

Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA

San Sebastián

1. INTRODUCCION

1.1. Introducción

La completitud, junto a la coherencia, la independencia y la claridad semántico-sintáctica, se ha considerado una de las exigencias básicas del derecho en cuanto que éste debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad interna. Sin embargo, no son pocas las voces que nos advierten contra las distintas imperfecciones lógicas de los textos legales. Ningún jurista puede negar a estas alturas del análisis lógico de los textos jurídicos —señala Sánchez-Mazas— que las distintas imperfecciones lógicas de los repetidos textos, que los hacen, en mayor o menor medida, inciertos o ineficaces se hallan presentes en todos los Códigos del mundo y cada vez son detectadas con mayor precisión, incluso antes de la generalización de los ordenadores en esta esfera, mediante la aplicación sistemática de los poderosos recursos de análisis de la lógica formal moderna y los lenguajes jurídicos normalizados en función de las exigencias de rigor y de las leyes de aquella (1).

Las páginas que siguen tienen como objeto el análisis de algunas de las cuestiones que presenta la problemática de la incompletitud de los ordenamientos jurídicos. En primer lugar trataremos de exponer, a la vez que someter a crítica, las teorías que han sido soporte de la tesis según la cual el derecho es un orden completo, para lo cual tomaremos en consideración no sólo las teorías que podíamos denominar clásicas (del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva), sino también otras dos: una de base lógica y otra que toma como fundamento la prohibición (contenida en los ordenamien-

(1) SÁNCHEZ-MAZAS, M., 1984, p. 66.

tos jurídicos) de denegación de justicia. En un segundo momento examinaremos dos tipos de lagunas: las normativas y las técnicas, a fin de mostrar el distinto carácter que la problemática de las lagunas adquiere en cada uno de ellos.

1.2. Ambigüedad del término laguna

El término laguna referido al terreno jurídico sugiere la idea de ausencia o falta de previsión normativa. Ahora bien, la reiterada utilización de dicho vocablo en la literatura jurídica hace que el mismo albergue una diversidad de significados difícilmente reconducibles a un denominador común más allá del mencionado. Es por esto que consideramos necesario comenzar la cuestión que nos ocupa con unas distinciones conceptuales, a la vez que indicando que el problema de la definición constituye una base necesaria, aunque no suficiente, para una posible respuesta a la pregunta relativa a la existencia de tales o cuales lagunas en tal o cual sistema normativo (2).

Vamos a prescindir aquí de los múltiples criterios clasificatorios con los que la doctrina ha intentado agrupar los distintos tipos de laguna (3), limitándonos a señalar los principales sentidos que el término laguna adopta en el terreno jurídico y que podemos cifrar en los siguientes: laguna del derecho y de la ley, laguna axiológica, laguna técnica y laguna normativa (4).

1.2.1. La doctrina recurre frecuentemente al concepto de «laguna del derecho» por contraposición a «laguna de la ley», y lo hace más que por razones conceptuales para justificar el aserto según el cual el derecho carece de lagunas, pero la ley puede tenerlas. Así, mientras que las lagunas de la ley van referidas a la falta de una norma legislativa o consuetudinaria, la expresión laguna del derecho aparece como una *contradictio in terminis*, pues el término derecho significa ordenamiento jurídico y denota aquel complejo de reglas a las que el juez puede (o debe) recurrir para decidir una determinada controversia (5).

(2) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 169.

(3) Diferentes clasificaciones pueden verse en FOURIERS, P., 1968, pp. 23-25; HUBERLANT, Ch., 1968, pp. 40-41; KLUG, U., 1968, pp. 85-89; LOMBARDI, L., 1981, pp. 31-36; CONTE, A. G., 1962, pp. 40-50, y 1968, pp. 67-73; BOBBIO, N., 1960, pp. 162-165, y 1965, p. 421.

(4) Excluimos del concepto de laguna las que Lombardi denomina lagunas intrasistémicas que se refieren a todo tipo de indeterminación, ya de procedencia lingüística (derivada de la imprecisión del lenguaje legislativo) ya proveniente de una contradicción normativa o por una ausencia de norma aplicable; cfr. LOMBARDI, L., 1981, p. 32.

Tampoco tomamos en consideración las denominadas lagunas lógicas o de conflicto, términos con los que Conte y Klug se refieren respectivamente a la existencia de normas incompatibles o antinómicas. CONTE, A. G., 1962, p. 44, y KLUG, U., 1968, p. 89.

(5) BOBBIO, N., 1965, p. 419.

De esta forma, no son pocos los autores que sostienen que mientras la ley aislada puede tener lagunas el derecho no, puesto que —afirman— siempre deberá encontrarse una decisión y como esta procede directamente del derecho y éste debe existir en alguna parte, no hay entonces por qué hablar de lagunas (6).

1.2.2. Se denomina laguna técnica a la situación que se produce cuando el legislador establece una norma general sin regular su expresión directa a través del desarrollo legislativo. Conte la define como «ausencia de una norma cuya validez es la condición de eficacia de otra» (7). Este tipo de laguna coincide en buena medida con lo que la doctrina jurídica denominó lagunas *intra legem* (8).

Como caso particular de laguna técnica pueden señalarse las lagunas por remisión que tienen lugar cuando la regulación de una materia o de un aspecto de la misma se remite a otro sector del ordenamiento y en éste no se establece nada al respecto (9).

1.2.3. El concepto de laguna normativa ha sido desarrollado por los argentinos Alchourrón y Bulygin. Por el momento nos limitaremos a señalar que el concepto de laguna normativa se define en función del de completitud normativa; éste es un concepto relacional definido a su vez en términos de tres elementos: universo de casos, universo de soluciones maximales y sistema normativo (10). Este concepto (aunque no totalmente equivalente) es similar a lo que Conte denomina laguna crítica (11).

1.2.4. Se denomina laguna axiológica a la situación que surge cuando existe una norma aplicable, pero la solución que de la misma se desprende se considera injusta (12). En ocasiones se emplea esta

(6) Cfr. ZITELMANN, E., 1922, p. 544. Cfr. también LEGAZ LACAMBRA, L., 1979, p. 507. Puede verse críticas a esta distinción en COSSIO, C., 1947, pp. 45-48, y KELSEN, H., 1981, pp. 138-145.

(7) CONTE, A. G., 1962, p. 43.

(8) Sobre este tipo de lagunas, cfr. PERELMAN, Ch., 1979, p. 69; BOBBIO, N., 1960, p. 165; KLUG, U., 1968, p. 89, y CANARIS, C. N., 1968, p. 168.

(9) Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L., 1975, pp. 75-77.

(10) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, pp. 37-38, 48-49 y 58.

(11) CONTE, A. G., 1968, p. 172.

A las lagunas diacríticas se refería ya Solmò bajo la denominación de lagunas absolutas, definiéndolas como aquellas situaciones en que las reglas jurídicas vigentes no hacen posible de ninguna manera la solución legítima de la cuestión y no se dispone de un tribunal que pueda llenar la laguna. SOLMO, P.: *Juristische Grundlehre*, 1917, pp. 370 y ss., y *Die Anwendung des Rechts*, en «Grünhuts Zeitschrift», XXXVIII, 1911, pp. 55 y ss., cit. por MOOR, G., 1941, p. 323. CONTE, A. G., 1962, p. 37; Aquí denomina a este tipo de laguna laguna ontológica. Sin embargo, pocos años más tarde, en 1968 p. 71, considera la expresión «lagunas ontológicas» como género dentro del que distingue las dos especies antes señaladas: lagunas críticas y lagunas diacríticas, correspondiendo las primeras a las lagunas ontológicas.

(12) Cfr. KLUG, U., 1968, pp. 86-87; BOBBIO, N., 1960, p. 158; HUBERLANT, Ch., 1968, p. 41. Sobre la diferencia entre lagunas axiológicas y normativas y, en particular,

expresión en un sentido estricto restringiendo la misma a aquellos casos en los que la solución resulta inadecuada porque el legislador no ha tenido en cuenta una propiedad que de haberla considerado le hubiera llevado a establecer una solución diferente (13). A este tipo de laguna se refiere Moor cuando dice que el concepto habitual de laguna jurídica significa no la falta de una regla jurídica sino la idoneidad del derecho vigente, tanto que se suele hablar de lagunas jurídicas no sólo cuando el derecho no regula alguna cuestión que hubiera debido regular según un recto criterio de política jurídica, sino también cuando, si bien regula la cuestión, no lo hace como hubiera debido (14).

Puesta así de manifiesto la multivocidad del término en cuestión, nosotros nos limitaremos al análisis de dos tipos de lagunas: las normativas y las técnicas.

2. TEORIAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE LAGUNAS

En este apartado expondremos las teorías que, ya desde la perspectiva iusfilosófica, ya desde la lógica, han intentado fundamentar la completitud de los ordenamientos jurídicos.

Más allá de las críticas que, a lo largo del siglo XIX, diversas escuelas jurídicas dirigieron al dogma de la completitud del ordenamiento jurídico, la (denominada) ciencia jurídica de orientación positivista trató de dar una respuesta afirmando que la completitud, más que un ideal, era un requisito inherente a todo ordenamiento jurídico. A este fin se erigieron dos construcciones teóricas: la del «espacio jurídico vacío» y la de «la norma general exclusiva». La primera fue elaborada por Berbohm y acogida más tarde en Italia por Romano. La completitud basada en la norma general exclusiva fue expuesta por primera vez por Zitelmann y acogida, con alguna variación, por Donati.

Desde otro punto de vista, hay quienes han derivado la completitud normativa de una obligación presente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos como es la que impone a los jueces resolver todos los casos que se les presenten. Por último, se ha intentado también dar un fundamento lógico a la tesis de la completitud de los sistemas jurídicos.

En las páginas que siguen expondremos cada una de las teorías señaladas sometiéndolas después a algunas consideraciones críticas.

sobre la confusión de ambas en buena parte de la doctrina alemana cfr. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 169.

(13) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 158.

(14) MOOR, G., 1941, p. 323. ENGLISH, K., 1970 denomina a estas lagunas de política legislativa, críticas o impropias; se trata de supuestos —dice— de una laguna desde el punto de vista del derecho mejor (de *lege ferenda*), pero no de una laguna verdadera y propia, es decir, de una laguna en el derecho positivo (de *lege data*), p. 225.

2.1. Teoría del espacio jurídico vacío

La fundamentación de la completitud normativa a través de la teoría del espacio jurídico vacío la llevó acabo por primera vez Bergbohm en la obra *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Según la tesis mantenida por el autor el ámbito de la actividad humana está dividido en dos esferas: el vinculado por normas jurídicas (espacio jurídico pleno), y aquél en el que el hombre es libre (espacio jurídico vacío); estableciéndose así una tajante dicotomía entre vínculo jurídico y absoluta libertad. De esta manera, ante un determinado caso o supuesto de hecho, o es jurídicamente relevante y entonces está regulado por el derecho o, en caso contrario, hay que resolver que es irrelevante jurídicamente. Queda excluido que un caso sea jurídico y, sin embargo, no esté regulado por el derecho. No hay zona intermedia entre el espacio jurídico pleno y el espacio jurídico vacío que dé cabida a lagunas jurídicas (15).

Romano, acogiendo en lo esencial la teoría de Bergbohm, llevará a cabo un análisis más desarrollado del problema. El autor italiano parte de que el derecho de un Estado no contempla todas las relaciones o hechos que tienen lugar en el ámbito de aquél, sino únicamente aquellas que ofrecen interés para el Estado y para los fines que éste persigue. Ello significa que «existen materias que no caen dentro del ámbito del Estado porque éste se desinteresa de ellas, de tal forma que no hay motivo para tenerlas en cuenta...» (16). Siendo esto así, las materias que quedan fuera del ordenamiento jurídico han de ser consideradas jurídicamente irrelevantes, y forman un campo en el que no se reconocen ni derechos ni obligaciones, de tal manera que «es inadmisibles querer ver un auténtico derecho de libertad en todas las facultades de hacer o de no hacer que puedan derivar del hecho de que un ordenamiento jurídico no imponga o prohíba determinadas actividades» (17).

Más tarde Romano afrontará el problema desde dos puntos de vista: normativo e institucional. Desde el primero afirma que el ordenamiento jurídico en sí mismo no es ni completo ni incompleto, sino que regula algunas materias y deja otras sin regular; estas últimas son jurídicamente irrelevantes. Puede decirse —afirma— que el ordenamiento en cuestión es limitado (en cuanto que acoge como objeto de su regulación un número determinado de materias), pero no que tenga lagunas (18). Las acciones comprendidas en el espacio vacío de derecho no están prohibidas ni impuestas, ni están permitidas, sino

(15) BERGBOHM, K., 1892, pp. 371 y ss.

(16) ROMANO, S., 1963, p. 315. El autor aborda por primera vez el problema de las lagunas en, 1969 b, en el que trata el tema de la instauración de un ordenamiento constitucional, y contempla como una de sus hipótesis una instauración de hecho indiferente al derecho.

(17) ROMANO, S., 1963, p. 317.

(18) ROMANO, S., 1969 c, pp. 174-175.

que pertenecen al espacio vacío de derecho, «al campo de libertad no jurídica, sino de hecho» (19).

Esta es una reformulación de la doctrina del *rechtsleerer Raum* elaborada por Bergbohm a la que Romano hace referencia expresa. No obstante, modifica parcialmente sus primeras impresiones al sostener que de la afirmación de que existe libertad de hecho deriva lógicamente la consecuencia de que no puede admitirse un único derecho de libertad que comprenda todas las acciones no impuestas o no prohibidas por el ordenamiento jurídico: hay, por el contrario —dice— tantos derechos de libertad cuantas acciones son positivamente consideradas por éste como lícitas, es decir, permitidas (20).

La originalidad de Romano al abordar este tema reside en tratamiento del mismo desde la perspectiva institucional, bajo la cual acepta la posibilidad de lagunas (que, puntualiza, no serán normativas sino institucionales). Afirma que, desde este punto de vista y puesto que el ordenamiento del Estado se compone de partes dependientes unas de otras, pueden darse casos en los que una de ellas decaiga, de manera que el ordenamiento queda mutilado. Esto sucede, por ejemplo, cuando en un Estado monárquico se extingue la dinastía reinante, mientras que no se prevé otra manera de dar un titular a la Corona o no se sustituye a ésta por otra institución que cambie la forma de gobierno. La incompletitud en este supuesto no es por falta de norma (21), sino porque el ordenamiento ha quedado privado de una de sus partes integrantes que le es jurídicamente necesaria. Romano concluye así afirmando la posibilidad de lagunas institucionales (nunca normativas) y restringidas al terreno del derecho constitucional.

De esta forma, si contemplado el problema desde una perspectiva tradicional, en el que el universo del discurso es el sistema normativo, Romano niega la existencia de lagunas; abordado en clave institucional admite la eventualidad de su existencia. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en este segundo aspecto la admisión lo es con referencia al sistema político, y sólo metafóricamente habla de «laguna», pues lo hace para designar situaciones de crisis política. El vocablo en cuestión le sirve a Romano para representar la irrupción, en la vida del ordenamiento político, de los puros hechos (*nudi fatti*), de revoluciones políticas, hasta la sustitución del sistema político vigente (22).

(19) ROMANO, S., 1969 c, p. 178.

(20) ROMANO, S., 1969 c, p. 178, nota 7.

(21) Si falta la norma «ello querrá decir sólo que estamos ante una materia que queda excluida de ella, que las acciones que cualquiera podrá realizar para instaurar una nueva dinastía, para llegar a un régimen republicano, para establecer, en una palabra, cualquier gobierno no deberán considerarse ni injustas, ni prohibidas, ni permitidas, sino jurídicamente indiferentes, en otros términos, se tendrá una instauración de hecho, no jurídica, de un nuevo ordenamiento constitucional». ROMANO, S., 1969 c, p. 183.

(22) Cfr. GUASTINI, R., 1976, pp. 568-569.

2.2. Teoría de la norma general exclusiva

La inexistencia de lagunas en el derecho a través de la tesis de la norma general exclusiva fue teorizada primero por Zitelmann y posteriormente por Donati y Brunetti (23).

Estos autores basan su razonamiento en la existencia de una norma general exclusiva a tenor de la cual, una norma que regula un comportamiento no sólo limita la reglamentación, y por tanto las consecuencias jurídicas que de ésta se derivan, al comportamiento en cuestión, sino que, al mismo tiempo, excluye de aquella reglamentación todos los demás. Todos los comportamientos no comprendidos en la norma particular son regulados por la norma general exclusiva.

No obstante ser ésta la orientación común, hay algunas diferencias entre los desarrollos teóricos que de la misma realizan los diferentes autores.

Para Zitelmann existe en el ordenamiento una «regla general fundamental negativa», según la cual «son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario» (24). Concibe así el ordenamiento jurídico como algo constituido por esa regla negativa a la que hacen excepción las otras reglas del mismo.

Zitelmann toma como punto de partida el hecho de que no se producen efectos jurídicos cuando no se establecen expresamente, en especial por lo que se refiere a la obligación de indemnizar o a la acción punitiva. Es decir, para que existan efectos jurídicos hace falta una regla jurídica que los establezca, mientras que para impedir tales efectos no hace falta regla alguna. Aunque no se diga que existe un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario, sin embargo ello está implícito en el orden jurídico. Esto le lleva a afirmar que en el fondo de todas las reglas de derecho especiales que sancionan un acto con la pena, con un deber de indemnización o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual «con excepción de los casos especiales aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en ese sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa» (25).

Según esta tesis, al cualificar una norma particular un comportamiento de una determinada manera (obligatorio, prohibido, etc.) implícitamente excluye de aquella cualificación todos los demás comportamientos no previstos por la norma misma. De esta manera, no puede

(23) Sostienen también esta teoría Kelsen, H., 1981, y Conte, A. G., 1962.

(24) Zitelmann, E., 1922, p. 554.

(25) Zitelmann, E., 1922, pp. 554-555.

haber comportamientos no previstos por normas, ya que todos los no específicamente regulados estarán comprendidos en la hipótesis de la norma general exclusiva. En otras palabras: todo lo que no es obligatorio o prohibido es lícito.

Empero, la teorización de Zitelmann de la norma general exclusiva no estaba dirigida a negar la existencia de lagunas. Y así, el mismo autor, después de haber excluido del concepto de laguna (denominándolas lagunas impropias) las que la mayoría de autores consideran tales, admite la existencia de lagunas en sentido propio. Estas se producen allí donde existen normas positivas que regulan determinadas situaciones de forma incompleta. En tal caso, no se puede decir que tales situaciones sean irrelevantes (ya que existen normas que se refieren a ellas) y tampoco puede afirmarse que estén (totalmente) reguladas por el derecho, puesto que las normas que le conciernen están destinadas a quedar inoperantes en cuanto incompletas (26).

Donati, por su parte, realiza en *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, una de las más completas formulaciones del dogma de la completitud del ordenamiento jurídico. Según este autor, del complejo de las disposiciones particulares que prevén determinados casos y establecen para ellos la existencia de determinadas limitaciones se deriva una norma general de este contenido: «en todos los demás casos no hay ninguna limitación». El complejo de las disposiciones legislativas (particulares) representa un conjunto de declaraciones de voluntad no sólo *limitadas* a los casos considerados, sino también *exclusivas* para los casos mismos y, por tanto, contiene implícitamente la declaración de voluntad de que no haya ninguna limitación en todos los demás casos (27).

Así, configura el ordenamiento jurídico como una totalidad orgánica compuesta de: a) una serie finita de «normas particulares inclusivas»; b) una serie de normas suplementarias a las precedentes (como el artículo 1 del Código civil suizo o el 3 del italiano de 1865) (28), y c) una norma general exclusiva, excluyente de cualquier limitación a la esfera de libertad personal, además de las limitaciones-obligaciones expresamente establecidas. La norma general exclusiva es tal que llena completamente las lagunas dejadas por aquella otra norma, exclu-

(26) CORSALE, M., 1958, pp. 260 y 262.

(27) DONATI, D., 1910, pp. 35-36.

(28) Artículo 1 del Código civil suizo: «1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. 2. Au défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence». Artículo 3 del Código civil italiano de 1865: «Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; ove il caso rimenga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali del diritto».

yendo así que en el ordenamiento jurídico pueda existir una laguna, es decir, un caso que no caiga bajo alguna norma de derecho (29).

Donati arguye la existencia («necesariad») de la norma general exclusiva. Negarla significaría —dice— «desconocer el fin de la ley, es decir, que la ley puede tener un valor de sanción y de intimidación sólo cuando los efectos que imputa a determinados actos y hechos estén excluidos respecto de todos los demás hechos y actos que no sean los considerados» (30). Así, se pronuncia en contra de una norma puramente negativa como norma de clausura del ordenamiento; «Nosotros afirmamos que una norma puramente negativa no puede tener el valor constitutivo de la norma complementaria que clausura un determinado ordenamiento jurídico. Una norma puramente negativa no es realmente norma jurídica, sino simplemente la exclusión de normas jurídicas» (31).

Brunetti ofrece asimismo una cobertura teórica a la tesis de la norma general exclusiva. El autor distingue en un primer momento entre: a) el problema de la completitud del «ordenamiento jurídico» (entendido como derecho en sentido objetivo), y b) el problema de la completitud del «ordenamiento legislativo» (como conjunto de las fuentes no tácitas del ordenamiento legislativo). Respecto del primero sostiene que puesto que el problema de la completitud es un «concepto de relación» el ordenamiento considerado en sí mismo no es ni completo ni incompleto; únicamente puede hablarse de lagunas en el sentido de laguna ideológica, es decir, de ausencia de un derecho ideal. Por el contrario, bien puede suceder que la ley no sea una «manifestación técnicamente perfecta de la voluntad del Estado» (32); y así puede verificarse la hipótesis de que una *fattispecie* no esté regulada por el derecho. Ahora bien, esto no es una laguna.

Será más tarde cuando Brunetti haga suya la teoría de la norma general exclusiva, sosteniendo que a fin de que fuera concebible una laguna en el ordenamiento jurídico sería necesario conceder que la pregunta acerca de si un determinado hecho es debido o no debido pudiera no encontrar, sobre la base del ordenamiento mismo, una respuesta jurídica; haría falta admitir que la respuesta pudiera consistir en un juicio, ni positivo ni negativo, acerca de la licitud o de la obligatoriedad. Aquel hecho debería ser, frente al ordenamiento jurídico, ni debido ni no debido: pero ello es lógicamente imposible por el principio del tercero excluido (33). Pues bien, a través de esta argumentación Brunetti está sugiriendo al juez la aplicación del argu-

(29) DONATI, D., 1910, p. 37.

(30) DONATI, D., 1910, p. 36. Cfr. GUASTINI, R., 1976, pp. 515-542.

(31) DONATI, D., 1910, p. 38.

(32) BRUNETTI, G., 1920 a, pp. 6-12.

(33) BRUNETTI, G., 1920 b, pp. 34-35. Del mismo autor puede verse, 1920 c, 1920 d y 1926, pp. 291-292. Se trata de una polémica que el autor mantiene con Miceli, cuyas opiniones las expone en MICELI, V., 1926 a, pp. 123-125, y 1926 b, pp. 426-427.

mento *a contrario*, es decir, considerar permitidos todos aquellos comportamientos que no sean ni permitidos ni obligatorios.

Si bien, los desarrollos teóricos de estos tres autores se engloban bajo la denominación de teoría de la norma general exclusiva, existen algunas diferencias entre ellos.

Así, Zitelmann sostiene que frente a los hechos que pueden producirse en el mundo real el ordenamiento jurídico se divide en dos zonas: la regulada por el derecho y la no regulada. Esta última es extraña al ordenamiento, el cual, frente a una multiplicidad de hechos posibles atribuye relevancia jurídica sólo a algunos. Respecto de estos existe una norma puramente negativa indicadora de la voluntad del legislador de no constituir obligaciones fuera de los casos cubiertos por normas particulares expresas, es decir, de negar que existan otras obligaciones más allá de las determinadas por las normas mismas. Se trata únicamente de un principio explicativo.

Por el contrario, para Donati toda norma jurídica es un mandato del cual derivan derechos y obligaciones, de manera que la norma general exclusiva no es una norma excluyente de obligaciones, sino constitutiva de: a) un deber general de abstenerse de cualquier acción que pueda comportar a otros una limitación no prevista por las normas particulares, y b) un derecho general de libertad sobre cualquier limitación no expresamente prevista por las normas particulares. La norma general exclusiva es vista por Donati como constitutiva no de una zona vacía de relaciones jurídicas, sino de una relación jurídica (derecho y deber correlativos) definida (34). A diferencia de Zitelmann, para Donati la norma que cierra el ordenamiento no es un simple postulado, sino una norma positiva a la que se llega mediante una inferencia deductiva partiendo del conjunto de normas formuladas en el ordenamiento positivo, el examen de las cuales permite inferir esa otra norma implícita, pero no por eso menos positiva (35).

Para concluir indicaremos los términos que separan a las dos teorías (de la «norma general exclusiva» y del «espacio jurídico vacío») sobre las que se erige la tesis de la completitud del ordenamiento jurídico. Los términos de la divergencia pueden formularse como sigue: para la doctrina del espacio jurídico vacío lo incualificado por una norma jurídica es irrelevante, es decir, existe una libertad de *facto*, el sujeto es libre *del derecho*, mientras que para la tesis de la norma general exclusiva lo incualificado es indiferente, la libertad es aquí libertad de *iure*, libertad en el derecho. Mientras que para la primera se establece una equivalencia entre no regulado e irrelevante,

(34) DONATI, D., 1910, p. 43. Sobre las posiciones de Romano, Zitelmann y Donati puede verse el artículo de PARESCHE, E., 1934, pp. 352-359.

(35) Un comentario sobre las posiciones de estos dos autores la realiza COSSIO, C., 1947, pp. 29-37.

para la segunda los términos de la igualdad son no regulado y jurídicamente permitido (36).

Así, por ejemplo, para Donati la libertad es una cualidad del derecho subjetivo y por tanto se trata de una libertad jurídicamente protegida. La zona de libertad debe ser considerada como jurídicamente regulada, y la norma general exclusiva responde perfectamente a ese fin. Por el contrario, para la teoría amparada por Bergbohm esa esfera de libertad es una zona de comportamientos jurídicamente incualificados (puesto que el derecho, en cuanto conjunto finito de normas, no se extiende a ellos); se trata de acciones jurídicamente irrelevantes para el derecho. La contraposición entre las dos teorías la expone el mismo Donati cuando dice que las acciones que constituyen la esfera de libertad no son ya (jurídicamente) irrelevantes, sino (jurídicamente) permitidas; (ellas) están, como tales, «reguladas por el ordenamiento jurídico», y a ellas corresponden los derechos de libertad que tienen por objeto la «abstención ajena de cualquier acto, que las acciones mismas puedan impedir, fundamento de este deber de abstención general es la norma general» (37).

2.3. Teoría basada en la obligación de juzgar

No faltan autores que derivan la completitud del ordenamiento jurídico de la obligación de juzgar que la mayoría de legislaciones imponen a los jueces. De esta forma, de enunciados como el del artículo 2,7 del Código civil («Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido») y similares (38) deducen que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento completo.

Se sostiene que la disposición que obliga al juez a resolver incluso en caso de silencio u oscuridad de la ley implica que todas las disposiciones del sistema de derecho son inteligibles y que «el sistema es completo, si no de manera inmediata, por lo menos después de la intervención del juez» (39).

El argumento de quienes esto sostienen puede brevemente formularse como sigue: el juez debe siempre juzgar, es decir, debe admitir o rechazar la demanda. Si el demandado está obligado a comportarse en la forma pretendida por el actor, el juez debe condenar; en caso contrario, no debe condenar. Y como debe condenar o rechazar se

(36) Cfr. CONTE, A. G., 1962, p. 89.

(37) DONATI, D., 1910, pp. 92-94.

(38) Imponen también la obligación de juzgar artículos como el 1.2 del Código civil suizo ya citado, y el 4 del Código civil francés: «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou l'insufficence de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de deni de justice». Cfr. HUBERLANT, Ch., 1968, pp. 51-56.

(39) HUBERLANT, Ch., 1968, p. 50.

infiere que si no debe condenar debe rechazar la demanda. Por lo tanto el juez debe hacer esto último en todos aquellos casos en los que no tenga obligación de condenar (40).

Hay quienes van más allá y sostienen la necesidad de juzgar (y consiguiente completitud) con carácter apriorístico. Así para Cossio, que el juez deba juzgar siempre es una evidencia eidética que aunque (normalmente) se verifica en los hechos, no es una verdad de hecho, sino una verdad de razón; es decir, el juez debe juzgar siempre porque es juez, porque esa es su ontología y no por ninguna otra causa (por ejemplo, porque tal obligación le hubiera sido impuesta por el legislador). De esta forma, para Cossio es un pensamiento contradictorio suponer que el juez no debe juzgar y que sigue siendo juez, porque ser juez consiste en deber juzgar. Desde este punto de vista, son superfluas las normas que establecen la obligatoriedad de juzgar y, por tanto, deberían suprimirse del texto de la ley porque sólo expresan una necesidad lógica; «no se trata de una norma contingente, sino de una norma necesaria del orden jurídico constitutivo de este mismo» (41); pues incluso si una ley dijera que «los jueces se abstendrán de juzgar ante el silencio oscuridad o insuficiencia de las leyes», es claro —dice— que al rechazar la demanda por una de estas causas, ya se ha juzgado declarándose que el demandado está dentro de lo lícito jurídico (42).

Por otro lado, y sin negar la existencia de lagunas en el derecho, Conte atenúa la importancia de las mismas aduciendo la posibilidad de recurrir, en el momento de la decisión judicial, al argumento *a contrario*. Parte el filósofo italiano de la distinción entre *complétude* (que tiene lugar si las normas adscriben un status deóntico a todo comportamiento) y *cloûture* (que se da cuando es posible la decisión judicial), y la correspondiente separación entre lagunas críticas (no *complétude*) y lagunas diacríticas (no *cloûture*). Pues bien, para Conte, no hay posibilidad de lagunas diacríticas, sí, en cambio, de lagunas críticas. La existencia de estas últimas —argumenta— es una cuestión contingente que depende de cada orden normativo, de manera que las teorías que niegan la existencia de lagunas son válidas de forma contingente, como es el caso de la existencia de una norma general exclusiva, pero hay que admitir, «que un ordenamiento completado por una norma general exclusiva es un caso límite, y que los ordenamientos normativos presentan por lo general lagunas críticas» (43). Frente a esto, todo orden normativo (sea o no completo) es cerrado, es decir, está desprovisto de lagunas diacríticas, y ello porque siempre es posible una decisión. La clausura del orden norma-

(40) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 216.

(41) COSSIO, C., 1947, p. 154. Cfr. MACHADO, A. L., 1970, pp. 205-224.

(42) COSSIO, C., 1947, p. 156.

(43) CONTE, A. G., 1968, p. 74.

tivo subsiste necesariamente —dice— porque en caso de incompletitud (lagunas críticas) es siempre posible emplear el argumento *a contrario*, argumento que basa Conte en la posibilidad que tiene el juez, en caso de ausencia de una norma, de recurrir a premisas derivadas de la totalidad de las normas legislativas (44).

2.4. Versión lógica de la tesis de la completitud normativa

La idea de la inexistencia de lagunas jurídicas ha encontrado también apoyo en la lógica deóntica, desde la que, sin embargo, se ha llegado a soluciones contrapuestas. La apoyatura lógica de la completitud normativa la realiza el lógico von Wright a través de la tesis de la interdefinibilidad de los operadores prohibido y permitido.

Von Wright, sostiene que la completitud es una verdad necesaria de todo sistema normativo, verdad que se sustenta en la interdefinibilidad de los operadores permitido y prohibido con la ayuda de la negación. Sostiene que un sistema normativo es cerrado cuando toda acción está deónticamente determinada en él. Un sistema que no es cerrado se denominará abierto. Una acción es deónticamente determinada en un sistema cuando ella es permitida o es prohibida en dicho sistema (45). Von Wright define la clausura de los sistemas normativos como sigue: «Todo sistema de normas S es *cerrado* cuando para todo valor de las variables resulta verdadero que o bien una norma dice que P (p/q), o bien una norma dice que O (p/q) pertenece a ese sistema (46).

El lógico finés llega a la conclusión de que todos los sistemas normativos son cerrados por medio de la formulación del Principio de Prohibición (Todo está permitido o prohibido) como verdad necesaria. Según este principio si todo acto está normado (como permitido o prohibido) todo sistema será cerrado, es decir, carente de lagunas. Siendo permitido y prohibido caracteres deónticos interdefinibles (es decir, si «permitido» significa lo mismo que «no prohibido» y «prohibido» significa «no permitido») entonces el Principio de Prohibición, en tanto que principio analítico, expresa una verdad necesaria. De esta manera resulta que si se acepta que dichos caracteres deónticos son interdefinibles con la ayuda de la negación todo sistema normativo será trivialmente cerrado, pues todas las conductas son deónticamente caracterizadas por todo sistema normativo (47).

Sin embargo, von Wright no considerará satisfactorio este resultado y más adelante admitirá la posibilidad de sistemas normativos abiertos.

(44) CONTE, A. G., 1968, principalmente pp. 76 y 81.

(45) WRIGHT, G. H. von, 1968, p. 85.

(46) WRIGHT, G. H. von, 1968, p. 83.

(47) WRIGHT, G. H. von, 1968, p. 85.

2.5. Comentario y crítica de las teorías anteriores

Respecto de las dos primeras teorías, conviene comenzar señalando que, independientemente de las críticas a que pueden verse sometidas, es la doctrina de la norma general exclusiva la única que conduce a negar de forma absoluta la existencia de lagunas en el derecho, excluyendo la existencia de comportamientos no regulados por el mismo. A su lado, la teoría del espacio jurídico vacío si bien niega con carácter general la existencia de lagunas, reconoce la virtualidad de comportamientos no regulados por el derecho.

En contra de la teoría del espacio vacío de derecho se ha dirigido la siguiente objeción. Se sostiene que la afirmación de la existencia del espacio jurídico vacío supone la identificación de lo jurídico con lo obligatorio; que implica que lo no obligatorio se convierte o se identifica con lo jurídicamente irrelevante. Pues bien, dicha tesis supone excluir «permitido» de las modalidades jurídicas. En realidad, dice Bobbio, haría falta diferenciar dos esferas del permitido o de la libertad, una jurídicamente relevante y otra irrelevante. Habría que distinguir entre libertad protegida (aquella que está garantizada por medio de la coerción jurídica contra eventuales impedimentos por parte de terceros o del Estado) y libertad no protegida, equivalente a licitud del uso de la fuerza privada. Pero si nuestros ordenamientos se caracterizan por el monopolio estatal de la fuerza de la libertad no protegida no es posible. El hecho de que en algunos casos la libertad no se proteja no se traduce en que la situación jurídica sea irrelevante, porque en el momento en que la libertad de hacer de uno no es protegida es protegida la libertad de otro de ejercitar la fuerza, en cuanto protegida ella es jurídicamente relevante en vez de la otra (48).

En última instancia, consideramos que la cuestión se centra en determinar cuál es el conjunto de acciones o comportamientos sometidos al ordenamiento. Pues bien, si abordamos el problema como cuestión a priori independiente de los ordenamientos jurídicos, la solución acerca de la existencia de lagunas en el derecho dependerá de si se considera a éste como ordenamiento que debe cubrir todas las acciones humanas, en cuyo caso habrá laguna cada vez que el ordenamiento no cualifique una conducta; o si, por el contrario, se sostiene que sólo pertenece al ámbito de lo jurídico lo que expresamente es declarado como tal, supuesto en el cual no hay lugar para lagunas.

Ahora bien, si el problema se aborda desde el interior de un determinado ordenamiento jurídico, nada excluye que (sin necesidad de asumir que todo comportamiento forma parte de lo jurídico) haya comportamientos objeto de dicho ordenamiento y que, sin embargo, éste no les adscriba *status* deóntico alguno.

(48) BOBBIO, N., 1960, pp. 144-148.

En contra de la teoría de la norma general exclusiva pueden aducirse las siguientes razones.

En primer lugar, en muchos ordenamientos existe una norma general «inclusiva», del tipo de los artículos 12.2 del Código civil italiano y 1.4 y 4.1 del español, que contemplan el supuesto de falta de disposiciones que regulen un supuesto específico y prevén la solución de los mismos por remisión a la analogía y los principios generales del derecho. En los ordenamientos donde existe una norma de este tipo no hay ninguna razón para preferir en todo caso la aplicación de la norma general exclusiva (49).

En segundo término, la referida teoría realiza un «salto» respecto del status deóntico de las acciones haciéndolas pasar de la ausencia de status deóntico, es decir, no cualificación, a uno determinado: la permisión (50).

En definitiva, la afirmación con carácter de generalidad de la existencia de la norma general exclusiva es una afirmación apriorista que no deriva de las normas positivas, sino de la concepción del derecho según la cual éste opera imponiendo restricciones a la libertad natural del hombre limitando algunos de sus actos (51).

Por último hay que recordar que el ordenamiento jurídico en tanto que ordenamiento dinámico contiene además de enunciados deónticos (a los que se refieren las teorías anteriores cuando hablan de comportamientos permitidos, prohibidos, etc.) enunciados normativos que tienen por objeto la configuración de los poderes del Estado, la atribución de potestades, la modificación de dichos enunciados, etc. Pues bien, tanto la teoría del espacio jurídico vacío como la de la norma general exclusiva tienen en cuenta únicamente el primer tipo de enunciados (con la excepción de Zitelmann y su referencia a las lagunas en sentido propio que la hace precisamente para afirmar la posibilidad de las mismas), siendo, por otra parte, sus soluciones inaplicables a este segundo tipo de normas.

Frente a la teoría que deriva la completitud de la obligación de juzgar del juez pueden realizarse dos tipos de objeciones.

En primer lugar, dicha teoría engloba bajo un mismo término (completitud) dos conceptos diferentes: completitud de decisión y completitud de cualificación (52). A tenor del primero, un sistema jurídico es completo si el juez tiene el deber de decidir cada caso de acuerdo con las normas válidas de dicho sistema. Aquí la completitud está referida al funcionamiento del aparato institucional (el poder judicial) y a su obligación de decidir los casos que se le presenten. La completitud de cualificación, por el contrario, hace referencia a la cualifica-

(49) Cfr. BOBBIO, N., 1960, p. 152.

(50) Cfr. LOMBARDI, L., 1981, pp. 47-48, y BOBBIO, N., 1940, p. 267.

(51) Cfr. la teoría del axioma ontológico de la libertad de Cossio en 1947.

(52) Cfr. WROBLEWSKI, J., 1972, pp. 230-234.

ción normativa de los comportamientos: significa que el ordenamiento jurídico adscribe a todo comportamiento una cualificación normativa (obligatorio, prohibido, etc.), o bien, que establece como parte del sistema una norma general exclusiva.

Pues bien, estos dos tipos de completitud son independientes, de manera que en un ordenamiento jurídico puede carecer de cualificación normativa para un determinado caso y, al mismo tiempo, contener una norma que haga obligatoria la decisión, y viceversa. Así, si bien es verdad que la obligación genérica de juzgar se halla por lo común presente en las leyes (civiles o procesales) bajo la prohibición de abstenerse de juzgar, es erróneo pensar (como lo hace, por ejemplo, Cossio) que dicha obligación es, de alguna forma, esencial o necesaria. Por el contrario, se trata de una obligación cuya existencia depende de lo que el legislador establezca y es, en ese sentido, contingente (53).

En segundo término, la falacia de esta teoría deriva de la no diferenciación entre caso individual y caso genérico. Un caso individual es una situación o acontecimiento que se verifica en un tiempo y en un espacio determinados. Un caso genérico es el supuesto de hecho contenido en una disposición legal que caracteriza las condiciones de hecho a los fines de aplicar un determinado tipo de solución normativa (54). Pues bien, el problema de las lagunas se plantea a nivel de los casos genéricos y no en los casos individuales (a pesar de que su manifestación externa nos llega en este último caso). Siendo esto así, si un caso (genérico) presenta una laguna el hecho de que el juez ante un caso (individual) se vea compelido por el ordenamiento a juzgar, no conlleva que desaparezca dicha laguna del ordenamiento, puesto que el supuesto de hecho seguirá incualificado. Así, Alchourrón y Bulygin distinguen atinadamente entre completitud lógica (o sistema cerrado) que tiene lugar cuando se determina deónticamente toda acción en todo caso genérico posible, y completitud empírica, que se verifica cuando en relación a un universo de casos individuales hay para cada uno de ellos una cualificación normativa. De esta forma, la completitud empírica es compatible con la incompletitud lógica: un sistema empíricamente completo puede ser lógicamente incompleto, pero la inversa no vale: un sistema lógicamente completo es, por razones lógicas, empíricamente completo (55).

En resumen, diremos que de un enunciado normativo sobre el comportamiento del juez no puede inferirse ningún enunciado sobre el comportamiento de otra persona que no sea el juez; es decir, de la prohibición de negar justicia no puede derivarse ni la obligatoriedad, ni la prohibición, del comportamiento de otra persona. El hecho de

(53) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 210. En el mismo sentido cfr., por ejemplo, FORIERS, P., 1968, p. 11.

(54) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, pp. 58-59.

(55) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 53.

que el juez juzge y pueda, de *facto* y de *iure*, juzgar no presupone necesariamente que el comportamiento inferido en juicio tenga un status deóntico, ni confiere un status deóntico al comportamiento mismo (56).

El error de la tesis mantenida por von Wright deriva de sostener que la interdefinibilidad de prohibido y permitido lleva consigo la clausura de los sistemas normativos [así como de la inaplicación de la distinción entre los dos sentidos (fuerte y débil) de permisión (57)]. Por el contrario, hay que decir que es perfectamente posible aceptar dicha interdefinibilidad y rechazar la clausura necesaria de los sistemas jurídicos.

La implicación entre interdefinibilidad y clausura se basa en la identificación (errónea) entre enunciados normativos y proposiciones normativas. Los primeros (en el sentido estricto de enunciados de obligación) son oraciones prescriptivas que tienen como finalidad ordenar, permitir, prohibir, etc. la realización de determinadas acciones; las proposiciones normativas son oraciones descriptivas acerca de las normas o, lo que es lo mismo, acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisos establecidos por aquéllas.

Pues bien, al hablar de interdefinibilidad de caracteres normativos hay que distinguir entre enunciados normativos y proposiciones normativas. Por lo que a los primeros se refiere, «permitido p» y «no prohibido p» son lógicamente equivalentes y significan lo mismo. También son lógicamente equivalentes los enunciados normativos «prohibido p» y «no permitido p». Ahora bien, si decimos que «p está prohibido en el sistema jurídico α » expresamos una proposición normativa, proposición que pertenece a un nivel lingüístico distinto del de los enunciados normativos. De manera que decir que p está prohibido en el sistema jurídico α significa que de dicho sistema jurídico forma parte o puede inferirse una norma que prohíbe p. Y dicha proposición normativa puede expresarse por medio del enunciado «Prohibido p», o del enunciado «No permitido p», ya que ambos enunciados expresan lo mismo. De forma paralela, la norma que permite p en el sistema normativo α puede expresarse de distintas maneras: «Permitido p», «No Prohibido p», etc.

De aquí la importante distinción entre permisión y prohibición fuertes cuyo significado es el siguiente:

Permisión fuerte: p está permitido en sentido fuerte en el caso

(56) Cfr. CONTE, A. G., 1962, pp. 171-172; también, pp. 78-79 y 173-174.

(57) Cfr. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 173.

Al lado de los sentidos fuerte y débil de permisión, se puede señalar, como lo hace Weinberger, el de permisión explícita, que se define de forma análoga a la permisión fuerte excluyendo el caso de que «p está permitido» sea una consecuencia de «Op». No obstante, puesto que la permisión explícita es un caso de aplicación de la permisión fuerte es suficiente operar con los dos conceptos, fuerte y débil, de permisión sin necesidad de introducir un tercero, Weinberger, O., 1977, p. 138.

q en el sistema $\alpha = \text{Df. De } \alpha \text{ se infiere una norma que permite p en el caso q.}$

Prohibición fuerte: p está prohibido en sentido fuerte en el caso q en el sistema $\alpha = \text{Df. De } \alpha \text{ se infiere una norma que prohíbe p en el caso q.}$

Y lo mismo puede establecerse respecto del operador «obligación».

Obligación fuerte: p está obligado en sentido fuerte en el caso q en el sistema $\alpha = \text{Df. De } \alpha \text{ se infiere una norma que obliga p en el caso q.}$

En estas definiciones los términos permitido, prohibido y obligatorio tienen distinto significado en el *definiens* y en el *definiendum*. Los términos «permite», «prohíbe» y «obliga» que figuran en el *definiens* se refieren a los caracteres de las normas. Estos son, junto con otros (58), elementos de las normas. En cambio, «permisión (“prohibición”, “obligación”) fuerte» son caracteres predicables de las conductas a que las normas se refieren. Así, los caracteres de las conductas son elementos de las proposiciones normativas en el mismo sentido en que los caracteres normativos son elementos de los enunciados normativos. Los caracteres de las conductas se definen en términos de los caracteres de las normas porque una conducta tiene carácter normativo cuando existe una norma que la permite o la prohíbe (59).

De esta forma, mientras que los términos permitido y prohibido del *definiens* son conceptos contradictorios (permitido equivale a no prohibido y viceversa), la permisión y la prohibición fuertes no son contradictorios, puesto que existe una tercera posibilidad: que del sistema α no pueda inferirse ni la permisión ni la prohibición de la conducta p. Esto es precisamente lo que ocurre cuando entre las consecuencias del sistema α no figura ninguna norma que permita p y tampoco una que prohíba p. Los enunciados «De α se infiere una norma que permite p» y «De α se infiere una norma que prohíbe p», no sólo no son contradictorios (pues pueden ser ambos falsos), sino que ni siquiera son contrarios: ambos pueden ser verdaderos. Cuando en un sistema α ambos enunciados son verdaderos significa simplemente que el sistema de hecho es incoherente por contener normas contradictorias. Pero el que un sistema contenga normas contradictorias no implica que las proposiciones normativas que describen ese sistema sean incoherentes. No hay nada paradójico en una descripción coherente de un sistema incoherente (60).

De manera paralela a las nociones fuertes, podemos indicar (siquiera con un alcance meramente teórico en los dos últimos casos) (61) las nociones de permisión, prohibición y obligación débiles.

(58) Cfr. WRIGHT, G. H. von, 1970, pp. 87-107. Sobre los caracteres de las normas vid en la misma obra pp. 87-99.

(59) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 175.

(60) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 175.

(61) Subrayamos el carácter teórico del alcance porque, a diferencia de lo que ocurre con la noción de permisión, las de prohibición y la obligación débiles carecen

Permisi3n d3bil: p est3 permitido en el sentido d3bil en el caso q en el sistema $\alpha = \text{Df.}$ Entre las consecuencias de α no existe una norma que prohíba (= no permita) p en el caso q.

Prohibici3n d3bil: p est3 prohibido en el sentido d3bil en el caso q en el sistema $\alpha = \text{Df.}$ Entre las consecuencias de α no existe una norma que permita p en el caso q.

Obligaci3n d3bil: p es obligatorio en el sentido d3bil en el sistema $\alpha = \text{Df.}$ Entre las consecuencias de α no existe una norma que no obligue p en el caso q.

La permisi3n (obligaci3n, prohibici3n) d3bil (al igual que la fuerte) es un car3cter de la conducta, no de la norma, pero, a diferencia de la permisi3n fuerte que expresa un hecho positivo (la existencia en el sistema normativo α de una norma permisiva), la permisi3n (obligaci3n, prohibici3n) d3bil s3lo alude a un hecho negativo: la inexistencia de una norma prohibitiva (obligatoria, permisiva).

Con la ayuda de estas distinciones conceptuales podemos examinar ahora el error del principio de von Wright a que nos hemos referido antes y que partiendo de la interdefinibilidad de prohibido y permitido afirma que todo sistema normativo es cerrado en base al principio «Todo lo que no est3 prohibido est3 permitido» (que puede enunciarse tambi3n como «todo est3 permitido o prohibido»).

Si excluimos la noci3n de prohibici3n d3bil como inaplicable en los sistemas que consagran un estado de Derecho, podemos distinguir dos interpretaciones de dicho principio: la versi3n d3bil y la versi3n fuerte, seg3n tomemos el t3rmino permitido en uno u otro sentido.

En la versi3n d3bil el principio dice que «Todo lo que no est3 prohibido en el sentido fuerte est3 permitido en el sentido d3bil», que significa (sustituy3ndolo por las anteriores definiciones de «prohibici3n fuerte» y «permisi3n d3bil») que «Si de α no se infiere una norma que prohíbe p en el caso q, entonces no se infiere la prohibici3n en el caso q». Como puede observarse, esto no es sino una tautolog3a. Es una verdad necesaria que no excluye de ninguna manera que el sistema sea incompleto.

En la versi3n fuerte, el principio dice que «Todo lo que no est3 prohibido en sentido fuerte est3 permitido en sentido fuerte». Sustituyendo los t3rminos por las definiciones anteriores tenemos que: «Si de α no se infiere la prohibici3n de p, entonces de α se infiere la permisi3n de p».

Esta versi3n del principio s3lo es verdadera a condici3n de que el sistema sea cerrado, es decir, ser3 verdadera s3lo de manera contingente si existe un enunciado normativo que realiza tal inferencia, pues «del solo hecho de que una cierta norma (la que prohíbe p) no

de significado pr3ctico. Es decir, un estado de derecho es dif3cilmente aceptable calificar una conducta como prohibida por el hecho de no estar expresamente permitida. M3s dif3cil, si cabe, resulta la justificaci3n de la obligaci3n d3bil.

pertenezca al sistema no se puede inferir que otra norma distinta (la que permite p) forme parte del mismo, a menos que el sistema contenga una regla de clausura, es decir, una regla que autoriza efectuar esa inferencia» (62). Por tanto, el principio en su versión fuerte presupone precisamente lo que debería probar: la existencia de una regla de clausura.

3. LAGUNA NORMATIVA Y LAGUNA TECNICA

3.1. Laguna normativa

3.1.1. Clausura por casos

El concepto de laguna normativa es desarrollado por Alchourrón y Bulygin, para quienes el concepto de laguna denota una propiedad de un *sistema normativo* en relación a un conjunto de circunstancias o *casos* y un conjunto de *soluciones* o conductas calificadas deónticamente. Y definen este tipo de laguna como sigue: «Decir que un caso C_i de un UCj es una *laguna* del sistema normativo α en relación a un USmaxk significa que α No correlaciona C_i con ninguna solución del USmaxk» (63).

Pues bien, la primera tarea a llevar a cabo para saber si existe o no una laguna consiste en identificar cada uno de los tres términos de la relación. Hará falta saber, por tanto, cuál es el sistema normativo, cuál el universo de casos y cuál el universo de soluciones.

El concepto de sistema normativo se establece a través del de correlación deductiva de la siguiente manera: Para dar una definición de sistema normativo hay que establecer la noción de consecuencia normativa. Se denomina correlación deductiva de un conjunto de enunciados a todo par ordenado de enunciados tales que el segundo de ellos sea consecuencia deductiva del primero en conjunción con α . Cuando una correlación deductiva es tal que el primer enunciado es un *caso* y el segundo enunciado es una *solución*, diremos que esta correlación deductiva es normativa. Si entre las correlaciones deductivas del conjunto de enunciados α hay, por lo menos, una correlación normativa, el conjunto α tendrá consecuencias normativas. Un sistema de enunciados que tiene consecuencias normativas se llamará *sistema normativo* (64).

De estas definiciones hay que destacar el concepto estricto de norma (los autores definen las normas como enunciados que correlacio-

(62) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 179.

(63) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 49; vid. también pp. 69 y 23 y 49. Cfr. en el mismo sentido BULYGIN, E., 1977, pp. 292-293.

(64) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 93.

nan casos con soluciones) y, como contrapartida, el amplio de sistema normativo; de manera que en este último figurarán enunciados que no pueden considerarse normas, como sucede en los ordenamientos jurídicos.

Se denominan soluciones las expresiones formadas por un carácter normativo o deóntico seguido de un contenido normativo, así como los compuestos veritativo-funcionales de los mismos (siempre que éstos no sean ni tautológicos no contradictorios). Puesto que cuando hablamos de laguna lo que nos interesa es conocer el status normativo de ciertas acciones, el ámbito de todas las respuestas posibles acerca del status normativo de ciertas acciones constituye el ámbito normativo del problema (65).

Del conjunto de soluciones interesa considerar un subconjunto especial de enunciados deónticos: los constituyentes deónticos. Constituyente deóntico es toda expresión formada por una descripción de estado precedida por el operador P (permitido) o $\neg P$ (no permitido). Adoptando (como lo hacen los autores citados) P como operador primitivo, en función del cual pueden ser definidos todos los demás operadores deónticos (66), tenemos las relaciones entre éste y los demás operadores:

$$(D-1) = \neg P \neg p$$

$$(D-2) P p = \neg P p$$

$$(D-3) F p = P p . P \neg p$$

Hay dos tipos de solución: maximal y minimal. Cuando la solución es tal que determina todos los contenidos que corresponden a un universo de acciones, estamos ante una solución maximal. Y el conjunto de todas las soluciones maximales es el universo de soluciones maximales (USmax). Por el contrario, el universo de soluciones minimales (USmin) determina si hay al menos una solución.

Cuando el Universo de Acciones contiene un solo elemento («p»), los caracteres O (obligatorio), Ph (prohibido) y F (facultativo) dan lugar a soluciones maximales, mientras que P (permitido), $\neg P$ (permitivo no, o, lo que es lo mismo, permitido omitir) y $\neg F$ (no facultativo, es decir, obligatorio o prohibido) suministran soluciones minimales (67). Cuando se trata de determinar la completitud de un sistema es necesario recurrir al universo de soluciones maximales, ya que sólo los elementos del USmax determinan que el sistema sea completo. En cambio, el USmin sólo nos sirve para determinar si un conjunto de enunciados establece alguna correlación entre un Universo de Ca-

(65) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 36.

(66) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, pp. 74-75.

(67) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, pp. 36-37 y 76-77.

Las relaciones entre las soluciones son las siguientes: Si denominamos a la acción R, se dirá que es obligatoria (OR) cuando está permitido R y no está permitido, R (OR = PR.—PR). Cuando no está permitida R y está permitido $\neg R$, la acción está prohibida (PhR = $\neg PR.P \neg R$). Cuando tanto R como $\neg R$ están permitidas, la acción es Facultativa (FR = PR.P $\neg R$).

sos y un USmin dados, es decir, si tiene alguna consecuencia normativa para ciertos casos.

Los casos son circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber si una acción está permitida, ordenada o prohibida, por un determinado sistema normativo. Esto supone que los casos no sean lógicamente imposibles (contradictorios) ni necesarios (tautológicos). Todo conjunto de propiedades que pueden estar presentes o ausentes se denomina universo de propiedades (UP), y toda propiedad de un UP y toda combinación veritativo funcional de estas propiedades define un caso.

Para aclarar los conceptos utilizados hasta aquí tomaremos el ejemplo (que utilizan los autores) del Código civil argentino de reivindicación de cosas muebles contra terceros poseedores. El problema surge cuando una persona que posee el inmueble —cuya propiedad no le pertenece— lo transfiere a un tercero. La cuestión que se plantea es: ¿en qué circunstancias el tercero adquirente está obligado a restituir el inmueble a su propietario y cuándo le está permitido retenerlo?

Dicho problema se halla regulado en los artículos 2.777 y 2.778 del Código civil argentino:

Art. 2.777: «Compete también (la reivindicación) contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe...».

Art. 2.778: «Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete... contra el actual poseedor, aunque de buena fe, si la hubo por título gratuito...».

En el primer artículo las propiedades relevantes son la buena fe del actual poseedor (o adquirente), la buena fe del poseedor anterior (o enajenante) y el título oneroso del acto de enajenación, propiedades que simbolizaremos así: BFA, BFE, TO. En el segundo, la única propiedad relevante es el título oneroso. El universo de propiedades lo conforman esas tres propiedades. Los casos elementales son los ocho siguientes: 1) BFE, BFA, TO; 2) —BFE, BFA, TO; 3) BFE, —BFA, TO; 4) —BFE, —BFA, TO; 5) BFE, BFA, —TO; 6) —BFA, BFE, —TO; 7) BFE, —BFO, —TO, y 8) —BFA, —BFO, —TO.

El universo de acciones lo constituye únicamente la restitución (R y —R).

Aunque el universo de soluciones maximales está constituido por OR, PhR y FR, la única cuestión planteada aquí se refiere a la procedencia (obligación) de la restitución.

En este ejemplo, el sistema normativo (Sn) está constituido por las dos normas transcritas que pueden escribirse así:

N1: OR/—BFE, BFA, TO (procede la reivindicación si se dan las tres condiciones: mala fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso).

N2: OR/—TO (procede la reivindicación si la enajenación se hizo a título gratuito).

Teniendo en cuenta los casos elementales y las dos normas que conforman el sistema normativo podemos comprobar que el sistema normativo que conforman las normas citadas es un sistema incompleto, puesto que el mismo ofrece solución (consistente en la obligación de restitución) únicamente para los casos 2, 5, 6, 7, 8, mientras que no ofrece respuesta para los casos 1, 3 y 4.

3.1.2. Reglas de clausura

Según el concepto de laguna que desarrollan los autores argentinos y que acabamos de explicar, existe una laguna en un sistema normativo en relación a un universo de casos cuando respecto de un caso no se establece ninguna solución o cuando únicamente ofrece una solución minimal. Es lo que se denomina *clausura por casos*. La cuestión que debemos plantearnos en este momento es la siguiente: una vez detectada una laguna, ¿diremos que el sistema jurídico considerado es incompleto o, por el contrario, existe algún otro tipo de clausura? En otras palabras, ¿hay alguna norma de clausura además de la clausura por casos?

Por regla de clausura entendemos aquella que califica deónticamente todas las acciones que no están calificadas ya por el sistema en cuestión (68). En caso afirmativo podríamos decir que un sistema es cerrado: a) si correlaciona todos los casos con alguna solución maximal, b) si tiene una norma de clausura.

Expondremos en primer lugar las reglas de clausura teóricamente posibles, para después (y esto es lo que interesa) ver si alguna de ellas forma parte de los ordenamientos jurídicos, es decir, si la podemos considerar una norma. Con ello estamos planteando la cuestión de la virtualidad de sistemas normativos cerrados (69).

En la literatura jurídica se mencionan tres *reglas* de clausura: la norma de clausura, la norma general negativa y la norma general exclusiva.

La norma de clausura es una norma metalingüística por la cual el lenguaje objeto de las normas del ordenamiento es un lenguaje cerrado. A tenor de esta no hay más cualificaciones normativas que las contempladas por el ordenamiento jurídico, y, por tanto, niega cualquier cualificación deóntica a los comportamientos no cualificados por los enunciados (imperativos o permisivos) del sistema. Según la norma de clausura, una norma es norma válida del ordenamiento

(68) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 190.

(69) Aunque partiendo de un concepto más amplio de laguna, Tammelo realiza una afirmación similar cuando dice que se presenta una laguna en el derecho cuando no hay previsión legal requerida en el derecho y el sistema legal relevante no contiene un principio universal (la norma general negativa) que podría suplir casos imprevistos. TAMMELO, I., 1978, p. 131.

si y sólo si es convalidada según las reglas de formación del lenguaje del ordenamiento, o convalidable según las reglas de transformación del dicho lenguaje (por ejemplo, según la regla que prescribe o admite la interpretación analógica).

La norma general negativa es una norma metalingüística, por la cual el lenguaje objeto de la norma imperativa es un lenguaje cerrado: es por tanto una norma de clausura de las normas imperativas.

La norma general exclusiva es una norma que cualifica indiferente todo comportamiento no cualificado por normas imperativas; es decir, los comportamientos no cualificados como obligatorios o prohibidos son indiferentes. Esta norma, a diferencia de la anterior, adscribe una cualificación deóntica (indiferente) a los comportamientos no cualificados por normas imperativas (70).

Como puede observarse, y a pesar de la denominación (norma), las tres anteriores son construcciones doctrinales, metapositivas, para justificar la clausura de los sistemas jurídicos. Son, por tanto, *reglas*. Concretamente las segunda y tercera son las bases de las teorías del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva respectivamente a cuyo comentario nos remitimos.

Desde otro punto de vista, teniendo en cuenta la interdefinibilidad de los operadores deónticos, suelen señalarse como reglas de clausura las dos siguientes: a) «Todo lo que no está permitido está prohibido», y b) «Todo lo que no está prohibido está permitido» (71).

Según la primera, para todo comportamiento (acción) «p» no regulado, debiéramos deducir que «p» está prohibido y que (si abstención tampoco se encuentra regulada) «no p» está prohibido, es decir, «p» sería a un mismo tiempo prohibido y obligatorio, lo que es una contradicción lógica.

En esta línea, von Wright propone como alternativas y para evitar la contradicción, las siguientes reglas de clausura: «Todo acto cuya ejecución no está permitida, está prohibido» y «Todo acto cuya ejecución u omisión no está permitida está prohibido». Sin embargo, estas reglas (si bien evitan las incoherencias señaladas) no clausuran el sistema. La primera de ellas no soluciona el caso en que no esté normada la negación (omisión) de un acto permitido, y la segunda no soluciona el caso en que no esté normado un acto cuya negación (omisión) está permitida (72).

A tenor de la segunda regla, si no está regulado «p» y tampoco «no p» entonces concluiremos que «p» está permitido y que «no p» también lo está. Esta regla a la vez que clausura el sistema preserva la coherencia del mismo.

Al hilo de este problema, y ante las alternativas señaladas, von

(70) CONTE, A. G., 1965 a, 1965 b, 1965 c y 1962, pp. 80-91.

(71) Cfr. GARDIES, J.-L., 1979, pp. 290-291.

(72) Cfr. WRIGHT, G. H. von, 1970, pp. 102-103.

Wright se plantea la cuestión de si la regla de clausura tiene que ser necesariamente permisiva, o si otros caracteres deónticos pueden también ser usados para clausurar el sistema. Pues bien, hay que decir que si se quiere preservar la coherencia del sistema es evidente que la regla de clausura tiene que ser permisiva, pues la permisión es el único carácter deóntico que puede calificar una acción y su negación sin que se produzcan incoherencias. Una regla de clausura prohibitiva daría lugar a incoherencias en los casos en que no estuviere normado «p» ni «no p», pues «Ph p» y «Ph —p» son manifiestamente contradictorios. Lo mismo sucedería con una regla de clausura «O» (Todo lo que no está permitido es obligatorio), con el agravante de que también resultaría una contradicción en el caso de que se infiriese la permisión de «p», pero no se infiera nada con respecto a «—p», pues las normas «Pp» y «O —p» son incompatibles (73).

La cuestión que debemos plantearnos en este momento es la siguiente: ¿alguna de las reglas indicadas está presente como enunciado normativo en los ordenamientos jurídicos? Es decir, con independencia de que el sistema resulte o no coherente, o de la bondad de la cualificación deóntica resultante, ¿existe algún tipo de enunciado positivo que clausure el sistema jurídico o parte del mismo? Pues si queremos negar (en relación a un sistema jurídico) la existencia de lagunas a través de un principio de clausura debemos entender la existencia del mismo no como algo *a priori*, sino en tanto que enunciado contingente y referible, por tanto, a un determinado ordenamiento jurídico o a parte del mismo.

Pues bien, en el terreno jurídico suele calificarse como regla de clausura el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, según el cual todas las conductas no prohibidas por la ley penal están permitidas. Es decir, dicha regla autorizaría inferir la permisión de una conducta en un caso dado si del ordenamiento no se colige ninguna prohibición respecto de dicho caso.

Antes de llegar a dicha conclusión, consideramos necesario señalar las diversas funciones que cumple tal regla, así como cuál es su traducción en normas de derecho positivo.

En primer lugar, en tanto que *nullum crimen sine lege*, el principio significa que no hay delito sin ley; es decir, no hay delito sin

(73) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 195.

No obstante, los mismos autores recuerdan que existe un caso en que hasta la regla de clausura permisiva puede dar lugar a una incoherencia. Ello ocurre cuando del sistema α se infiere que no p es facultativo en el caso q («—Fp/q» es consecuencia de α). Como no p está prohibido, con ayuda de la regla de clausura podríamos inferir que p está permitido. Pero como tampoco está prohibido —p, se podría inferir también la permisión de —p. Sin embargo, la permisión conjunta de p y —p es incompatible con —Fp. He aquí, pues, una incoherencia introducida por la regla de clausura. Aunque en la práctica es muy poco frecuente que una norma se limite a declarar que una acción no es facultativa sin más y, por tanto, este caso no es importante desde el punto de vista práctico, ello no elimina la dificultad teórica. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 195, nota 41.

que la ley especifique (tipifique) en qué consiste la conducta delictiva (garantía criminal). Para reforzar esta función la regla suele enunciarse también como *nullum crimen sine praevia lege*. Esta garantía está establecida en el artículo 1.1 del Código penal según el cual «son delitos y faltas las acciones y omisiones penadas por la ley».

En segundo término, en tanto que *nulla poena sine lege*, dicho principio supone que los tribunales no pueden imponer pena alguna que no se halle establecida por la ley (garantía penal). Esto supone a su vez que: a) la ley tiene que determinar claramente la clase de pena que procede imponer a cada delito; b) no pueden imponerse penas absolutamente indeterminadas en su duración; c) los tribunales no tienen facultades para imponer penas distintas de las que señala la ley, y d) no pueden variarse las circunstancias de ejecución de las penas (74). Este principio está recogido en el artículo 23 del Código penal: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se haya establecido por Ley anterior a su perpetración».

De los artículos mencionados, ¿puede afirmarse que el orden penal es un orden cerrado por cuanto que existe una norma de clausura que permite todas las conductas no prohibidas? Creemos que la respuesta debe ser positiva.

De una parte, el artículo 1.1 del Código penal establece una definición de delitos y faltas. Hay que dejar claro que se trata de una regla de clausura, pero no del ordenamiento jurídico, sino de la definición de delitos y faltas (75).

De otro lado, consideramos que del artículo 23 se infiere que la realización de un acto no penado por la ley no acarrea ninguna sanción penal.

Conviene recordar en este momento la noción de consecuencia normativa y señalar que (a pesar de la dificultad que comporta la determinación de las consecuencias de un acto de publicación) la introducción de un enunciado normativo « α » en un ordenamiento jurídico conlleva: a) la incorporación al mismo (además de « α ») de todas las consecuencias de « α » y b) la sustracción del mismo, por derogación implícita, de todos los enunciados incompatibles con « α » (76).

Pues bien, si tenemos esto en cuenta admitiremos que un acto puede estar permitido no sólo de manera expresa, sino por ser la consecuencia lógica de otros enunciados normativos. Pues bien, consideramos que una interpretación conjunta de los dos artículos mencionados autoriza a inferir la permisón de una conducta cuando no existe ninguna prohibición expresa de la misma. En este sentido sos-

(74) RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., 1976, p. 173. Cfr. también, CEREZO, J., 1981, pp. 196-197.

(75) CAPELLA, J.-R., 1968, pp. 302-303.

(76) Cfr. ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1978, p. 134. ALCHOURRÓN, C. E., 1982, p. 52; BULYGIN, E., 1977, p. 302.
y BULYGIN, E., 1977, p. 302.

tiene von Wright que la idea expresada por las palabras *nullum crimen nulla poena sine lege* puede ser interpretada en el sentido de que, dentro de un orden jurídico, una permisión débil es equivalente a una permisión fuerte (77).

Ahora bien, hay que tener en cuenta, de una parte, que dicho principio está limitado al ámbito penal, y, de otra, que el sistema penal provisto de la referida regla no es un sistema absolutamente cerrado respecto de cualquier universo de soluciones, sino respecto a un universo de soluciones determinado: las prohibiciones penales (vinculadas a una sanción determinada). Así, que un acto esté penalmente permitido no excluye en modo alguno que el mismo esté prohibido por otro tipo de enunciado normativo (una ordenanza municipal, un norma civil, etc.) (78). Es por esto que podemos calificar el sistema penal como un sistema cuasi-cerrado (79).

3.2. Laguna técnica

Este tipo de laguna han sido objeto de escasa atención en la literatura jurídica que se ha ocupado fundamentalmente (aunque bajo denominaciones distintas) de las lagunas normativas de un lado y de las ideológicas de otro.

De los diferentes conceptos de laguna técnica puede señalarse uno amplio que identifica este tipo de laguna con la ausencia de una norma cuya validez es condición de eficacia de otra (80), y otro estricto a tenor del cual la laguna técnica consiste en el hecho de la omisión, intencional o involuntaria, por parte del constituyente de las normas de procedimiento necesarias para el desarrollo de las actividades relativas a las actividades reguladas por él (81). En una posición intermedia recordaremos la opinión de Bobbio para quien las lagunas técnicas derivan del hecho que frecuentemente las normas enuncian sólo principios generales y no las modalidades de aplicación de aquellos principios, o bien indican el fin último a alcanzar y no los medios necesarios para conseguirlo (82).

A través de estas definiciones puede observarse que el concepto de laguna técnica está próximo al de laguna ideológica en cuanto que conlleva la idea de oportunidad de que el enunciado normativo que falta exista; de ahí que debemos plantearnos la cuestión siguiente: ¿en virtud de qué puede esperarse la existencia de un enunciado nor-

(77) WRIGHT, G. H. von, 1969, p. 96.

(78) ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974, p. 198.

(79) Cfr. FORIERS, P., 1968, p. 24.

(80) CONTE, A. G., 1962, p. 43.

(81) MORTATI, C., 1962, p. 183.

(82) BOBBIO, N., 1965, p. 422.

mativo más allá de criterios ideológicos o valorativos? Pues bien, el único modo de evitar caer en el concepto de laguna ideológica consiste en hacer depender la «esperabilidad» de la norma de las propias prescripciones del ordenamiento. De esta manera podemos precisar el concepto diciendo que existe una laguna técnica cuando el propio ordenamiento prescribe la existencia de una norma que de hecho no existe o cuando la disciplina jurídica de una determinada materia, no obstante estar prevista en el ordenamiento, falta (83).

A continuación expondremos algunos ejemplos de laguna técnica.

Los casos más frecuentes de laguna técnica son aquellos en los que un precepto constitucional remite a una ley (a través de fórmulas como «La ley regulará...», «serán determinados por ley», etc.) su desarrollo, y éste aún no se ha producido. Si esto confluye con el hecho de inexistencia de normativa preconstitucional al respecto (bien porque ésta ha sido declarada inconstitucional o simplemente derogada por la Constitución), estaremos ante una laguna técnica. Esto sucedió, dice Biscaretti, en Italia después de entrar en vigor la Constitución en enero de 1948 cuando muchos órganos en ella previstos (Tribunal Constitucional, Consejo Superior de la Magistratura, etc.) no se establecieron durante un gran período de tiempo (84). Hay artículos —escribe Pizzorusso en 1977— que no han sido desarrollados muchos años después de la entrada en vigor de la Constitución, como, por ejemplo, las instituciones que, en base al artículo 24.3, debían asegurar la asistencia judicial a los desprovistos de recursos económicos, la nueva ley sobre el régimen jurisdiccional de la que se habla en varios artículos del título IV de la parte II, la ley de reforma del Tribunal Supremo Militar de la Disposición Transitoria VI, 2, etc. (85).

En nuestro país, la publicación de la Constitución de 1978 conllevó la aparición de lagunas técnicas en el espacio de tiempo transcurrido entre diciembre de 1978 (entrada en vigor de la Constitución) y el desarrollo de las previsiones constitucionales, principalmente respecto de instituciones creadas por la Constitución. Así, por ejemplo, el vacío fue de algo más de tres años en el caso de la puesta en marcha del Tribunal de Cuentas (Ley de 12 de mayo de 1982, en desarrollo del artículo 136.4); de dos respecto del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (Ley de 30 de diciembre de 1981, en desarrollo del artículo 124.4); de cinco años en el caso de incompatibilidades de los miembros de Gobierno (Ley de 26 de diciembre de 1983 en desarrollo del artículo 98.4).

(83) Cfr. CAPELLA, J.-R., s. f., pp. 54-55; y PIZZORUSSO, A., 1977, p. 101. Ch. Huberlant define este tipo de laguna como sigue: hay lagunas que resultan de que la ley no contiene una regla concerniente en un caso mientras que la regla exige, de una manera absoluta, dicha regla, 1968, p. 40.

(84) BISCARETTI DI RUFIA, P., 1973, p. 175.

(85) PIZZORUSSO, A., 1977, p. 224.

Lo mismo ocurre en el caso de los derechos reconocidos por la Constitución que, sin embargo, necesitan para su plena efectividad desarrollo legislativo. Así, por ejemplo, hasta el 26 de diciembre de 1984, fecha de publicación de la Ley de objeción de conciencia, existió una laguna técnica respecto del derecho reconocido en el artículo 30 de nuestra norma fundamental. Como el mismo Tribunal Constitucional reconoce, el derecho a la objeción de conciencia no es el derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho a ser declarado exento del deber general de prestarlo y a ser sometido a una prestación social sustitutoria. Es por ello que «la objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el artículo 30.2 de la Constitución “con las debidas garantías”, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud» (86). Hoy en día existe una laguna técnica, por ejemplo, en relación con la instrumentación jurídica del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos [art. 105.b)] por falta de desarrollo constitucional del mismo, y lo mismo podemos decir respecto de la participación de los ciudadanos en la administración de justicia a través de la institución del jurado (art. 125).

Lo mismo puede suceder con normas infraconstitucionales. Así Villar Palasí afirma que «en el Derecho administrativo las lagunas son a veces insalvables: 1. Una ley sin reglamento es válida y vigente, pero normalmente inaplicable; salvo caso de pervivir el Reglamento anterior de la ley sustituida. 2. La falta de elementos desgajados o fisionados produce igual efecto: si no se ha fijado el arancel de una mercadería, no hay posibilidad de liquidar la deuda arancelaria» (87).

Por último, haremos notar que la calificación de una laguna como técnica resulta más patente en el caso de las lagunas por remisión. Se trata de supuestos en los que una norma remite a otra, inexistente, la regulación de una determinada materia o aspecto de la misma. Veámos algunos ejemplos.

La Ley de Bases de Régimen Local prevé en su artículo 22.3 que la moción de censura al alcalde «se rige por lo dispuesto en la legislación electoral general». Pues bien, en esta materia desde la declaración de inconstitucionalidad del artículo 42.1 de la antigua ley electoral, y hasta la publicación el 19 de junio de 1985 de la Ley Electoral General no existía regulación sobre dicha materia. Es más, incluso después de la entrada en vigor de dicha ley la laguna persistió hasta el 10 de junio de 1987, pues, a tenor de su disposición transitoria tercera, «lo dispuesto en el artículo 197 (moción de censura al alcalde) será de aplicación una vez celebradas las primeras elecciones loca-

(86) Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril de 1982.

(87) VILLAR PALASÍ, J. L., 1975, pp. 88-89.

les siguientes a la entrada en vigor de esta ley». Por tanto, la inexistencia de previsión legislativa para actuar el mecanismo legal reconocido por el citado artículo 22.3 se prolongó hasta la celebración de las últimas elecciones locales.

4. CONCLUSIONES

En la literatura jurídica se ha tratado de solventar el problema de las lagunas a través de teorizaciones diversas con un mismo objetivo: negar la existencia de lagunas en el derecho. Esta posición ha encontrado su desarrollo teórico ya por parte de la filosofía jurídica ya a través de fundamentos lógicos.

Las teorías iusfilosóficas del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva plantean la cuestión de las lagunas a un nivel puramente conceptual, lo que les lleva a sostener la inexistencia de vacíos jurídicos ya sea en base a que lo no regulado no entra dentro del campo de lo jurídico y por tanto no tiene sentido hablar de lagunas (caso de la primera), ya en base a que puesto que todos los actos «caen» dentro del derecho y éste opera imponiendo restricciones a la libertad natural del hombre lo no regulado debe entenderse permitido (caso de la teoría de la norma general exclusiva). La primera excluye el «permitido» de las modalidades deónticas, y la segunda realiza un «salto» respecto del status deóntico de las acciones haciéndolas pasar de la ausencia de status a uno determinado: la permisión.

Ahora bien, el principal motivo por el que consideramos que dichas teorías no muestran la completitud de los ordenamientos jurídicos reside en el hecho de que otorgan el status de normas a lo que no son sino construcciones doctrinales (metanormas).

De otro lado, la teoría que fundamenta la completitud en la obligación de juzgar de los jueces comete el error de identificar dos sentidos diferentes de completitud: completitud de cualificación y de decisión; así como de referir la completitud a los casos individuales, cuando en realidad ésta se plantea a nivel de los casos genéricos.

Tampoco puede aceptarse la tesis lógica que fundamenta la completitud de los sistemas normativos en la interdefinibilidad de permitido y prohibido, pues identifica lo que son dos niveles de lenguaje: los enunciados normativos y las proposiciones normativas.

Es por esto que consideramos que un correcto examen de la problemática de las lagunas no puede llevarse a cabo en relación a todo el ordenamiento jurídico, sino a través de una previa delimitación de la base normativa; y será por tanto en función del universo del discurso del lenguaje legal que puede hablarse de completitud o incompletitud.

Limitado el análisis a las lagunas normativas y las técnicas, y partiendo de que el universo del discurso lo conforman las normas mis-

mas, nuestra pretensión ha sido la de mostrar que el problema de las lagunas se presenta de manera netamente diferenciada respecto de las denominadas normas primarias o normas de obligación y de las normas secundarias (también llamadas normas técnicas o de organización). En el seno de las primeras hablaremos en términos de lagunas normativas y respecto de las segundas de lagunas técnicas.

Así, diremos que existe una laguna normativa en un sistema normativo en relación a un universo de casos cuando respecto a un caso no se establece ninguna solución o se establece únicamente una solución minimal, y no existe en el ordenamiento ninguna norma de clausura. La laguna técnica se produce cuando el propio ordenamiento prescribe, de cara a su efectividad, la presencia de una o más normas y éstas no existen.

BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRÓN, C. E.

1978: *Un modelo per la dinamica dei sistemi normativi*, en «Informatica e Diritto», pp. 133-143.

1982: *Normative order and derogation*, en A. A. MARTINO (ed.) «Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systemes», vol. II, Nort-Holland, Amsterdam-New York-London, pp. 51-63.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E.

1974: «Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales» (trad. cast.), Astrea, Buenos Aires.

BERGBOHM, K.

1892: «Jurisprudenz und Rechtsphilosophie», Leipzig.

BISCARETTI DI RUFIA, P.

1973: «Derecho Constitucional» (trad. cast.), Tecnos, Madrid.

BOBBIO, N.

1940: *Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 3, pp. 266-270.

1960: «Teoria dell'ordinamento giuridico», Giappichelli, Torino.

1965: *Lacune nel diritto*, en «Novissimo Digesto Italiano», vol. IX, pp. 3-32.

BRUNETTI, G.

1915, 1920, 1925: «Scritti giuridici varii, vols. I, III y IV, respectivamente, UTET, Torino.

1915: *Sul valore del problema delle lacune*, en BRUNETTI, G., 1915, pp. 34-35.

1920 a: *Il senso del problema delle lacune*, en BRUNETTI, G., 1920, pp. 1-29.

1920 b: *Ancora sul senso del problema delle lacune*, en BRUNETTI, G., 1920, pp. 30-49.

1920 c: *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico*, en BRUNETTI, G., 1920, pp. 50-87.

1920 d: *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, en BRUNETTI, G., 1920, pp. 163-263.

1926: *In margine alla questione della completezza dell'ordinamento giuridico*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, pp. 291-292.

BULYGIN, E.

1977: *Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti*

- normativi*, en BERNARDO, G. di (a cura di), «Logica deontica e semantica», il Mulino, Bologna, pp. 291-306.
- CAPELLA, J. R.
1968: «El derecho como lenguaje», Ariel, Barcelona.
s. f.: «Sobre el discurso jurídico. 1. La teoría general de las normas», Universidad de Barcelona, Barcelona.
- CEREZO, J.
1981: «Curso de Derecho Penal Español. Parte General I», Tecnos, Madrid.
- CONTE, A. G.
1962: «Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici», Giappichelli, Torino.
1965 a: *Norma di chiusura*, en «Novissimo Digesto Italiano», vol. XI, pp. 327-328.
1965 b: *Norma generale esclusiva*, en «Novissimo Digesto Italiano», vol. XI, p. 329.
1965 c: *Norma generale inclusiva*, en «Novissimo Digesto Italiano», vol. XI, pp. 329-330.
1968: *Decision, complétude, clotûre. A propos des lacunes en droit*, en Perelman, Ch., 1968, pp. 67-84.
- CORSALE, M.
1958: *Lacune nel diritto*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XXIII, pp. 257-271.
- COSSIO, C.
1947: «La plenitud del ordenamiento jurídico», Losada, Buenos Aires.
- DONATI, D.
1910: «Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico», Milano, 1910, Società Editrice Libreria.
- ENGISCH, K.
1970: «Introduzione al pensiero giuridico», Giuffrè, Milano.
- FORIERS, P.
1968: *Les lacunes du droit*, en PERELMAN, Ch., 1968, pp. 9-29.
- GARCÍA MAYNEZ, A.:
1940-41: «Introducción al Estudio del Derecho», Porrúa, México.
- GARDIES, J.-L.
1979: *En quelque sens un droit, un système des dispositions juridiques peut-il être dit complet?* en «Archives de Philosophie du Droit», pp. 285-296.
- GUASTINI, R.
1976: *Completezza e Analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo novecento*, en «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», 4, pp. 511-591.
- HOLFIELD, W. N.
1913: *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, en «Yale Law Journal», 23, pp. 16-59.
- HUBERLANT, Ch.
1968: *Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, en PERELMAN, Ch., 1968, pp. 31-66.
- KELSEN, H.
1981: «La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho», Ed. Nacional, México.
1981: «Teoría Generale delle Norme», Einaudi, Torino.
- KLUG, U.
1968: *Observations sur le problème des lacunes en droit*, en PERELMAN, Ch., 1968, pp. 85-103.

- LEGAZ LACAMBRA, L.
1979: «Filosofía del Derecho», Bosch, Barcelona.
- LEGROS, R.
1968: *Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit penal*, en PERELMAN, Ch., 1968, pp. 363-400.
- LOMBARDI, L.
1981: «Corso di Filosofia del Diritto», CEDAM, Padova.
- MACHADO, A. L.
1970: *Imperativismo e teoria egologica*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, pp. 205-224.
- MICELI, V.
1926 a: *Intorno alla completezza dell'ordinamento giuridico*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1, pp. 123-125.
1926 b: *Una questione di logica*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 3, pp. 426-427.
- MOOR, G.
1941: *Sulla questione delle lacune nel diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, pp. 312-327.
- MORTATI, C.
1962: *Costituzione. Dottrine Generali e Costituzione della Repubblica Italiana*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XI, pp. 139-233.
- PERELMAN, Ch.
1968 (études publiées par): «Le problème des lacunes en droit», Bruylant, Bruxelles.
1979: «La nueva lógica y la nueva retórica» (trad. cast.), Cívitas, Madrid.
- PIZZORUSSO, A.
1977: «Disposizioni sulla legge in generale. Delle fonti del diritto. Art. 1-9», Zanichelli, Bologna-Roma.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.
1976: «Derecho Penal Español. Parte General», Dyckinson, Madrid.
- ROMANO, S.
1963: «El ordenamiento jurídico» (trad. cast.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
1969 a: «Lo Stato Moderno e la sua crisi», Giuffrè, Milano.
1969 b: *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, en ROMANO, S., 1969 a, pp. 27-116.
1969 c: *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, en Romano, S., 1969 a, pp. 171-185.
- ROSS, A.
1971: «Lógica de las normas» (trad. cast.), Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ-MAZAS, M.
1984: *Algebra del derecho y procesamiento de la legislación*, en «Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya», 18, pp. 61-97.
- TAMMELO, I.
1978: «Modern logic in the service of law», Springer-Verlag, Wien-New York.
- VILLAR PALASÍ, J. L.
1975: «La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos», Tecnos, Madrid.
- WEINBERGER, O.
1972: *Fundamentals problems of the theory of legal reasoning*, en «Archiv für Rechts und-Sozialphilosophie», 3, pp. 305-336.
1977: *Logica delle norme e domini logici*, en BERNARDO, G. di (a cura di), il Mulino, Bologna, pp. 95-146.

WRIGHT, G. H. von

1968: «An essay in deontic logic and the general theory of action», North-Holland P. C., Amsterdam.

1969: *On the logic and the ontology of norms*, en DAVIS, G. H.; HOCKNEY, D. H., y WILSON, W. K. (eds.), «Philosophical Logic», D. Reidel P. C., Dordrecht-Boston.

1970: «Norma y Acción. Una investigación lógica» (trad. cast.), Tecnos, Madrid.

WROBLEWSKI, J.

1972: *Systems of norms and legal systems*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2, pp. 224-225.

ZITELMANN, E.

1922: *Las lagunas del derecho*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 140, pp. 540-559.