

LAGUNAS DEL DERECHO

MARTÍN D. FARRELL

Profesor adjunto (I) de Introducción al Derecho

Antes de analizar las dos posiciones antagónicas respecto a la existencia o no de lagunas en el derecho, es menester definir primero qué es una laguna del derecho. De lo contrario, la cuestión podría reducirse a un mero desacuerdo verbal, lo cual la tornaría en totalmente estéril.

La palabra "laguna" evoca la idea de "vacío", de "falta"; estando el derecho compuesto de normas, puede creerse que "laguna" equivale a "falta de norma".

Debe decirse, empero, que no basta la simple ausencia de una norma sancionadora de una determinada conducta para que pueda hablarse de laguna. La conducta de "fumar", por ejemplo, no está sancionada por ninguna norma y no obstante, si algún fumador fuera llevado ante los tribunales de justicia, el juez no dudaría en absolverlo, sin pensar por eso que se encuentra frente a una laguna del derecho.

Es por lo tanto erróneo identificar las lagunas del derecho con la sola ausencia de normas que sancionan.

En cambio, algo distinto le ocurriría al juez en el caso de otras conductas sometidas a su consideración. Cuando los Caballeros de la Noche —banda de individuos que se dedicaban al robo de cadáveres— fueron llevados a los tribunales y se descubrió que no había norma alguna que sancionara tal robo, sin duda el juez sintió que se encontraba ante una laguna del derecho.

¿Cuál es la diferencia entre ambos casos? Fundamentalmente que la conducta "robar cadáveres" se considera contraria a determinados preceptos, contenidos en otros sistemas normativos distintos al jurídico: morales, éticos, religiosos, etc. Podemos englobar a esos sistemas en lo que Ross llamó la "tradición de cultura de la comunidad". Esa tradición de cultura de la comunidad en cuestión, compuesta de mito, religión, moral, poesía,

filosofía, arte, etc., es una combinación de valoraciones que expresa una determinada filosofía de la vida. Y en todo pueblo, agrega Ross, vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquél, sus costumbres, sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales.¹

Cuando una determinada conducta contradice la tradición de cultura y no está sancionada por ninguna norma jurídica, entonces se dice que estamos en presencia de una laguna del derecho.

Es también necesario precisar dónde —en qué ámbito— se busca la existencia o inexistencia de las lagunas; el ámbito será el sistema jurídico considerado en su totalidad.

Quiénes niegan la existencia de lagunas apelan a un razonamiento diferente del antes mencionado. Para Kelsen, por ejemplo, no existen las lagunas ya que los jueces siempre están en condiciones de aplicar el derecho vigente; o aplican una norma que sanciona al demandado o, en ausencia de tal norma, aplican la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, y, en consecuencia, absuelven al demandado.²

García Maynez ha destacado que para que este principio pueda servir para colmar lagunas debe expresarse así: "lo que no está expresamente prohibido debe considerarse como implícitamente permitido".³ De lo contrario, y sin estos agregados, sería un juicio puramente enunciativo que se limitaría a expresar la identidad entre "lo no prohibido jurídicamente" y "lo jurídicamente permitido".

Gioja, por su parte, afirma que el verdadero sentido del postulado en cuestión se expresa diciendo que "si una acción no está establecida como prohibida, entonces esa acción no es prohibida".⁴

En una u otra versión, el principio en cuestión le sirve a Kelsen para negar la existencia de lagunas en el derecho. El juez nunca está imposibilitado de brindar una solución para el caso en cuestión.

Claro está que la solución de absolver al demandado no siempre aparecerá valorada como "justa" por los súbditos, ni a

¹ ALF ROSS: "Sobre el derecho y la justicia", EUDESA, Buenos Aires, 1963, págs. 95 y sigs.

² HANS KELSEN: "Teoría Pura del Derecho", EUDESA, Buenos Aires, 1960, pág. 171.

³ EDUARDO GARCÍA MAYNEZ: "Los principios generales del derecho y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos", en "Ensayos filosófico-jurídicos", Universidad Veracruzana, México, 1969, pág. 296.

⁴ AMEROSIO L. GIOJA: "El postulado jurídico de la prohibición", Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1964, pág. 20.

veces por el propio juez; pero no podrá hablarse de lagunas desde el momento en que hubo solución para el caso. No hay en esta situación falta de norma jurídica, lo que sucede es que la que hay desagrada a quien debe aplicar el derecho. Es un problema de política jurídica, no de ciencia del derecho.⁸

Como puede verse, las dos posiciones utilizan métodos diversos para llegar a sus respectivas conclusiones, lo que impide una real confrontación entre ambas para pronunciarse sobre sus respectivos méritos.

La teoría que admite las lagunas emplea un método inter-sistemático: compara dos sistemas distintos de normas. Uno es el sistema jurídico, el otro el de la tradición de cultura. Cuando la tradición de cultura reclama sanción para una conducta y el sistema jurídico la omite, entonces se dice que en el sistema jurídico hay laguna.

Al contrario, la teoría que niega la existencia de lagunas emplea un método intra-sistemático: se limita a analizar el sistema jurídico y verificar si se trata o no de un sistema completo. Si es un sistema completo, obviamente carecerá de lagunas.

Para esto, debe considerarse al derecho como un sistema deductivo, esto es, como el conjunto de todas aquellas proposiciones que se pueden deducir de un conjunto dado de premisas.⁹

¿Cuándo puede decirse que un sistema es deductivamente completo? La totalidad de las fórmulas construidas sobre la base de un sistema dado puede dividirse en tres grupos: 1º) todas las fórmulas que son comprobables dentro del sistema; 2º) todas las fórmulas cuyas negaciones son comprobables dentro del sistema, y 3º) todas aquellas fórmulas tales que, ni ellas ni sus negaciones, son comprobables dentro del sistema. Si el tercer grupo está vacío, es decir, no contiene fórmula alguna, el sistema es deductivamente completo.

En el mismo sentido expresa Carnap que un sistema es "íntegro" (completo) cuando para cualquier sentencia se da el caso de que ella misma o su negación sean teoremas.

Traduciendo lo anterior al sistema jurídico, este tendría también tres grupos: 1º) conductas que podría comprobarse que están sancionadas; 2º) conductas que podría comprobarse que no están sancionadas, y 3º) conductas que no podría com-

⁸ HANS NAWIASKY: "Teoría general del derecho", Edic. Rialp, Madrid, 1962, pág. 261.

⁹ BERTRAND RUSSELL: "Atomismo lógico", en "El positivismo lógico", compilado por A. J. AYER, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1945, pág. 39. Para estudiar las características de los sistemas axiomáticos, véase Rudolf Carnap "Introduction to symbolic logic and its applications"; Irving M. Copi "Symbolic Logic"; Hubert y Ackerman "Elementos de Lógica Teórica".

probarse si están o no sancionadas. Si este tercer grupo estuviera vacío, el sistema sería completo.

Y parece evidente que lo es. En efecto, cualquier conducta sometida a la consideración del juez, es susceptible de ser comprobada como sancionada o no, pues, o hay una norma que la incrimina, o se aplica el citado principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. El tercer grupo, en consecuencia, queda vacío.

Además, esta completitud del sistema no trae aparejada su incompatibilidad y, por ende, su inutilidad. El sistema es incompatible (o "inconsistente", como dice Carnap), cuando entre sus teoremas hay uno que es la negación de otro. De este modo, el mismo sistema permitiría deducir a la vez A y no-A; esto resultaría funesto pues el cálculo quedaría reducido a la falta de sentido.

Pero el sistema puede ser completo y compatible a la vez; basta para ello que el primer grupo y el segundo de los que hemos considerado sean distintos, es decir, que no tengan fórmulas comunes. En el caso del sistema jurídico, éste sería compatible cuando no existiera una misma conducta que estuviera, a la vez, sancionada y no-sancionada.

De lo expuesto brevemente aquí surge la inutilidad de discutir sobre la existencia o no de las lagunas en el derecho, ya que todo depende del método que se adopte como punto de partida. Si se considera el sistema jurídico aislado, éste aparecerá como completo y sin lagunas. Si, en cambio, se lo compara con otro sistema, como el de la tradición de cultura, las lagunas pueden aparecer si el último reprueba conductas que el primero no sanciona.

Considerar al sistema jurídico aislado es propio, por ejemplo, del positivismo jurídico; la comparación con otros sistemas, en cambio, se acerca a la perspectiva interdisciplinaria.