

LAGUNAS JURÍDICAS Y VOLUNTAD DE DERECHO

LEGAL GAPS AND WILL OF LAW

CRISTIÁN PÉREZ GARCÍA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL DOGMA DE PLENITUD Y EL CONCEPTO DE LAGUNA.
 - 1. **La plenitud del ordenamiento jurídico.**
 - 2. **La laguna jurídica.**
 - 3. **La laguna axiológica.**
 - 4. **La laguna técnica.**
 - 5. **Definición formal.**
- III. EL ESPACIO JURÍDICO VACÍO Y LA AUSENCIA DE DERECHO.
 - 1. **El espacio jurídico vacío.**
 - 2. **Dos cuestiones controvertidas.**
- IV. LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA Y LA PRESENCIA DE DERECHO.
 - 1. **La norma general exclusiva.**
 - 2. **Crítica de la norma general exclusiva.**
- V. LA VOLUNTAD DE DERECHO.
 - 1. **Juez, lagunas e integración.**
 - 2. **La voluntad de Derecho.**
- VI. CONCLUSIONES.

Resumen: Este trabajo aborda la cuestión de las lagunas jurídicas desde varios enfoques diferentes, aunque todos complementarios. Lo primero que se hace es fijar un concepto claro de laguna con el que poder guiar los razonamientos. A continuación, se exponen las principales teorías para la solución del problema de las lagunas: la teoría del espacio jurídico vacío y la teoría de la norma general exclusiva. Estas teorías se presentan críticamente, confrontando las doctrinas de múltiples autores. Se tratará también de elaborar una tercera teoría que permita resolver el problema de las lagunas de una forma más adecuada, razonando a partir de las otras dos.

Abstract: In this work we reflect about the issue of legal gaps from several different approaches, although all complementary. First of all, we must establish a clear concept of legal gap with which we can advance in further reasoning. Next, we expose the main theories for the solution of the problem of legal gaps: the theory of empty legal space and the theory of exclusive general rule. These theories are critically presented, confronting the doctrines of multiple authors. We will also try to elaborate a third theory that allows us to solve the problem of the legal gaps in a more adequate way, reasoning from the other ones.

Palabras clave: Lagunas, derecho, analogía.

Keywords: Legal gaps, Law, analogy.

I. INTRODUCCIÓN

La presente obra trata uno de los pilares de la teoría del derecho: la teoría de las lagunas, o, lo que es lo mismo, el estudio de la plenitud del ordenamiento jurídico, de los límites del derecho, de su fuerza expansiva o su autocontención y, en definitiva, de la dialéctica judicial desplegada en aquellos casos para los que no hay regulación material expresa.

Es ésta una cuestión hasta tal punto controvertida que no resulta pacífica ni la determinación del propio objeto de estudio, de modo que en primer lugar deberemos determinar su naturaleza y extensión. Sobre esta base podremos construir los raíles lógicos que nos guiarán en el estudio del vetusto problema de las lagunas.

A continuación, expondremos las dos principales teorías que la doctrina ha desarrollado para negar la existencia de lagunas en el derecho: la teoría del espacio jurídico vacío, de Karl BERGBOHM, y la teoría de la norma general exclusiva, de Ernst ZITELMANN, que vienen a confluír en una misma conclusión, si bien tras seguir argumentaciones aparentemente contrarias. Después de cada una de ellas veremos sus principales críticas.

Finalmente, analizaremos la cuestión de la integración y plantearemos una nueva teoría que nos permitirá resolver el problema de las lagunas de una manera diferente: la teoría de la voluntad de derecho, una síntesis de los planteamientos de BERGBOHM y ZITELMANN diseñada para salvar las principales objeciones a las que sus teorías tuvieron que enfrentarse.

II. EL DOGMA DE PLENITUD Y EL CONCEPTO DE LAGUNA

1. La plenitud del ordenamiento jurídico

La plenitud es un concepto, por definición, relativo, pues toma como referencia un ideal a cuya forma, contenido y extensión hay que adecuarse para ser, en ese sentido,

pleno⁽¹⁾. Un derecho es pleno, señala BOBBIO, «cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria»⁽²⁾; es en ese caso en el que hablamos de una laguna jurídica. La medida justa es, así, la existencia de una y sólo una norma de las dos señaladas por BOBBIO. Si no hay ninguna norma que regule la conducta *c*, el derecho adolece de falta de plenitud por existir una laguna. En cambio, si lo que hay es un exceso de normas y son éstas contradictorias e incompatibles el problema del derecho es, precisamente, el contrario: nos encontramos ante una antinomia y, por ello, el derecho no es coherente⁽³⁾.

ALCHOURRÓN y BULYGIN responden a la idea de plenitud de CARNELUTTI, para quien la plenitud toma la forma de una exigencia de completud del ordenamiento jurídico⁽⁴⁾. Ellos, en cambio, sostienen una concepción de la plenitud según la cual «todo sistema jurídico es completo; el postulado no expresa una exigencia, sino que afirma un hecho y, además, un hecho necesario: la clausura de los sistemas jurídicos»⁽⁵⁾.

2. La laguna jurídica

El concepto de laguna se ha tratado de maneras muy diversas a lo largo de la historia de la filosofía del derecho y nos conviene ahora evitar, en la medida de lo posible, cualquier confusión terminológica.

BOBBIO, como hemos visto, destaca la relación que existe entre las lagunas y la plenitud. Partiendo del dogma citado, afirma que «la falta de plenitud consiste en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíba determinado comportamiento ni una norma que lo permita» y que «si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna»⁽⁶⁾. Lo mismo, aunque pensando ya en la función jurisdiccional,

(1) Podemos plantear el problema de esta otra manera: si el objetivo de un jurista fuese elaborar un Derecho que sólo regulase la mitad, inmediatamente se preguntaría la mitad *de qué* es lo que hay que regular. Lo mismo sucede con la idea de plenitud, que hace referencia a la totalidad. Cuál es ese *todo* es la cuestión que ahora nos ocupa.

(2) Bobbio, N. *Teoría general del Derecho*. Ediciones Olejnik, primera edición. Santiago de Chile, 2017. P. 201.

(3) A estos efectos, define Bobbio la coherencia como «aquella propiedad en virtud de la cual no es posible demostrar, en ningún caso, la pertenencia al sistema de una determinada norma y de su contradictoria». *Vid.* Bobbio, N. *Op. cit.* P. 201.

(4) Carnelutti, F. *Teoría general del Derecho*. S. e. Madrid, 1955. Pp. 107 y 106. Citado en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea, segunda edición revisada. Buenos Aires, 2012. P. 179.

(5) Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas normativos... Op. cit.* P. 180.

(6) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 201.

plantea CARACCIOLO. Para él, el derecho tiene lagunas «cuando los órganos encargados de su aplicación, en especial, los jueces, no pueden fundar en el mismo una decisión con respecto a un caso particular»⁽⁷⁾. En cualquier caso, el problema para ambos es que pueda llegar a plantearse un supuesto para el que el derecho no haya previsto ninguna solución.

Otros autores incorporan como elemento central un juicio valorativo sobre el silencio de la norma. Así, según RODILLA una laguna es «un hueco o vacío normativo, la inexistencia de una norma allí donde se esperaba tenerla»⁽⁸⁾. Pero no interpretemos, precipitadamente, que esto significa que para cada concreto asunto deba haber una norma positiva particular, pues se apresura a señalar el propio autor que «[e]l hecho de que el legislador no haya previsto un determinado caso no necesariamente significa que haya una laguna, mientras las normas existentes den una respuesta al caso imprevisto»⁽⁹⁾. Diríamos entonces que, *stricto sensu*, no se trata de un caso imprevisto, pues aunque no de forma expresa y particularizada, el derecho sí contiene para él una solución⁽¹⁰⁾. Termina de pulir el concepto cuando define la laguna jurídica como aquella situación en que «a propósito de una conducta concreta no es posible determinar si es obligatoria, permitida o prohibida por el sistema»⁽¹¹⁾, con lo que se aproxima a las tesis de BOBBIO y CARACCIOLO.

Por su parte, PACHECO entiende por lagunas «las hipótesis no previstas por el legislador», es decir, «aquellos espacios vacíos que éste ha dejado en la ley por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlos, habiendo debido regularlos»⁽¹²⁾. Añade, citando a ENGISCH, que «[l]as lagunas son insuficiencias del Derecho positivo [...] que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complementa el Derecho»⁽¹³⁾. PACHECO no sólo detalla cuáles son, para él, las posibles razones para el silencio de la ley, sino que, haciendo suyas las palabras de ENGISCH, introduce la nota característica del problema de las lagunas: el deber de integrarlas.

(7) Caracciolo, R. *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*. Distribuciones Fontamara, primera edición. Colonia del Carmen, 1994. P. 26.

(8) Rodilla, M. Á. *Teoría del Derecho*. Ratio Legis. Salamanca, 2014. P. 341.

(9) Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 343.

(10) En este sentido, *vid.* Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. Editorial Trotta, primera edición. Madrid, 2011. P. 78, donde expone la idea de la «norma completa». Analizada adecuadamente, ésta lleva a entender que una norma no es sólo lo que concretamente ha sido promulgado como ley L1, L2, L3... Ln, sino que todas las normas N' que puedan tener un efecto sobre el caso c han de considerarse como la norma completa Nc aplicable a c. *V. gr.* la norma completa aplicable a una herencia es no sólo el *corpus* formado por los artículos del código civil sobre derecho sucesorio, que determinarán, entre todos, el elemento objetivo de la norma, sino también, entre otras cosas, la normativa sobre filiación que determina, a la sazón, quién ha de ser legitimario, esto es, el elemento subjetivo.

(11) Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 343.

(12) Pacheco G., M. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990. P. 401.

(13) Engisch, K. *Introducción al pensamiento jurídico*. P. 174. Citado en *loc. cit.*

Es un tópico en estas definiciones de laguna jurídica la ausencia de regulación, es decir, la existencia de una cuestión sobre la que el derecho no se ha pronunciado⁽¹⁴⁾. Sobre este vacío normativo pesa una necesidad de regulación, por lo general, fuertemente subjetiva y valorativa⁽¹⁵⁾ de la que brota el deber de buscarle una solución dentro del derecho. Esta solución pasa, tradicionalmente, por la integración, que es el mecanismo con el que se suple el vacío normativo calificado como laguna en instancias judiciales. Así, corresponde al juez, una vez constatada la existencia de una laguna, la labor de darle la regulación que resulte más conveniente. Mediante la atribución de estas competencias legislativas *ad hoc* se pretende salvaguardar la plenitud del ordenamiento jurídico, amenazada por la existencia de la supuesta laguna.

3. La laguna axiológica

Si un asunto cuenta con una regulación jurídica podemos considerar, aunque a muchos ésta no les satisfaga, que no hay sobre él una laguna, al menos en el sentido que nosotros aquí manejamos⁽¹⁶⁾. Por esta razón, debemos distinguir un segundo género de laguna diferente del que hemos descrito: el de las lagunas axiológicas, que no basan su existencia, necesariamente, en la ausencia de norma. Por el contrario, éstas son una mera disonancia entre lo que el derecho dice y lo que debería, a juicio de cada uno, decir. Pero no son cuestiones sin regular, sino reguladas de una forma inconveniente, inadecuada desde una perspectiva ética concreta, de suerte que el problema que plantean es de un orden completamente diferente: no es que no se pueda hallar una solución para el caso, sino que la solución que da el derecho resulta, por injusta, indeseable⁽¹⁷⁾.

Pero también es posible reconducir la cuestión axiológica hacia el cauce general del problema de las lagunas. MOOR, por ejemplo, sostiene que una laguna no es la ausencia de una norma aplicable, «sino la inidoneidad del derecho vigente»⁽¹⁸⁾, de suerte

(14) Muchos autores distinguen, a estos efectos, entre Derecho (*ius*) y ley (*lex*) y hacen la concesión de admitir las lagunas legales, mas no las lagunas en el Derecho. Destaca esta cuestión, *v. gr.*, Iturralde Sesma, V. «Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas». *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. e. vol. V, 1988. P. 350.

(15) Interesa a este respecto la cuestión de las lagunas técnicas, a las que pronto nos referiremos, y que parecen plantear la necesidad de regulación como una cuestión genuinamente necesaria y no valorativa y contingente, argumentando la imposibilidad de aplicar, en caso contrario, el Derecho.

(16) Hay quien señala las lagunas axiológicas como «falsas lagunas», lo que, ciertamente, son, al menos si tomamos como criterio orientador la definición que hemos sintetizado. De esta denominación da cuenta, entre otros, Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 345. Por su parte, Bobbio se refiere a ellas como «lagunas ideológicas», frente a las «lagunas reales». *Vid.* Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 217 y ss.

(17) Zitelmann, sobre la laguna axiológica, señala que ésta consiste en que la solución dada por la ley se antoja «repugnante», no en que no haya solución para el caso, de suerte que, según su teoría, todo caso puede encontrar una solución legal más o menos satisfactoria. *Vid.* Zitelmann, E. *Las lagunas del Derecho*. Ediciones Olejnik, primera edición. Santiago de Chile, 2019. P. 98.

(18) Moor, G. «Sulla questione delle lacune nel diritto». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2. Pp. 323. *Cit.* en Iturralde Sesma, V. *Op. cit.* P. 352.

que, a la postre, la cuestión acaba reduciéndose igualmente a una carencia del derecho. Este es el criterio de validez material⁽¹⁹⁾, es decir, la exigencia de que la norma, para ser verdadero derecho, respete un determinado ideal regulatorio (*v. gr.* de justicia).

Si bien el derecho no puede considerarse en absoluto perfecto por el mero hecho de encontrarse positivizado, es así, al menos, objetivo en mayor o menor grado, pues su contenido está a la vista de cualquier observador. Esto no se puede decir del ideal regulatorio al que se acude en aplicación de criterios axiológicos de validez, pues, con frecuencia, el ideal no pasa de ser precisamente eso, de modo que carece de una objetividad suficiente como para garantizar un mínimo de seguridad. Este problema podría solucionarse positivizando la norma ideal justa, pero lo que con frecuencia sucede en ese paso de lo abstracto a lo concreto es que la justicia se difumina y el acuerdo sobre la validez de la norma desaparece.

El criterio de validez material coloca la justicia, o el derecho natural, por encima de la norma positiva, lo que exige saber, por lo pronto, qué (o cuál) es esa justicia que se va a observar. Y si bien puede resultar hartamente difícil identificar e interpretar el derecho positivo aplicable al caso, hacer tal cosa con el derecho natural es, sencillamente, imposible⁽²⁰⁾. Si no fuese así, es decir, si la justicia fuese objetivamente identificable y, por ello, admitiésemos un criterio de validez material para el Derecho, ambos problemas serían uno solo: la norma injusta no sería norma válida del ordenamiento jurídico, no existiría, de modo que nos encontraríamos también ante una laguna jurídica. Puesto que no es tal el caso, deberemos adoptar aquí únicamente un criterio de validez formal del derecho, dejando a un lado la cuestión axiológica⁽²¹⁾.

(19) Sobre éste y los otros dos criterios de validez del Derecho, formal y social, *vid.* Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 19 y ss. Bobbio combina de seis maneras diferentes estos criterios, con lo que obtiene sendas proposiciones sobre normas que son válidas (en algún sentido) y, a su vez, inválidas (en algún otro), pero normas jurídicas, al fin y al cabo. Cabe destacar que él no habla de validez *formal, material y social*, sino de *validez, justicia y eficacia*, respectivamente. Recoge sus mismas explicaciones Díaz, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus ediciones, primera edición. Madrid, 1971. Pp. 58 y ss. y, en especial, p. 59, si bien toda la citada obra es de máximo interés para el asunto que nos ocupa. Cita también este autor (*ibid.* p. 53, nota 28) la teoría tridimensional del Derecho de Miguel Reale, que da cuenta del carácter trivalente, quizá tripartito, del Derecho, que se apoya sobre tres disciplinas complementarias: ciencia, sociología y filosofía del Derecho, una por cada criterio de validez, según cuál se tome como referencia. A estos efectos, *vid.* Reale, M. *Teoría tridimensional del Derecho*. Tecnos, primera edición. Madrid, 1997. No es ésta la obra citada por Díaz, si bien es cierto que, pese a que ya existía cuando publicó él la suya, faltaban dos años para la primera edición en español.

(20) En contra de esto se podría argumentar partiendo de los planteamientos de Alchourrón y Bulgin, que abordan la cuestión axiológica desde el rigor más positivista de que son capaces. Distinguen entre tesis e hipótesis de relevancia, para lo que acuñan también el concepto de «propiedades relevantes». Siendo éstas aquellas propiedades «que merecen ser tenidas en cuenta para dar soluciones diferentes» (Alchourrón, C. E. y Bulgin, E. *Sistemas normativos... Op. cit.* P. 142), la hipótesis de relevancia será el conjunto de todas las propiedades relevantes para un concreto binomio solución-caso, mientras que la tesis de relevancia es aquello que realmente se ha tenido en cuenta al establecer la solución (*ibid.*, p. 152). Ésta es, así, la definición que ellos manejan de laguna axiológica: una disonancia entre tesis e hipótesis de relevancia. En sus propias palabras, es aquella una situación en la que «la solución es inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta» (*ibid.*, p. 156). Claro está, identificar dicha hipótesis de relevancia dista mucho de ser tan fácil como a priori puede parecer.

(21) Ahora bien, no significa esto que se trate de una cuestión menor. La justicia, pocos se opondrán a ello, ha de ser uno de los criterios que inspiren al legislador en su labor creadora de derecho. Como decía

4. La laguna técnica

Lo que inicialmente describimos como laguna es el caso genérico de una situación no regulada, habitualmente considerado como laguna de ley. La laguna técnica no es, *stricto sensu*, una cosa distinta, como sí sucede con la laguna axiológica, sino, más bien, una particular especie de aquel género⁽²²⁾. Según ITURRALDE SESMA, lo que caracteriza a estas lagunas es que el propio legislador las crea al promulgar una norma defectuosa, con un desarrollo deficiente que impide aplicarla de la forma debida⁽²³⁾; dicho de otro modo, es el ordenamiento mismo el que llama a existir a una norma que, sin embargo, no existe, de suerte que en ocasiones ello impide la correcta aplicación de otras normas que de aquélla dependen⁽²⁴⁾. Decimos que no es una cuestión muy diferente de lo que en general se entiende por laguna porque, en última instancia, no deja de ser una situación en que el juez debe resolver y no dispone de una norma adecuada para ello. Es, en mi opinión, un asunto que no merece un trato muy diferenciado del que aquí daremos a las lagunas jurídicas en general, pues, si bien hemos de reconocer su especial carácter, no ha de resultar particularmente distinta la laguna técnica ni por sus consecuencias ni, si las hay, por las soluciones que se le presenten.

5. Definición formal

Si retomamos la definición que aquí vamos a manejar, la de laguna jurídica, podemos extraer el esquema lógico formal que a ella subyace y que da cuenta de la interrelación de sus tres elementos. Definamos éstos tal que⁽²⁵⁾: sea *a* la ausencia de derecho; *n*, la necesidad de derecho, y, finalmente, sea *i* la integración.

Kelsen, «[e]sta exigencia es de todo punto admisible, si bien lo que propiamente signifique es cuestión aparte». *Vid.* Kelsen, H. *Teoría pura...* *Op. cit.* P. 48. Las muchas formas de regular (o no regular) un asunto responden a diversas concepciones de la justicia, que colapsan, tras un proceso dialéctico, en una justicia «objetivada» en el texto de la norma. *V. gr.* la norma que impone al testador la obligación de respetar la legítima de determinados herederos responde a la idea que el legislador tiene, en materia sucesoria, de cuál ha de ser la forma de obrar justa de los padres para con los hijos (o cualquier otro legitimario). No es necesario, ni siquiera deseable, que la justicia sea introducida en la norma como criterio *inrajurídico*, pues toda norma responde ya a un concreto criterio *prejurídico* o *metajurídico* de justicia, observado por el legislador en su redacción. Aquel supuesto de la justicia como guía para la interpretación y aplicación de la norma sólo es una sustracción del debate ético y metafísico de los parlamentos a los juzgados. De este modo, aquello que debería inspirar al creador de la norma termina inspirando también a su aplicador, de suerte que éste se convierte también, *ad hoc*, en legislador.

(22) Comparte esta idea Rodilla, para quien las lagunas técnicas sólo son «una clase especial de las lagunas normativas» (*vid.* Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 344), que son de las que nosotros, en este trabajo, nos ocupamos.

(23) Iturralde Sesma, V. *Op. cit.* P. 351. También Llambías de Azevedo, J. «Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del Derecho natural». *Diánoia*, vol. 11, núm. 11, 1965. P. 207. Llambías de Azevedo señala que en estos casos la laguna «se halla denunciada por la propia ley, cuyos contenidos están "llamando" a otros contenidos que deben complementar a los primeros» (*loc. cit.*).

(24) Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 344.

(25) Quien quiera iniciarse o profundizar en el campo de la lógica formal o simbólica puede consultar, entre otros, Garrido, M. *Lógica simbólica*. Tecnos, cuarta edición. Madrid, 2001, cuyas notación, metodología

Una laguna es una ausencia indebida de regulación que debe subsanarse por medio de la integración. Tomando los elementos anteriores, podemos redefinir el concepto siguiendo la forma lógica de una implicación⁽²⁶⁾: « $(a \wedge n) \rightarrow IO i$ ». El antecedente y condición jurídica de este enunciado lo componen la ausencia de derecho (a) y su necesidad (n), conectadas mediante conjuntor, lo que responde al enunciado de lenguaje natural «ausencia indebida de derecho» o «necesidad de derecho allí donde falta». A este condicionante se le imputa como consecuencia jurídica el deber de integrar la laguna ($IO i$). Este deber nace, por *modus ponens*, cuando concurren las notas de ausencia y de necesidad ($a \wedge n$), obligando así al juez a integrar la laguna. Esta obligación suele ser, por medio del derecho positivo, consustancial a la identificación de una laguna⁽²⁷⁾.

III. EL ESPACIO JURÍDICO VACÍO Y LA AUSENCIA DE DERECHO

1. El espacio jurídico vacío

Una de las primeras aportaciones al problema de las lagunas fue la de Karl BERGBOHM, un firme iuspositivista para quien las lagunas jurídicas se aparecían como una

y terminología emplearemos en la presente obra, salvo por lo que respecta a algunos símbolos (por ejemplo, los cuantificadores, que seguirán la notación matemática habitual).

(26) Permítaseme hacer uso aquí del implicador como conector del concepto en sentido estricto ($a \wedge n$) y su consecuencia (i). Esto no es, sin embargo, del todo correcto, pues lo que con la implicación se establece es una relación causal, propia del ser, y lo que aquí pretendo reflejar es, por el contrario, una relación de imputación, esto es, de deber ser. La fórmula « $(a \wedge n) \rightarrow i$ » sugiere una inaceptable relación de necesidad entre la existencia de una laguna y su indefectible integración, cosa que no sucede en absoluto ni es propia de la logodinámica jurídica. Más aceptable es la fórmula « $(a \wedge n) \rightarrow IO i$ », en la que la integración se formaliza como un deber y no como un hecho. Ahora bien, de este enunciado se puede también extraer la conclusión, rigurosa desde la lógica estricta, de que la obligación de integrar es consustancial a e indisoluble de la existencia de una laguna: dicho de otro modo, es un enunciado de derecho natural. Enriquecería, por tanto, el lenguaje lógico jurídico la adopción de un conector específico para las relaciones de imputación entre condiciones y consecuencias jurídicas, esto es, las que subyacen a todo derecho positivo, en lugar de la habitual implicación entre causa (antecedente) y efecto (consecuente). Cfr. Kelsen, H. *Teoría pura...* Op. cit. Pp. 54 y ss. Si empleásemos el lenguaje simbólico correcto, este razonamiento tomaría la siguiente forma: $\forall \Gamma \mid \infty \rightarrow \mathbb{R} \geq 0$: 1. $\Gamma 1: (a \wedge n) \rightarrow IO i$; 2. $\Gamma 0: (a \wedge n)$; 3. $\Gamma 1: IO i$; 4. $\Gamma 2: IO \neg i$; 5. $\Gamma 2: \therefore \neg((a \wedge n) \rightarrow IO i)$. Sin embargo, abordar el problema en estos términos es, por el momento, inviable, pues nos exigiría un estudio previo de todo el nuevo cuerpo simbólico que este lenguaje lógico emplea; estudio que ni ha sido objeto aún de una obra pormenorizada y sistemática ni cabría, por otro lado, en estas páginas. Por esta razón, usaremos el lenguaje simbólico habitual y expresaremos las relaciones consecuenciales jurídicas como implicaciones causales (\rightarrow , \leftrightarrow), sin distinguir su carácter natural o positivo (\rightarrow , \leftrightarrow). Podríamos asimismo expresar la definición según el enunciado « $(a \wedge n) \leftrightarrow IO i$ » (o « $(a \wedge n) \leftrightarrow IO i$ »), esto es, estableciendo una relación de coimplicación (o coimputación) con la que indicar que sólo se puede realizar la integración cuando hay una laguna. Sea como fuere, el resultado final de nuestros razonamientos sería el mismo en cualquier caso.

(27) Sin ir más lejos, nuestro código civil establece este deber en su art. 1.7 con el siguiente texto: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

vía de entrada para el derecho natural que se debía taponar⁽²⁸⁾. Siguiendo el análisis que hace BOBBIO, BERGBOHM plantea que el derecho no es una herramienta para la solución de conflictos, sino una forma de «limitación a la libre actividad humana»⁽²⁹⁾. Así concebido, es necesario interpretar el derecho como algo limitado, pues lo contrario supondría conceder una extensión irrestricta a una herramienta de subyugación; de este modo, desde una perspectiva liberal el derecho ha de tener límites definidos que dejen a las personas un cierto ámbito de libertad, un espacio libre de derecho⁽³⁰⁾.

Si el derecho tiene unos límites claros hay, por consiguiente, dos áreas también claramente diferenciadas, una a cada lado de la frontera. Donde hay derecho, según BERGBOHM, hay «espacio jurídico pleno» y donde no lo hay, «espacio jurídico vacío». Es importante comprender que no concibe el espacio jurídico vacío como una carencia del derecho, sino como un espacio diferente, ajeno, que nada tiene que ver con él⁽³¹⁾; como varios autores han señalado, lo que BERGBOHM predica de ese vacío es la indiferencia del derecho, la irrelevancia jurídica de las conductas allí contenidas⁽³²⁾.

Si definimos las lagunas como un vacío en el derecho rápidamente nos daremos cuenta de que conforme a esta teoría no pueden existir, pues atentarían contra el principio de no contradicción. Según éste, p no puede ser verdadero y falso en un mismo tiempo y sentido o, en términos formales, $\neg(p \wedge \neg p)$. Si el espacio jurídico pleno coincide con el derecho existente y la laguna es una ausencia de derecho, afirmar la existencia de lagunas en el derecho equivale a sostener que donde hay derecho no lo hay. Si una cuestión no está jurídicamente regulada la teoría de BERGBOHM la envía directamente al espacio jurídico vacío, que es la parcela de la realidad en que el derecho no está presente. Las lagunas son, por tanto, de partida inconcebibles por contener en su definición una contradicción lógica elemental.

2. Dos cuestiones controvertidas

Una primera crítica a esta teoría cuestiona la posibilidad de que puedan existir libertades fuera del derecho. Respecto de esta área de indiferencia jurídica que

(28) En este sentido, *vid.* Llambías de Azevedo, J. *Op. cit.* P. 203.

(29) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 210. *Vid.* también Iturralde Sesma, V. *Op. cit.* P. 353.

(30) Zitelmann señala que cuando se discute la cuestión de las lagunas lo primero debe ser descartar «todos los casos en que la ley renuncia a regular esferas totales de actividad; así, pues, donde no se plantea el problema de establecimiento de una ordenación, podemos hacer uso de este límite, bien sea porque otro poder creador de derecho regulará la función [...] o bien, finalmente, porque la ordenación necesaria de estos hechos debe dejarse a otros poderes». *Vid.* Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 87.

(31) De hecho, Zitelmann, al comentar la teoría de Bergbohm, señala que según ésta no existen las lagunas «allí donde el derecho positivo se niega a dar una reglamentación jurídica [...] porque el derecho no desea tener nada que ver con esos grupos de hechos». *Vid.* Zitelmann, E. *Op. cit.* Nota E, p. 89.

(32) En palabras de Bobbio: «[...] la ribera de un río no es la ausencia de río, sino simplemente la separación entre lo que es río y lo que no es río». *Vid.* Bobbio, N. *Op. cit.* P. 211.

llamamos espacio vacío se manifiesta BOBBIO denominándola área de «libertad no protegida»⁽³³⁾, lo que para él no constituye verdadera libertad si se la compara con la protegida. Ésta es, para BOBBIO, aquella que el derecho garantiza cuando concede libertad a un individuo e impone al resto la obligación de respetarla, mientras que, para él, la libertad no protegida es, por exclusión, «una libertad no garantizada contra los otros obstáculos»⁽³⁴⁾. Si bien este planteamiento es ya *per se* discutible, no menos lo son las consecuencias que de él se derivan, pues, como bien señalan quienes lo sostienen, no sería entonces ilícito impedir la conducta que el propio derecho no protege; algunos, como el propio BOBBIO, llegan incluso a afirmar la licitud de semejante restricción de la libertad⁽³⁵⁾.

Es verdad que no ha de ser ilícito el actuar de quien impide lo que el derecho no le prohíbe impedir, en tanto que si se lo impidiese hablaríamos de libertad protegida y no de la cuestión que ahora nos ocupa. Pero el problema se encuentra en si de verdad el derecho no prohíbe la intromisión en la libertad de los individuos, sea ésta una libertad expresamente protegida o una, por así decirlo, indiferente. Señala BOBBIO que «libertad no protegida significa licitud del uso de la fuerza privada»⁽³⁶⁾ y que esto es incompatible con su prohibición en los estados modernos, que buscan el monopolio de la fuerza, de suerte que, por ello, la libertad no protegida no puede existir. Lo que BOBBIO no explica es por qué esta prohibición general del uso de la fuerza privada, a la que él mismo apela, cede en aquellos casos en que una conducta no se encuentra regulada. Tal planteamiento sería propio de un ordenamiento en que la prohibición del uso de la fuerza se individualizase para cada concreta conducta, de modo que no hallase protección aquella conducta no contemplada por el ordenamiento. Sin embargo, si la prohibición es *erga omnes* no se entiende por qué el carácter desregulado de una determinada conducta debería contagiarse, para con ella en particular, a una prohibición que positivamente se ha establecido como general. Más bien, como dice BOBBIO, debe prevalecer en todo caso la prohibición general del uso privado de la fuerza, pero ello no ha de ser incompatible con la existencia de conductas no reguladas que, precisamente por este carácter, no tengan asociada ninguna consecuencia jurídica ni estatus deóntico particular, lo que no obsta para que, como conductas que son (reguladas o no), se vean amparadas por la susodicha prohibición general.

Puesto que sí pueden garantizarse libertades no expresamente reguladas, la segunda crítica busca eliminar el espacio jurídico vacío asimilándolo en la categoría de permiso jurídico. BOBBIO sostiene que lo que BERGBOHM considera indiferente es lo que otros muchos autores convendrían llamar permitido y que su error está en identificar lo jurídico con lo obligatorio⁽³⁷⁾, de suerte que si se reestablece la triple

(33) Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 211 y ss.

(34) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 212.

(35) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 212.

(36) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 212.

(37) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 211.

normatividad característica de la lógica deóntica (permiso, prohibición y mandato) la teoría de BERGBOHM no se sostiene. Lo cierto es que, materialmente, el permiso y la no regulación vienen a tener los mismos efectos. Una conducta no regulada, según BERGBOHM, pertenece al espacio jurídico vacío y se puede realizar con plena libertad; esta misma libertad la garantiza también el permiso jurídico, que no busca de la conducta ni su realización ni su omisión, sino que, simplemente, habilita y garantiza que se pueda realizar si se desea.

Sólo hay, por tanto, dos diferencias destacables entre el espacio jurídico vacío y el permiso jurídico: una ideológica y otra material. La primera se comprende con facilidad si se piensa que la conducta que el derecho permite no deja de ser una conducta regulada; aunque se haya habilitado sobre ella un permiso, éste no es más que una concesión, de modo que esta presunta libertad se torna ilusoria si se la compara con la correspondiente a aquellas conductas cuya regulación el derecho no se ha arrogado, ni siquiera para permitir las. Por cuanto respecta a la diferencia material, basta con observar que algunos actos no se pueden realizar sin el auxilio del derecho, de manera que para tener la libertad de realizarlos es necesaria la figura del permiso jurídico, de suerte que el espacio jurídico vacío sería aquí, al contrario que en lo ideológico, una traba para la libre actuación⁽³⁸⁾. Pero si la conducta no hunde sus raíces en el derecho, sino que éste sólo viene a regular una parcela de la realidad previa o, al menos, independiente de él, el silencio del derecho equivale, a efectos prácticos, al permiso.

Es en este sentido en el que, efectivamente, lo jurídicamente irrelevante y lo jurídicamente permitido coinciden, aunque con los matices que hemos señalado⁽³⁹⁾.

(38) Es decir: hay cosas que, en un sentido físico y material, pueden hacerse sin auxilio del derecho y otras que, en cambio, no pueden realizarse, al menos plenamente, sin una base jurídica. Podemos aquí entrever la doctrina de Kelsen sobre los hechos o actos naturales y los jurídicos. Para él, un hecho jurídico es un hecho natural dotado de un significado que va más allá de su simple concreción material, física y observable. *V. gr.* el acto «redactar un escrito y entregarlo en una oficina» se transforma, por medio de su significado jurídico, en «interponer un recurso». Algunos actos incluso informan sobre el significado que tienen atribuido. *Vid.* Kelsen, H. *Teoría pura... Op. cit.* Pp. 42-43. Esto recuerda a lo que el filósofo del lenguaje John L. Austin llamó *hacer cosas con palabras*. En este sentido, podemos entender que los enunciados, *v. gr.*, «hace sol» y «te amo» no son del todo iguales. El acto consistente en decir «hace sol» sólo describe el cielo, mientras que aquél por el que se dice «te amo» no sólo describe sentimientos, sino que contiene en sí, autorrealiza, el acto de la declaración de amor, con el que se afecta, altera o modifica el mundo; dicho a la persona adecuada puede incluso tener efectos constitutivos de una relación sentimental. Volviendo a nuestro tema, el acto consistente en, *v. gr.*, decir «acepto» después de haber escuchado una oferta despliega por sí mismo efectos jurídicos tales como el nacimiento de un contrato o la comisión de un delito de receptación. Ello dependerá no ya del sentido subjetivo que las partes confieran a su negocio, sino del sentido objetivo que a tales actos atribuya la ley. *Cfr. Ibid.* Pp. 43-44. En cualquier caso, todo hecho jurídico es la suma de un hecho natural y del significado jurídico del que el derecho lo dota. Puede haber hechos naturales sin significado jurídico que no den lugar, por tanto, a un hecho jurídico. Sin embargo, no puede haber hecho jurídico sin uno natural previo o sin su significado atribuido por una norma. De este modo, para realizar un acto jurídico, en tanto que tal, no basta con realizar el hecho natural que le sirve de base; es necesario también el auxilio del derecho, que proporcione a ese hecho el correcto significado jurídico.

(39) Por tanto, no procede decir que «la afirmación del espacio jurídico vacío supone la identificación de lo jurídico con lo obligatorio», como sostiene, simplificando quizá en exceso la cuestión, Iturralde Sesma. *Vid.* Iturralde Sesma, *V. Op. cit.* P. 362.

No ha lugar, por tanto, para la crítica de BOBBIO, pues así concebida, la identidad de ambos conceptos no parece presentar problema alguno. BOBBIO razona que lo jurídicamente irrelevante es en realidad lo mismo que el permiso jurídico⁽⁴⁰⁾ y que, por tanto, al ser el permiso también una forma de regulación, el pretendido espacio jurídico vacío es en realidad una parte del espacio jurídico pleno. Sin embargo, hemos visto que nada de incompatible hay entre la existencia de permisos jurídicos expresos y abstenciones del Derecho, o permisos tácitos, que serían la base del espacio jurídico vacío. Al ser esto así, aunque sigamos la tesis de BOBBIO y arrastremos, con razón, los permisos al campo de lo jurídico, no arrastraremos con ellos el espacio jurídico vacío, que puede seguir existiendo allí donde ninguna norma se manifieste.

IV. LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA Y LA PRESENCIA DE DERECHO

1. La norma general exclusiva

Una de las teorías más influyentes en el campo de las lagunas, notablemente más extendida y aceptada que la de BERGBOHM, es la teoría de la norma general exclusiva de ZITELMANN. En su obra *Las lagunas del Derecho* sostenía que el Derecho no puede tener lagunas porque el juez siempre dispone de medios idóneos para ofrecer una solución jurídica⁽⁴¹⁾. Introduce su teoría con la metáfora de un «un mar inmenso y ondulante de hechos posibles, en el cual surgen a manera de islas algunos hechos a los que la ley ha ligado el nacimiento de un deber de indemnización [...] o cualquier otra consecuencia jurídica», de suerte que «[e]n cuanto no hay isla, por doquiera permanece el mar libre»⁽⁴²⁾. Lo que ZITELMANN plantea con esta imagen es que no resulta necesario que exista una norma expresa cuando hay, en todo caso, una implícita⁽⁴³⁾; ésta es la que él llama «norma general negativa», más conocida y tratada como «norma general exclusiva».

Esta norma no es visible a priori, sino que se puede intuir cuando se refleja en cada una de las normas particulares inclusivas del ordenamiento⁽⁴⁴⁾. No se trata tanto de una norma positiva cuanto de una regla de interpretación basada en el principio

(40) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 211.

(41) Zitelmann, E. *Op. cit.* Pp. 94-95.

(42) Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 95.

(43) De hecho, llega a plantear que son innecesarias las reglas aisladas que niegan efectos jurídicos a los supuestos no regulados, pues es precisamente por este carácter que esos hechos carecen de consecuencias jurídicas. Según Zitelmann, «el punto de partida ha de ser siempre, a nuestro juicio, el siguiente: que no se producen efectos jurídicos cuando concretamente no se establecieron. [...] [P]ara que existan efectos jurídicos, hace falta una regla jurídica que los establezca; para impedir tales efectos no hace falta regla alguna». *Vid.* Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 95.

(44) Éstas son las normas expresas y positivas que regulan, en el sentido que sea, cada conducta. La norma general exclusiva, reflejada en aquéllas, se ocupa, por tanto, de las conductas no reguladas, estableciendo para ellas la prescripción contraria a la contenida en la norma particular inclusiva en la que se refleje.

liberal de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. Quizá el mejor resumen de la teoría de ZITELMANN se lo debemos a ITURRALDE SESMA, que concluye que 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»⁽⁴⁵⁾. Así defiende ZITELMANN su tesis:

«Aunque no se diga pues, que existe en el sentido propio de la palabra 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 estará implícito en el orden jurídico, y con arreglo a esta explicación, no hay que temer una mala interpretación si afirmamos que en el fondo de todas las reglas de derechos especiales que sancionan un acto con la pena o 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 especialmente 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 este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa que se acaba de aludir»⁽⁴⁶⁾.

Al establecer esta dialéctica de opuestos, la teoría habilita al jurista para hacer el siguiente razonamiento: si se promulga una norma particular es para establecer una prescripción que antes no existía, y puesto que toda norma particular es una excepción a la general, el contenido de esta norma particular debe ser, entonces, contrario al de la norma general.

Es en este contexto en el que ZITELMANN define lo que se puede entender por laguna jurídica. Según él, «de aquí se deduce que si falta una semejante excepción positiva, desde un punto de vista crítico podría afirmar la persona que desee la excepción, que existe laguna; pero en cuanto a la aplicación del derecho no hay laguna, puesto que el juez puede siempre reconocer, aplicando aquella regla general negativa, que el efecto jurídico apetecido no está previsto por la ley, y que, por tanto, no ha surgido ni el derecho ni la pena, ni el deber a la indemnización»⁽⁴⁷⁾. Como la norma general exclusiva cubre todas las posibilidades no previstas en alguna norma particular inclusiva, lo cierto es que no existen lagunas en el Derecho. No existen no porque estén fuera de él, en un espacio jurídico vacío, sino porque no hay nada fuera del Derecho⁽⁴⁸⁾. Por ello, para ZITELMANN las lagunas consisten en que no se ha establecido para la norma general exclusiva una excepción que se considera

(45) Iturralde Sesma, V. *Op. cit.* P. 363.

(46) Zitelmann, E. *Op. cit.* Pp. 95-96.

(47) Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 96.

(48) Puede verse, entre otros, Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 212 y ss. Bobbio comienza su exposición diciendo, precisamente, que «[s]i no existe un espacio jurídico vacío quiere decir que solo existe el espacio jurídico pleno». *Vid. ibid.* P. 212.

deseable, de modo que el problema no es «que el caso no se encuentre comprendido en algún precepto legal», sino «que repugna la solución que da la ley»⁽⁴⁹⁾.

2. Crítica de la norma general exclusiva

La primera objeción que se puede plantear a la teoría de ZITELMANN y, quizá, la más importante es la que le debemos a BOBBIO, que da un giro a la teoría de ZITELMANN y propone una tercera norma distinta de las dos anteriores; es la «norma general inclusiva», que es general y, por ello, implícita y válida para todas las conductas no expresamente reguladas, pero también es inclusiva, de modo que el sentido de su regulación es contrario de la norma general exclusiva y, a su vez, análogo al de la norma particular inclusiva⁽⁵⁰⁾. De este modo, frente al razonamiento *a contrario* que propone ZITELMANN surge ahora la posibilidad del razonamiento *a simili*, cuya conclusión es necesariamente opuesta. La norma particular, que antes sólo podía ser una excepción a la regla general, ahora puede ser asimismo una concreción, una particularización para el caso. Por esta razón, la labor del jurista ya no es ver en la norma particular el reflejo de la general, sino discernir cuál de los dos reflejos es el auténtico y cuál un mero espejismo. Como dice BOBBIO, no hay en el derecho un criterio que nos permita identificar en qué sentido se puede asumir que dos casos son similares⁽⁵¹⁾, de manera que la aplicación de una u otra norma general depende del criterio del juez. Así, un problema de lagunas queda casi transfigurado en uno de antinomias marcado por, según BOBBIO, «la ausencia de un criterio para elegir cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada»⁽⁵²⁾.

En cualquiera de los dos casos es cuando menos dudoso que semejantes razonamientos puedan realizarse tan despreocupadamente como sugieren los autores. Por lo que respecta a la norma general exclusiva, que es la que más nos interesa, el problema radica en el abuso que ésta hace del razonamiento *a contrario*, cuya aplicación, en rigor, está mucho más restringida, en especial en el razonamiento jurídico⁽⁵³⁾. Su utilidad es mayúscula en un muy concreto conjunto de supuestos, pero en el resto, fuera de su limitado ámbito, constituye una falacia cuya incorrección debemos aquí denunciar. Es *conditio sine qua non* para una correcta aplicación de este razonamiento que la premisa sobre la que se aplique contenga una coimplicación, es decir,

(49) Zitelmann, E. *Op. cit.* P. 98. Nótese que Zitelmann está llamando «ley» a la norma general exclusiva.

(50) Bobbio, N. *Op. cit.* Pp. 215 y ss.

(51) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 215.

(52) Bobbio, N. *Op. cit.* P. 216. En este mismo sentido, *vid.* Kelsen, H. *Teoría pura... Op. cit.* P. 105. Dice así: «[I]os habituales medios de interpretación del argumento *a contrario* y de la analogía carecen en absoluto de valor, lo que se desprende del hecho de que ambos argumentos conducen a resultados opuestos, no habiendo un criterio en virtud del cual se pueda decidir cuándo haya que aplicar uno u otro».

(53) Sobre la inidoneidad del *argumentum a contrario*, con especial atención a su aplicación en el Derecho, puede verse García Amado, J. A. «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del derecho». *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 2001. P. 85 y ss.

un doble condicional. La formulación informal de la coimplicación suele seguir la forma «si y sólo si», frente al simple «si» de la implicación. Este matiz determina las diferencias entre ambos conectores⁽⁵⁴⁾.

El problema que podemos apreciar en la teoría de ZITELMANN es que realiza un uso indiscriminado del argumento a contrario sin atender a la concurrencia o ausencia de la coimplicación entre sus términos. Un ejemplo característico de este razonamiento puede encontrarse en cualquier código penal, donde se establece que una determinada conducta típica (*c*) lleva imputada una pena (*p*) que se debe aplicar cuandoquiera que dicha conducta se consume, pero sólo en ese caso y en ningún otro (\leftrightarrow). Un precepto así planteado (sobre la base de una coimplicación) sólo puede respetarse si se condena al infractor y se absuelve al resto (« $c \leftrightarrow p$ »)⁽⁵⁵⁾. Por el contrario, si el código sólo enumerase conductas y les imputase penas, obviando la mención del principio de legalidad (es decir, con una implicación simple), podría entenderse respetada la norma incluso cuando se condenase a un inocente. La cuestión es que esta coimplicación debe establecerse expresamente para cada caso («si y sólo si...») o con carácter general, vía, por ejemplo, el principio de legalidad estricto⁽⁵⁶⁾. Pero sucede que si existe cualquiera de estas normas positivas no resulta ya necesaria la norma general exclusiva, pues sus prescripciones serían redundantes. La utilidad de la norma de ZITELMANN está limitada a aquellos casos en los que ninguna norma positiva haya implantado aún el razonamiento a contrario, razón por la que el problema vuelve al punto de partida: ¿por qué elegir la norma general exclusiva en lugar de la inclusiva? Esto, cuestiones de conveniencia aparte, no tiene respuesta.

(54) La coimplicación es una doble implicación, una implicación bidireccional. La implicación es falsa sólo cuando se da que el antecedente sea verdadero y que el consecuente sea falso; en la medida en que en la coimplicación ambos términos son, recíprocamente, consecuente y antecedente, el argumento será falso siempre que sus dos términos no coincidan en su valor de verdad. Es decir, cuando uno sea verdadero y el otro, falso, sin importar cuál. Por esta razón, lo que en una implicación simple podríamos llamar falacia, como es el caso de la afirmación del consecuente o de la negación del antecedente, en el caso de una coimplicación son argumentos válidos.

(55) El razonamiento es el siguiente: 1. $c \leftrightarrow IO p$; 2. $\neg c$; 3. $\neg(IO p)$; 4. $\neg(IO p) \rightarrow (IO \neg p \vee \neg IO (p \vee \neg p))$; 5. $\therefore IO \neg p \vee \neg IO (p \vee \neg p)$. Expresado el problema en estos términos formales es fácil ver que realizar *p* cuando $\neg c$, esto es, condenar a un inocente, no parece tener ningún efecto en el curso logodinámico. Efectivamente, incluso aunque la norma dijese expresamente $IO \neg p, p$ seguiría sin provocar ninguna reacción. La norma habría sido incumplida, pero ¿y qué? Ya decía COSSIO que «lo que debe ser sigue debiendo ser aunque no sea» (COSSIO, C. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Editorial Losada, segunda edición. Buenos Aires, 1947. P. 155), pero cabe preguntarse qué sentido tiene un *deber ser* del que no se sigue un *ser*. Lo que hace jurídica a la norma es su carácter coactivo externo, frente al interno de las normas morales. Por tanto, la auténtica prohibición no se expresa sólo con decir $IO \neg p$, sino imputando a *p* una consecuencia coactiva, tal que « $p \rightarrow IO cc$ ». Por tanto, si bien la coimplicación (o coimplicación) es admisible en la lógica jurídica, su utilidad, como se ve en el primer razonamiento, es limitada. Más útil sería plantearlo de esta manera: 1. $c \rightarrow IO p$; 2. $(\neg c \wedge p) \rightarrow IO cc$; 3. $\neg c$; 4. *p*; 5. $\therefore IO cc$.

(56) Sobre esto, *vid.* Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas normativos... Op. cit.* P. 178. Dicen: «del solo hecho de que una cierta norma (la que prohíbe *p*) no pertenezca al sistema, no se puede inferir que otra norma distinta (la que permite *p*) forme parte de éste, a menos que el sistema contenga una regla de clausura, es decir, una regla que autorice a efectuar esa inferencia». En todo caso, semejante norma debería ser permisiva y no restrictiva, de modo que Zitelmann no andaba desencaminado. *Cfr. ibid.*, pp. 196-197.

V. LA VOLUNTAD DE DERECHO

1. Juez, lagunas e integración

Toda decisión jurídica es tal en tanto que se funde en el derecho. Toda norma, general o individual, es norma jurídica, de la que emanarán un deber y su coacción, si se funda en otra norma. La pregunta es si se puede considerar conforme a derecho aquella decisión que se adopta sin el respaldo del derecho. Está claro cuál es el deber del juez a quien el derecho impone la obligación de admitir toda demanda materialmente fundada conforme a dicho ordenamiento. Esta obligación se instrumenta en el castigo que aguarda al juez que inadmita una demanda adecuadamente planteada⁽⁵⁷⁾; metajurídicamente, lo que del castigo emana es el deber de realizar la conducta contraria, esto es, la que no sirve como condición jurídica para esa coacción. Por tanto, el juez que admite la demanda adecuadamente fundada en Derecho lo hace amparado en el propio derecho, que a ello lo obliga.

Cabe que nos preguntemos en qué se funda, en cambio, la decisión del juez que admite, o incluso sentencia sobre el fondo del asunto, una demanda que no encuentra fundamento material en rincón alguno del ordenamiento. No podemos despreciar el hecho de que algunos, quizá muchos sistemas obligan al juez a admitir demandas que no se fundan en ninguna norma sustantiva y, además, le dan herramientas para que cree el Derecho con que resolver dichos casos⁽⁵⁸⁾. En este supuesto el juez también funda su decisión en una norma del ordenamiento que, como en el primer caso, le obliga o faculta para actuar así⁽⁵⁹⁾. Podemos entonces convenir que las presuntas lagunas surgen porque el legislador las crea, es decir, porque las habilita como pretexto de una demanda que de otro modo no hallaría cobijo en ninguna norma preestablecida⁽⁶⁰⁾.

(57) Sin embargo, hay quien no entiende esta cuestión en clave deóntica, sino óptica. Por ejemplo, COSSIO explica que el hecho de rechazar una demanda es en sí un juicio sobre el asunto. Por tanto, un juez no puede no juzgar desde el momento en que, por su condición de juez, tiene ante sí un caso: «la necesidad de juzgar en que está el Juez existe por una razón lógica pura de la lógica jurídica, no porque el Legislador haya declarado ilícita la abstención de juzgar; [...] si el Legislador la declara expresamente, sólo señala una innecesaria tautología diciendo que el Juez debe ser Juez» (COSSIO, C. *Op. cit.* P. 160). Claro que el sentido en se usa el término «juzgar» en ambos casos es diferente y, por tanto, no sería admisible plantear esta discrepancia como una oposición.

(58) Así, el código civil español, en sus artículos 1.7 y 4.1, impone al juez la obligación, so pena del correspondiente castigo, de admitir y juzgar todo asunto, sin importar si el fundamento material de la demanda está contenido en alguna norma o si la ley guarda silencio sobre ello. Para este último caso se prevé el mecanismo de la analogía, que permite al juzgador crear la norma que falta.

(59) Esto es, respectivamente, que le impone un castigo si no lo hace o se lo impone a quienes le impidan o lo obliguen a hacerlo.

(60) Resulta curioso que algunos autores sostengan lo contrario, esto es, que la obligación de integrar cualquier laguna, lejos de crearlas, hace que no existan. Este matiz es especialmente importante, pues no se trata sólo de que toda laguna pueda encontrar solución material, sino que, más allá, las lagunas dejan de existir en la medida en que van a ser integradas. Citan Alchourrón y Bulygin el aforismo que mejor resume esta teoría: «no hay lagunas, porque hay jueces» (Aftalión, E. R., García Olano, F. y Vilanova, J. *Introducción al derecho*. S. e. Buenos Aires, 1956. Pp. 257 y ss. Citado en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas*

Ahora bien, si el ordenamiento no prevé ni la obligación ni la facultad de admitir la demanda no sustanciada en derecho, ¿qué base toma el juez para admitirla? La respuesta está en su propia conciencia, su caprichoso arbitrio, que lo mueve a adoptar una decisión que no encuentra expreso amparo en norma alguna. Ese juez no admite conforme a la norma, sino a su apreciación de que la fundamentación de la demanda debería formar parte del derecho. En otras palabras, el demandante propone la excusa de la laguna como base de una pretensión no jurídica y el juez, sin el respaldo de ninguna norma, la acepta. Frente a esto se revolviéron BERGBOHM y ZITELMANN,

normativos... Op. cit. P. 181). La respuesta, tan breve como clara, la dan también estos autores: «¡Esto es lo mismo que afirmar que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos!» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Sistemas normativos... Op. cit.* P. 181). Con más detalle lo expresa Rodilla: «en este caso se está contemplando el problema desde dos perspectivas diferentes: cuando se dice que las leyes pueden tener lagunas, se está considerando el sistema jurídico en un corte en el tiempo; cuando se añade que, a pesar de ello, el derecho no tiene lagunas se lo está contemplando en perspectiva diacrónica, es decir, considerando los recursos que tiene el derecho, como sistema normativo dinámico e institucionalizado, para autointegrarse en el proceso de aplicación institucional de las normas» (Rodilla, M. Á. *Op. cit.* P. 350). Por su parte, ATIENZA pretende salvar la tesis inicial de inexistencia de las lagunas con una nueva formulación: el derecho no es una fotografía ni un cuerpo estático, sino un proceso, una práctica o, en definitiva, un organismo vivo, si se me permite tal licencia. Por ello, no tiene sentido, según él, comparar los «agujeros» del derecho con los de un traje. Más bien habría que pensar en la empresa que confecciona las prendas: aunque haya momentos durante el proceso productivo en los que los trajes tengan agujeros (o no tengan forro, ni mangas, o tengan hilos sueltos), ello no significa que la empresa fabrique trajes con agujeros; a la postre sus trajes son siempre perfectos. De manera análoga, que en algún momento no haya una solución expresa en el derecho no significa que el derecho no dé soluciones para todo caso: únicamente hay que dejar que el proceso fluya (para mayor detalle, *vid.* ATIENZA, M. «Sobre “Creación judicial del Derecho” de Eugenio Bulygin». En BULYGIN, E.; ATIENZA, M., & BAYÓN, J. C. *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, primera edición. Madrid, 2009. Pp. 113 y ss.). Sin embargo, con ello no logra ATIENZA, a mi juicio, salvar el fallo nuclear de su tesis. Aunque adoptemos un enfoque procesista como el propuesto por WHITEHEAD y entendamos el derecho como un proceso ello no nos permite inferir que no existen las lagunas. Retomemos la metáfora del organismo que antes he propuesto. Un organismo (*v. gr.* un ser humano) es un proceso biológico que comienza con la concepción y concluye con la muerte; entender la vida entera como una unidad caracterizada por el devenir y el cambio permite eludir consideraciones metafísicas peliagudas, como la que plantean la paradoja del barco de Teseo o el problema de sorites. Si imaginamos ahora un avance suficiente en la ciencia médica como para que cualquier enfermedad imaginable tenga una cura eficaz y rápida, podremos convenir que los accidentes llamados «enfermedades» no tendrán ningún efecto relevante sobre el proceso llamado «ser humano». Ahora bien, que un accidente no tenga efectos significativos sobre el proceso en que se da no significa que el accidente no se haya dado y que no se le deba prestar atención; aunque toda enfermedad se pueda curar, seguirá siendo necesario curarla, y aunque ya ninguna patología sea necesariamente letal, seguirá matando aquella que no se trate adecuadamente. Lo mismo podremos decir del proceso llamado «derecho» y de sus accidentes, las patologías que llamamos «lagunas». Que las lagunas pasen a ser un problema insignificante y de fácil solución (si tal cosa es posible) es en verdad el reconocimiento de que, aun con todo, son un problema que se debe solucionar. En definitiva, todo ello se reduce a una suerte de reformulación de la doctrina de la potencia y el acto de Aristóteles: las lagunas existen en acto, pero como los jueces las deben integrar no existen en potencia. Aquí la confusión entre ser y deber ser se torna dramática. La potencia define el estado futuro del ser o, lo que es lo mismo, lo que *tiene que ser*, necesariamente; por ello es admisible decir que lo que es en potencia *es*, en la medida en que indefectiblemente será. Los jueces, en cambio, tienen el deber de integrar, lo que significa, en términos jurídicos, que se castigará al juez que cuando le corresponda integrar no lo haga. Ello no significa, en absoluto, que el juez vaya a integrar siempre; de hecho, el castigo viene a sugerir, precisamente, que es previsible, con cierto grado de probabilidad, el incumplimiento. Por tanto, ni tiene cabida aquí la adaptación de la doctrina aristotélica ni tiene base racional la afirmación de aquellos autores.

que plantearon de dos maneras diferentes una misma teoría encaminada a arrebatarse al juez arbitrario su omnímodo poder⁽⁶¹⁾. Su error fue confiar en exceso en la metajurídica como freno válido para el derecho positivo, que sólo puede hallar límite en sí mismo.

La positivización de las teorías de ambos autores se objetiva en lo que comúnmente se llama cláusula de cierre, principio de legalidad o juicio de *non liquet*, que vienen a ser, respectivamente, propuesta, concreción y consecuencia de la supresión de los poderes legislativos generales del juez⁽⁶²⁾. Gracias al principio de legalidad no resulta necesario acudir al espacio jurídico vacío o al mar imaginado por ZITELMANN, que tan fácilmente derrotables resultan cuando se los enfrenta a otras teorías. Ése es el problema de las presunciones y la razón por la que los efectos jurídicos no deben fundarse en ellas, sino en normas positivas claramente determinadas y válidas dentro de un ordenamiento, que, precisamente por este carácter, no pueden ser objeto de refutación en el plano metafísico en que se mueven, en cambio, aquellas dos teorías.

2. La voluntad de Derecho

Cuando se ha promulgado con carácter general la norma que con frecuencia rige en todo ordenamiento penal, esto es, el principio de legalidad estricto (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)⁽⁶³⁾, no cabe ya cuestionar el sentido en que el juez se debe pronunciar, pues la obligación del *non liquet* ya no se funda en construcciones metajurídicas y, como tal, discutibles, sino en una norma positiva, válida y, por consiguiente, con efectos logodinámicos que condicionan la actuación del juez. Lo que aún puede ser objeto de razonable discusión es lo que el juez *debería* poder hacer, es decir, la conveniencia o desacierto de una norma que impide al juez integrar las lagunas.

Hay autores para quienes el principio de legalidad no es una forma de eliminación de las lagunas, sino su cristalización: al no poder integrarlas, las lagunas persisten en el ordenamiento jurídico sin esperanza ya de poder recibir una solución, al menos en sede judicial. Claro está que el objeto de la discusión ya no son las lagunas jurídicas

(61) Recordemos, a estos efectos, que el derecho subjetivo que se le pueda conceder a una persona no es más que la facultad de exigirle a otra una concreta conducta, es decir, de imponer un deber, lo que, a su vez, conlleva un castigo para los casos en que se incumpla. El poder de que goza el juez es, por tanto, no sólo amplio, sino gravoso.

(62) Razonablemente, el juez sigue innovando no sólo en la medida en que crea una norma individual, sino al interpretar la norma general para adaptarla a las concretas circunstancias del caso. Lo que se impide con esto es que el juez cree una nueva norma general *ad hoc* en que fundar por entero su norma individual. Esto se puede ver, en su máxima expresión, en el primer artículo del código civil suizo, a que se hace referencia en Kelsen, H. *Teoría pura...* *Op. cit.* Pp. 110-111, y en Pacheco G., M. *Op. cit.* P. 420. Es Kelsen quien tacha las lagunas, en este contexto, de ficción (*loc. cit.*).

(63) En el caso español este principio se formula en el artículo 4.1 del código penal: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Es este artículo el que hace que todos los comprendidos en la parte especial, donde se tipifican las conductas y se prevén las penas, adopten la forma lógica subyacente de una coimplicación, a pesar de estar redactados como implicaciones simples.

o legales, cuya coexistencia con el principio de legalidad es imposible, sino las lagunas axiológicas⁽⁶⁴⁾.

Para combatir esta ilusión debemos atender a la voluntad de Derecho del legislador. No se trata del habitual recurso a la interpretación teleológica, que pretende responder al *para qué* de la norma, sino del examen de su *porqué*. La base en que se apoyan quienes denuncian aún lagunas en un derecho cerrado, dejando a un lado la justicia, es la presunta voluntad del legislador, que, de haber previsto tal o cual caso habría establecido una regulación diferente. Sin embargo, no cabe tal argucia cuando se ha instaurado el principio de legalidad, del que emana, precisamente, la voluntad contraria. Podemos convenir que quien puede libre e irrestrictamente hacer algo, depende para ello, entonces, sólo de su voluntad de que eso se haga. Podemos también aceptar que aquello que se quiere ver hecho puede hacerse directamente o esperar a que lo haga otro. Por tanto, quien puede hacer algo y quiere que se haga puede hacerlo él mismo o esperar a que lo haga otra persona. Trasladado a términos jurídicos, si el legislador puede regular un caso (*p*), y lo cierto es que todo caso puede ser objeto de una norma jurídica, y si tiene voluntad de que ese caso se regule (*v*), entonces el legislador lo regulará (*r*) o dejará que otro, que será el juez mediante la integración, rellene ese vacío (*i*)⁽⁶⁵⁾. Si el caso no cuenta con una solución material

(64) Recordemos que la caracterización que se propone al principio de esta obra, y que es, por otro lado, la generalizada, define las lagunas jurídicas y las axiológicas como dos géneros diferentes, y a las técnicas como una especie de aquéllas. Visto ahora que bajo el principio de legalidad son las lagunas jurídicas las que se definen como especie de las axiológicas (pues para todo caso hay respuesta jurídica), resultan ser las técnicas las que se diferencian. Kelsen las despacha ora como una cuestión menor dejada a la interpretación de cada operador jurídico, ora como otra variedad de lagunas axiológicas. *Vid.* Kelsen, H. *Teoría pura...* *Op. cit.* Pp. 109-110. Una tercera opción que merece la pena considerar pasa por distinguir entre *fondo* y *superficie* del derecho. *V. gr.* la norma que obliga a *X* a ir corriendo a la Luna y volver, so pena que les golpee con un palo, puede parecer una norma jurídica superficialmente, en tanto que se haya promulgado de la manera adecuada y sea, así, válida; su carácter positivo y su validez formal nadie las discute. Ahora bien, si miramos el funcionamiento profundo del derecho, su fondo, veremos que la verdadera norma es la que dice, directamente, que hay que golpear a *X* con un palo. Esto es así porque la norma que imputa un castigo a quien no haga lo que es imposible hacer, si bien puede tomar en apariencia esa forma, es en realidad una norma diferente: la que imputa el castigo de manera inmediata. Esto debe entenderse como muy diferente del realismo jurídico: no digo que sólo sea norma jurídica la que realmente se aplique, sino aquélla que formal y materialmente sea *aplicable*. Así, si el código penal dice, *v. gr.*, que sólo se pueden aplicar castigos previa y detalladamente previstos por el código, y un artículo imputa a la conducta *c* un castigo indeterminado, habrá quien diga que ahí hay una laguna técnica, pues se debe aplicar un castigo que no se puede aplicar. Ciertamente sobre la superficie del derecho parece flotar una laguna, pero si atendemos al fondo veremos que no es ése el caso. La norma incompleta no es norma aplicable y, como tal, no es norma del ordenamiento más que en apariencia, en la medida en que puede reformularse, como en el primer ejemplo, o incluso suprimirse, como en el segundo, sin que las relaciones logodinámicas del derecho se vean alteradas.

(65) La habilitación de la integración indica, por tanto, cuál es el objetivo de plenitud del legislador. Si éste limita el derecho a lo que él mismo promulgue como tal, puede considerarse que el derecho es pleno en el sentido de que, respecto de sí mismo, es completo. En cambio, si habilita la integración el legislador da a entender que la regulación material jurídica debe poder extenderse más allá de sus límites actuales, esto es, que la idea del derecho pleno no se corresponde con el derecho positivo vigente, que es menor y, por tanto, incompleto, aunque completable. Esta noción de la *plenitud móvil*, o sea, un objetivo de plenitud que no tiene por qué corresponderse con el *todo*, sino que puede ser menor y dejar fuera de sí áreas completas de la actividad humana, es de capital importancia para entender el sentido de la voluntad de derecho.

($\neg r$), la única manera de sostener que el legislador quiere dicha solución es que haya habilitado la posibilidad de que los jueces suplan su carencia y corrijan la deficiencia del ordenamiento. Sin embargo, la cláusula de cierre señala en otra dirección: no es que con ella se prohíba la integración (IO $\neg i$), lo que, ciertamente, no la impediría, sino que al haberse integrado colectivamente todas las lagunas imaginables no queda ya ninguna que poder rellenar. Por acción de la cláusula de cierre, la integración no está prohibida, sino que es imposible ($\neg i$). La conclusión, por tanto, es que el legislador no desea que para el caso hipotéticamente considerado como conflictivo se ofrezca una solución imaginativa e integradora por parte del juez ($\neg v$), pues, si tal fuese su deseo, habría habilitado la integración como herramienta con la que corregir *ad hoc* el ordenamiento⁽⁶⁶⁾.

VI. CONCLUSIONES

En las páginas precedentes he tratado de analizar con el rigor que merece una de las cuestiones capitales de la teoría del derecho, de la que depende la operatividad jurídica diaria. Mi intención en todo momento ha sido realizar un análisis crítico del problema, huyendo de las apariencias y triturándolo hasta sus más básicos elementos. Espero que el análisis lógico haya sido, a tal fin, de utilidad.

Baste, por ahora, para dar por concluida esta tarea con dejar dos ideas claras. Primero, que las principales teorías aquí tratadas, debidas a Bergbohm y Zitelmann, son simples reformulaciones de una misma teoría básica. Tanto sus fundamentos éticos cuanto sus conclusiones jurídicas, así como buena parte de sus razonamientos intermedios, son idénticos en ambos autores. También su intención era la misma: salvaguardar la libertad del individuo frente a un derecho expansivo e incontrolado.

En segundo lugar, en cuanto a la ontología de las lagunas, lo que con la voluntad de derecho he pretendido demostrar es que aquéllas no son más que un mero desajuste axiológico, nunca una deficiencia normativa del derecho positivo. Allí donde hay regulación material tiene el legislador voluntad de presencia para el derecho, mientras que donde no hay tal regulación y rige, por tanto, la cláusula de cierre, la voluntad del legislador es de ausencia de derecho. En el extremo contrario, si existen en las lagunas es porque el propio legislador las crea al obligar al juez a admitirlas como fundamento de una demanda no basada en el derecho material vigente.

(66) Por si queda alguna duda, la forma de este argumento es la de la implicación « $(p \wedge v) \rightarrow (r \vee i)$ ». El razonamiento es el siguiente: 1. $(p \wedge v) \rightarrow (r \vee i)$; 2. p ; 3. $\neg r$; 4. $\neg i$; 5. $\neg (r \vee i)$; 6. $\therefore \neg v$. Como se puede ver, el razonamiento clave sigue la forma del *modus tollens*. Además, aquí sí es plenamente correcto usar el implicador, ya que la relación entre los términos es óptica, no viene establecida por una norma humana.