th. Hobbes (*De cive*, 1647; *Leviathan*, 1951) y a S. von Pufendorf (*De officio hominis et civis*, 1673).

⁸⁹ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 106 y ss. (con referencia a Pufendorf).

III

NORMAS IMPLÍCITAS¹

1. PRODUCCIÓN DE NORMAS POR MEDIO DE NORMAS

En la mayor parte de los casos, lo que en su momento he llamado interpretación creadora consiste en «construir» —a partir de normas explícitas, es decir, expresamente formuladas por la autoridad normativa— normas implícitas: es decir, normas que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca. En otras palabras, la interpretación creadora tiende inevitablemente a difuminarse en la construcción jurídica².

Una norma implícita no puede referirse a texto normativo alguno como su significado. Se extrae, en general, de una o más normas explícitas (formuladas) mediante un razonamiento. Un razonamiento es una secuencia de enunciados, dentro de la cual (al menos) un enunciado desempeña la función de tesis o conclusión, y los restantes desempeñan la función de premisas o argumentos en favor de dicha tesis o conclusión.

¹ Utilizaré esta expresión para referirme no solo a normas «implícitas» en sentido estricto (es decir, en sentido lógico: normas derivables deductivamente de normas expresas), sino, más en general, a normas no expresadas —es decir, no formuladas por ninguna autoridad normativa— de cualquier tipo.

² El título de este apartado retoma el título de un viejo trabajo mío (R. Guastini, «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986), el cual a su vez se hace eco del clásico trabajo de P. Sraffa, *Production of Commodities by Means of Commodities. Prelude to a Critique to Economic Theory*, Cambridge, 1960 (ed. it. *Produzione di merci a mezzo di merci. Premesse a una critica della teoria economica*, Einaudi, Torino, 1960).

Pues bien, los razonamientos mediante los cuales los juristas elaboran una norma implícita presentan la siguiente estructura: por lo general (pero no siempre, como veremos) una o más normas explícitas constituyen *premisas* del razonamiento, mientras la norma implícita constituye su *conclusión*³.

Sin embargo, si toda norma implícita es fruto de un razonamiento, es necesario distinguir al menos tres tipos de razonamientos cuya conclusión es una norma implícita⁴.

(1) En primer lugar, hay normas implícitas que se extraen a partir de normas explícitas mediante razonamientos lógicamente válidos (es decir, deductivos⁵), en los que no aparecen premisas que no sean normas explícitas.

Por ejemplo, dada una norma explícita N1 que establece «Los mayores de edad tienen derecho al voto», y otra norma explícita N2 que

³ Las normas implícitas son normas «dependientes» o «derivadas» y, más precisamente, *derivadas estáticamente* de otras normas. Me explico. Son normas supremas, originarias o independientes de un ordenamiento aquellas de su primera constitución histórica, fruto del ejercicio del poder constituyente (un poder originario, *extra ordinem*). Son normas dependientes o derivadas todas las restantes. Las normas originarias carecen de cualquier fundamento jurídico. Las normas derivadas, al contrario, encuentran fundamento en otras normas preexistentes. Que una norma dé «fundamento» a otra norma y que por tanto esta «derive» de aquella, puede decirse sin embargo en dos sentidos distintos: el primero alude a la *dinámica* del ordenamiento (es decir, a los procesos de producción del derecho) y a las normas explícitas o *formuladas*, el segundo alude a la *estática* del ordenamiento (es decir, al ordenamiento tal cual es en un momento dado de su existencia histórica) y a las normas *implícitas*. (1) Una norma de competencia N1 da fundamento «dinámico» a otra norma N2, siempre que N2 haya sido creada por una autoridad normativa A instituida por N1. (2) Una norma N1 da fundamento «estático» a otra norma N2, siempre que N2 se pueda derivar de N1 con instrumentos lógicos o argumentativos, en los modos que nos aprestamos a analizar. Las normas que encuentran fundamento estático en otras normas son precisamente normas implícitas, cuya formulación se debe no a una u otra autoridad normativa, sino a los intérpretes (doctrina y/o jurisprudencia). Ver R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, pp. 417 y s., 425 y ss.

⁴ A los tres tipos de normas implícitas (y de razonamientos respectivos), a los que ahora nos referiremos, hay que agregar los principios implícitos, a los que nos referiremos más adelante. Por lo pronto, los principios implícitos se construyen con un razonamiento de tipo distinto de los aquí examinados, y precisamente avanzando conjeturas alrededor de los fines o valores de la autoridad normativa («El legislador ha dictado la norma N porque quería perseguir el fin S y/o realizar el valor V»). Los principios implícitos son por tanto normas teleológicas, de fin («Se debe perseguir el fin S y/o realizar el valor V»), que dan justificación axiológica a las normas formuladas, a partir de las cuales son construidos.

⁵ Deductivo es un razonamiento en el que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas. Volveremos sobre este punto al hablar del razonamiento jurídico.

establece «Las personas de dieciocho años son mayores de edad», se puede inferir deductivamente, sin agregar ulteriores premisas, la norma implícita N3: «Las personas de dieciocho años tienen derecho al voto»⁶. Dada una norma que establece «Los actos presidenciales con fuerza de ley son refrendados por el Presidente del Consejo», y una norma que atribuye fuerza de ley a los decretos-leyes, es fácil concluir deductivamente, sin que hagan falta ulteriores premisas, que los decretos-leyes son refrendados por el Presidente del Consejo. Y también: dada una norma que establece que la solicitud por escrito de cumplimiento de la obligación constituye en mora al deudor, y una norma en virtud de la cual la declaración de mora del deudor interrumpe la prescripción, se puede deductivamente inferir que la solicitud de cumplimiento por escrito interrumpe la prescripción⁷.

Las normas implícitas de este tipo casi carecen de interés en el presente contexto, ya que, si bien no formuladas por autoridad normativa alguna, están *lógicamente implícitas* en normas explícitas (repito: sin agregar ulteriores premisas). La formulación de tales normas, por parte de los juristas, es fruto de una operación puramente cognitiva.

(2) En segundo lugar, hay normas implícitas que se extraen, de manera más o menos convincente, a partir de normas explícitas según esquemas de razonamiento no deductivos, lógicamente inválidos⁸ (por ejemplo, un entimema, el argumento analógico, el argumento *a contrario* en alguna de sus variantes, etc.⁹).

Un ejemplo: cierta disposición normativa confiere un derecho (por ejemplo el art. 48, apartado 1, Constitución italiana) o impone una obligación (por ejemplo el art. 52, apartado 2, Constitución italiana) a los «ciudadanos»; argumentando *a contrario*, se puede sostener que la disposición en cuestión —dado que confiere un derecho o impone una obligación a los ciudadanos; sin mencionar a los no ciudadanos— ex-

⁶ O también, dada una norma (N1) que establece «Es obligatorio *p*» y una segunda norma (N2) que establece «Es obligatorio *q*», se puede inferir deductivamente la norma (N3): «Es obligatorio *p* y *q*».

⁷ Ver lo que diremos en relación con la «combinación de disposiciones (*combinato disposto*)» en el capítulo dedicado a la argumentación de las decisiones interpretativas.

⁸ F.J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, p. 213: «pudiera llamarse derecho implícito a normas y reglas obtenidas argumentativamente a partir del derecho explícito mediante razonamientos aceptables» que no poseen «la fuerza de la argumentación deductiva»; la relación de las normas implícitas con aquellas explícitas es una relación de «*coherence*» (cohesión, congruencia).

⁹ Sobre argumento analógico y argumento *a contrario* hablaremos en un capítulo sucesivo.

cluye positivamente, de esta manera, a los extranjeros y a los apátridas de la titularidad de tal derecho o de la sujeción a tal obligación; es decir, la constitución contiene, presupone o implica, también la norma implícita según la cual extranjeros y apátridas no son titulares del derecho o no están sujetos a la obligación en cuestión¹⁰.

O también: una disposición de ley garantiza un beneficio fiscal a las «grandes empresas»; argumentando *a simili* se puede sostener que, a la luz de una presunta *ratio legis* (por ejemplo, favorecer el desarrollo de la producción en un período de estancamiento económico), las grandes empresas son esencialmente «similares» a las pequeñas empresas, por lo que la disposición en cuestión presupone la norma ulterior que extiende el beneficio fiscal también a las pequeñas empresas.

En ambos casos (argumento *a contrariis*, argumento *a simili*) una nueva norma implícita termina agregándose al ordenamiento.

(3) En tercer lugar, hay normas implícitas que se derivan (mediante razonamientos válidos o inválidos, aquí poco importa) o

(a) de una conjunción de normas explícitas (o, a su vez, implícitas) y de asunciones dogmáticas, o bien

(b) directamente solo de asunciones dogmáticas.

Son asunciones dogmáticas todas las tesis «teóricas» construidas por los juristas (o por los jueces) previamente e independientemente de la interpretación de cualquier enunciado normativo específico¹¹: por ejemplo, la «teoría general» del gobierno parlamentario, la «teoría» de las relaciones entre derecho estatal y derecho de la Unión Europea, la «teoría general» del delito, la «teoría general» del negocio jurídico, la «teoría» de la responsabilidad civil, la «teoría» de la propiedad, y tantas otras.

Es fácil procurar ejemplos, porque la construcción de normas implícitas de este tipo es un fenómeno muy arraigado en la doctrina o dogmática jurídica (como también en la jurisprudencia, claro está): más aún, es el núcleo mismo del trabajo doctrinal o dogmático.

¹⁰ Así razona, por ejemplo, quien interpreta el art. 48, apartado 1, Constitución italiana, en el sentido que el derecho de voto no puede ser extendido a los inmigrantes. De manera opuesta razona el Tribunal Constitucional italiano 172/1999 al interpretar el art. 52, apartado 2, Constitución italiana: «debe entenderse que existe un espacio vacío de derecho constitucional en el cual el legislador puede hacer uso del propio poder discrecional al apreciar razones que induzcan a extender el círculo de los sujetos llamados a la prestación del servicio militar».

¹¹ A menudo, e intencionadamente, tales asunciones dogmáticas asumen la forma de una tesis acerca de la «naturaleza» de una u otra «institución».

2. NORMAS IMPLÍCITAS Y DOGMÁTICA: ALGUNOS EJEMPLOS

Primer ejemplo: una norma constitucional explícita establece que no se admite la reforma de la «forma republicana» de Estado (art. 139 Constitución italiana). Quienes consideran que no hay república (ordenamiento en el que el jefe de Estado es electivo y temporal) sin democracia (ordenamiento en el que la soberanía pertenece al pueblo) concluyen que existe una norma constitucional implícita según la cual no se admite la reforma de la forma democrática de Estado, es decir, de las normas que concretan el principio de soberanía popular (típicamente: las normas que determinan el carácter electivo del órgano legislativo, aunque no solo estas). Como puede verse, este tipo de razonamiento exhibe dos premisas: una es la norma constitucional explícita (prohibición de reforma de la forma republicana), la otra es una tesis dogmática (o, si se quiere, filosófico-política) en torno a las relaciones conceptuales entre república y democracia.

Segundo ejemplo: la Constitución italiana vigente ha modelado un «gobierno parlamentario», ya que el Ejecutivo está sujeto a la confianza de las Cámaras y, frente a un voto de desconfianza, tiene la obligación de presentar la dimisión (art. 94 Constitución italiana). Así, los constitucionalistas italianos (de forma más o menos unánime sobre este punto) consideran que, a la luz de una supuesta «teoría general» del gobierno parlamentario, el Presidente de la República no es el jefe del Ejecutivo, sino que más bien es un poder «neutro» (políticamente neutral), cuya sola función es «garantizar» la constitución, es decir, asegurar el normal funcionamiento del proceso político-constitucional. Seméjante asunción «teórica» es rica en consecuencias normativas. Por ejemplo: al Presidente se le confiere el poder de veto (suspensivo) sobre las leyes; el Presidente, sin embargo, no puede ejercer tal poder por razones políticas, ya que la función del poder de veto es consentir al Presidente ejercer un control *a priori* (distinto del control *a posteriori* ejercido por el Tribunal Constitucional) sobre la constitucionalidad de las leyes; en particular, el Presidente puede usar este poder solo contra leyes cuya inconstitucionalidad sea evidente. Y también: los actos del Ejecutivo, si bien sujetos a deliberación sobre su contenido en el Consejo de ministros, son dictados por el Presidente, es decir, que son, en sentido estricto, actos (no gubernativos, sino) presidenciales; el Presidente, sin embargo, no puede oponerse a dictarlos sino cuando se trate de actos claramente inconstitucionales. Y así podríamos seguir. En otras palabras, la «teoría general» del gobierno parlamentario consiente a los juristas agregar a las normas constitucionales explícitas una

gran cantidad de normas implícitas, que limitan de variadas maneras los poderes presidenciales¹².

Tercer ejemplo: según la teoría constitucional «clásica» de la Ilustración, la función de toda constitución es limitar el poder político¹³; este punto de vista va acompañado de la idea (aunque no la implique lógicamente) de que las normas constitucionales están dirigidas (solo) a los órganos supremos del Estado y no están sujetas en modo alguno a la aplicación jurisdiccional. Hoy en día, al contrario, muchos constitucionalistas piensan que es función de la constitución (también o incluso esencialmente) modelar las relaciones sociales entre los ciudadanos¹⁴; de esta opinión —puramente «teórica» (o, si se quiere, filosófico-política)— extraen la conclusión que las normas constitucionales deben ser aplicadas directamente por cualquier juez en cualquier controversia (lo que se llama «Drittwirkung» en la doctrina alemana)¹⁵.

Cuarto ejemplo: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea asume, por un lado, que el derecho comunitario (o, mejor, de la Unión Europea) y el derecho de los Estados miembros constituyen un ordenamiento jurídico único y, por otro lado, que las normas comunitarias son superiores a las normas internas de los Estados miembros. De aquí el Tribunal saca la conclusión que la legislación estatal es inválida (o en cualquier caso no aplicable) cuando resulta incompatible con el derecho comunitario¹⁶.

¹² Ver R. Guastini, «Teoria e ideologia della funzione presidenziale», en *Ragion pratica*, 31, 2008.

¹³ Recuérdese el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

¹⁴ G. Bogneri, «Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali», en *Associazione italiana dei costituzionalisti, Anuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004.

¹⁵ Ver por ejemplo G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 15 de julio 1964, causa 6/64, *Costa*: «A diferencia de los normales tratados internacionales, el Tratado CEE ha establecido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, [...] que los jueces nacionales deben aplicar. [...] La integración en el derecho de cada Estado miembro de normas que emanan de fuentes comunitarias y, más en general, el espíritu y los términos del Tratado tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado con la condición de reciprocidad, una disposición unilateral posterior, la cual por tanto no puede ser incompatible con el ordenamiento comunitario. Surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del Tratado no podría, en razón precisamente de su naturaleza específica, encontrar un límite en ninguna disposición interna sin perder el propio carácter comunitario y sin que resultase sacudido el fundamento jurídico de la misma Comunidad. La transferencia, efectuada por los Estados a favor del ordenamiento jurí-

Quinto ejemplo: el Tribunal Constitucional italiano asume, al contrario, que el ordenamiento comunitario y los ordenamientos internos de los Estados miembros constituyen «sistemas autónomos y distintos, aunque coordinados»¹⁷. Y saca la conclusión que la regulación comunitaria «no puede derogar, modificar o derrotar las normas nacionales en conflicto, ni invalidar su contenido»¹⁸.

Sexto ejemplo: el Tribunal Constitucional italiano asume que el instituto de la gracia (art. 87, penúltimo apartado, Constitución italiana) hoy en día no responde ya a fines de política penitenciaria, sino en cambio a una finalidad esencialmente humanitaria. Y extrae la consecuencia que el poder de gracia tiene naturaleza estrictamente presidencial, por lo que el ministro competente tiene la obligación de refrendar.¹⁹

3. TRES TIPOS DE NORMAS IMPLÍCITAS

Tenemos por tanto tres tipos de normas implícitas²⁰.

Las normas implícitas del primer tipo pueden ser consideradas implícitas en sentido estricto (es decir, en sentido lógico) y, por tanto, por así decirlo, «positivas», si bien no formuladas. Estas normas son fruto de actividad genuinamente cognitiva.

Por el contrario, las normas implícitas de los tipos restantes son fruto de actividad (más o menos marcadamente) «nomopoiética», es decir, que crean normas (nuevas).

En general, la formulación de normas implícitas está dirigida a colmar lagunas²¹. Pero, como se ha visto, las lagunas —o al menos la enorme mayoría de estas— son lagunas axiológicas: construidas por los mismos intérpretes precisamente con el fin de colmarlas.

La elaboración de normas implícitas es una suerte de legislación «apócrifa» de los intérpretes. Y, de hecho, esta constituye la parte cuantitativamente mayor y más significativa del trabajo doctrinal o

dico comunitario, de los derechos y de las obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado implica por tanto una limitación definitiva de sus poderes soberanos». Cfr. también Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

¹⁷ Tribunal Constitucional italiano 183/1973.

¹⁸ Tribunal Constitucional italiano 170/1984.

¹⁹ Tribunal Constitucional italiano 200/2006.

²⁰ Aunque una distinción más analítica y articulada se encuentra en G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, pp. 319 y ss.

²¹ Así como, según señalaremos, a concretar principios.

dogmático. Esto es especialmente verdadero cuando se trata de interpretación constitucional o, más bien, de «construcción» constitucional: volveremos sobre este punto al discurrir sobre la aplicación de principios constitucionales.

4. LÁBILES CONFINES

La línea de demarcación entre la mera interpretación, entendida en sentido estricto (atribución de significado a un texto), y la construcción jurídica es lábil. En algunos casos se puede discutir si una determinada tesis doctrinal o jurisprudencial es fruto de simple interpretación o lo es en cambio de genuina construcción.²² Sin embargo, en muchos otros casos la diferencia es lo suficientemente clara como para resultar palpable.

Tómense los siguientes ejemplos, que se encuentran en la jurisprudencia constitucional:

(a) Según el Tribunal Constitucional italiano, conforme lo dispuesto por el art. 134 Constitución italiana, los reglamentos parlamentarios no están sujetos al control de constitucionalidad, desde el momento que no entran en la clase de los «actos, con fuerza de ley, del Estado» (y agrega el Tribunal que tampoco pueden ser reconducidos a esta clase «en vía interpretativa»)²³.

(b) Según el Tribunal Constitucional italiano, la expresión «diseños de ley [...] en materia [...] electoral», a que se refiere el art. 72, apartado 4, Constitución italiana, no se extiende a las leyes en «materia de referéndum»²⁴.

²² Tómese este ejemplo. El art. 43 Constitución italiana establece: «Para fines de utilidad general la ley puede reservar originariamente o transferir, mediante expropiación y con indemnización, al Estado, a entes públicos o a una comunidad de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas [...]». Según el Tribunal Constitucional italiano, sin embargo, «el art. 43 establece que *solo* con fines de utilidad general la ley puede [...]» (Tribunal Constitucional italiano 226/1974; la cursiva es mía). Ahora bien, se puede entender que el Tribunal haya hecho simplemente una interpretación restrictiva de la disposición en examen, pero también (más plausiblemente) que de esta haya extraído, a *contrario*, una norma implícita: «Si *no* se dan fines de utilidad general, la ley *no* puede...»).

²³ Tribunal Constitucional italiano 154/1985. Lo que el Tribunal quiere decir, cuando agrega que los reglamentos parlamentarios no pueden ser «reconducidos [al supuesto de hecho del art. 134] en vía interpretativa», es que no es admisible construir una norma implícita en tal sentido.

²⁴ Tribunal Constitucional italiano 161/1995.

Resulta bastante claro que, en estos casos, el Tribunal se limita a interpretar (al pie de la letra, por otra parte²⁵) algunas disposiciones constitucionales.

Pero léanse en cambio estos pasajes de una famosa sentencia en materia de límites al referéndum para la derogación:

(c) «La textual indicación de las causas de inadmisibilidad [del referéndum], contenida en el apartado segundo del art. 75» [«leyes tributarias y de presupuesto, de amnistía y de indulto, de autorización para ratificar tratados internacionales»] —dice el Tribunal Constitucional italiano— no es «rigurosamente taxativa». Al contrario, tal disposición «presupone una serie de causas *implícitas*, que se deben extraer previamente del conjunto del ordenamiento constitucional del referéndum para la derogación», así como de las características «esenciales y necesarias» de la institución²⁶. Por lo tanto, «este Tribunal considera que existen en efecto valores de orden constitucional, que se refieren a la estructura o temas de las solicitudes de referéndum, que hay que tutelar excluyendo los respectivos referéndum, *más allá de la letra* del art. 75, apartado segundo, Const.»²⁷.

Es bastante evidente que el Tribunal, en este caso, no se limita a atribuir significado —incluso un significado «más allá de la letra»— al art. 75, apartado 2, Constitución italiana, sino que construye, según él mismo admite, una serie de normas implícitas (las «causas implícitas» de inadmisibilidad²⁸) que limitan el posible objeto del referéndum para la derogación mucho más allá de lo expresamente previsto por la constitución.

O incluso: piénsese en la jurisprudencia constitucional en materia de irretroactividad de las leyes no penales.

(d) Según el Tribunal Constitucional italiano, el art. 25, apartado 2, Constitución italiana, que establece la prohibición de leyes penales retroactivas («Nadie puede ser sancionado sino según lo dispuesto

²⁵ No hay duda de que, según el uso común del lenguaje, los reglamentos parlamentarios son actos de un órgano (la Cámara o el Senado, y no el Estado), y que las elecciones son algo distinto del referéndum.

²⁶ Es decir, de características que el referéndum posee de forma antecedente y de manera completamente independiente de su regulación constitucional positiva, casi como si el referéndum tuviese sus propias características... «por naturaleza», es decir, según el «derecho natural».

²⁷ Tribunal Constitucional italiano 16/1978 (cursivas mías).

²⁸ No se preste atención al analfabetismo conceptual del redactor de la sentencia: este dice «causas», pero se refiere a «razones».

por una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido»), «se refiere *solamente* al ámbito penal»²⁹.

Esto no es impugnabile, ya que la disposición en examen menciona solo la ley penal. Pero de esta premisa el Tribunal extrae, *a contrario*, la norma implícita según la cual son en cambio constitucionalmente admisibles leyes no penales retroactivas³⁰.

²⁹ Tribunal Constitucional italiano 9/1959 (cursiva mía).

³⁰ Tribunal Constitucional italiano 118/1957. De este modo, el Tribunal usa el argumento *a contrario* en su variante nomopoiética (volveremos sobre este punto a su debido tiempo). Es inútil decir que el Tribunal bien podría usar, en cambio, el argumento *a simili*, para concluir (otra vez «nomopoiéticamente»), que el principio de irretroactividad vale también más allá del ámbito penal. Habría buenos argumentos, por ejemplo, para atribuir al principio de irretroactividad la misma extensión que tenía la prohibición de analogía en el código civil italiano (liberal) de 1865, donde el art. 4 de las disposiciones preliminares prohibía aplicar analógicamente no solo las leyes penales, sino «todas las leyes que restringen el libre ejercicio de los derechos».

IV

JERARQUÍAS NORMATIVAS

1. TRES TIPOS DE RELACIONES JERÁRQUICAS

En general se considera que todo ordenamiento jurídico —o al menos todo ordenamiento moderno— tiene una estructura jerárquica: es decir, que las normas que lo componen no están todas en el mismo plano, sino que están jerárquicamente ordenadas. ¿Pero en qué sentido exactamente? Hay que distinguir¹.

(1) *Jerarquías estructurales o formales*, es decir, que se refieren no al contenido de las normas sino a la estructura (dinámica) del ordenamiento:² son aquellas que median entre las normas sobre la producción jurídica³ y las normas cuya producción es regulada por ellas⁴.

¹ Cfr. R. Guastini, «Gerarchie normative», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, pp. 463 y ss. En la literatura reciente: G.U. Rescigno, «Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme», en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. IV, pp. 2821 y ss.; J. Ferrer Beltrán, J.L. Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2011, cap. III.

² Es este el único tipo de relación jerárquica identificado por Kelsen: cfr. por ejemplo H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), México, 1979, capítulo V. La relación entre normas sobre la producción jurídica y normas producidas de acuerdo con aquellas, es a menudo erróneamente considerada una relación lógica (o lingüística): ese tipo de relación que se establece entre dos niveles del lenguaje (un meta-lenguaje y su lenguaje-objeto). Volveremos sobre este punto en seguida. Ver H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 92; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 180 ss.; N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 235.

³ Esta expresión denota las normas que confieren competencias normativas (ejemplo, art. 70 Constitución italiana) y regulan los modos de su ejercicio (ejemplo, art. 72 Constitución italiana).

⁴ Estas y aquellas —nótese— emanan de dos poderes normativos distintos, uno de los cuales extrae su fuente de legitimidad del otro.