

SECCION SEGUNDA

FILOSOFIA JURIDICA Y POLITICA

I—El problema de las lagunas en el derecho. Dr. Jorge Reinaldo A. Vanossi.

El Dr. Vanossi es auxiliar de Docencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

II—De la teoría política a la práctica. Dr. Fernando Gómez Martínez.

El Dr. Gómez Martínez es un meritisimo periodista, político y diplomático. Como periodista - Director de EL COLOMBIANO - recibió en 1961 la distinción "**Moors Cabot**"; como político ha sido Diputado a la Asamblea Departamental de Antioquia, Representante a la Cámara, Senador y Gobernador del Departamento de Antioquia; y como diplomático fue embajador de Colombia en Holanda.

III—Kant y la paz internacional. Horacio Montoya.

Ensayo presentado por el Sr. Montoya, alumno de 5º año de la Facultad de Derecho, en el Seminario de Filosofía política.

IV—Carta del Profesor Doctor Hans Kelsen.

EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS EN EL DERECHO

Dr. Jorge Reinaldo A. Vanossi.

SUMARIO: El problema. - Las soluciones. - La terminología. - Estado actual de la cuestión - Kelsen. - Cossio. - Acerca de la interpretación. - La obligación de juzgar. - Sobre la naturaleza jurídica del principio de la plenitud. - Conclusiones. - Bibliografía.

EL PROBLEMA

La cuestión de las llamadas "lagunas del Derecho" o "lagunas en el Derecho" ha sido muy debatida por la doctrina tradicional, debido a la magnitud del problema y a su innegable concomitancia con la esencia del Derecho y su técnica específica. Más allá de las soluciones aportadas por las escuelas clásicas, la Teoría Pura ha elaborado una construcción afín con sus ideas generales, que debe ser considerada como el más serio ensayo para la dilucidación de tan importante cuestión.

El interrogante planteado puede enunciarse así: ¿Existen lagunas en el Derecho? Esto, a su vez, nos conduce a nuevas incógnitas: ¿Es el Derecho un orden pleno y hermético? ¿Hay realmente "casos no previstos"? ¿Cómo debe actuar el Juez frente a tal situación? ¿Tiene realmente solución? Es fácil observar que se trata de un problema de lógica jurídica formal en sentido estricto, donde realmente se discute la noción misma del ordenamiento jurídico.

Para la mejor exposición del tema, es conveniente comenzar con una reseña de las diversas soluciones dadas anteriormente por la doctrina y legislación, que sirvieron de antecedentes a la postura kelseniana actual.

A - LOS REALISTAS aceptan la afirmación de que hay lagunas en el Derecho, que son debidas - entre otras causas - a la limitación de la inteligencia humana y a la riqueza creadora de la vida, que dá origen permanente a nuevas e imperiosas situaciones de hecho, con consecuencias en el campo del Derecho. Parten del presupuesto de que el ordenamiento jurídico es tan sólo un "catálogo abstracto de los casos contemplados por el legislador", y en virtud de ello lo identifican con una pluralidad de casos concretos y particularizados, en vez de considerarlo como un "todo" sistemático. A esta tesis se adhieren la mayor parte de los comentaristas de las leyes codificadas del siglo pasado y, especialmente, los civilistas.

Con un ejemplo se pondrá en evidencia la postura de los realistas: el Código Civil argentino fué sancionado en 1871, cuando los bienes muebles no habían adquirido ni la importancia ni el valor que actualmente tienen; y por lo tanto la regulación legal que de ellos se hace es limitada e incompleta. Ahora bien: para el realismo, esa omisión constituye un caso de la existencia de lagunas en el Derecho, pues según se afirma, el legislador no pudo prever las consecuencias que en el campo del Derecho iba a traer la propiedad mobiliaria. Luego veremos, a la luz de las ideas aportadas por la Teoría Pura, qué diferente es la conclusión que se puede extraer en ése caso.

El Profesor argentino CARLOS COSSIO critica la tesis realista, diciendo que sus sostenedores olvidan que toda "estructura", en cuanto concepto, es una totalidad lógica que se cierra y concluye en sí misma. Porque la Ley no puede únicamente ser una mera enunciación de casos; al hacerlo debe tomar como base un principio determinante y ontológicamente necesario en función del cual se interpreten las normas: llegamos así a la primera enunciación del principio de que "TODO LO QUE NO ESTA JURIDICAMENTE PROHIBIDO ESTA JURIDICAMENTE PERMITIDO", que en el ordenamiento jurídico argentino está consagrado constitucionalmente, en el Art. 19 ("... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"). Este artículo proclama la supremacía y prioridad de la esfera de lo jurídicamente libre, frente a las limitaciones a esa libertad, que sólo se conciben como medio para asegurar la libertad ajena. Como el estudio de este principio general es de gran trascendencia para la lógica jurídica, volveremos luego a su análisis en particular, pero omitiendo toda referencia a un determinado ordenamiento positivo.

Aparte de ello, la admisión de la existencia de lagunas en el Derecho equivale a decir que el Juez puede entrar a juzgar sin normas generales preexistentes, creando directamente la norma individual de la sentencia, al margen de la estructura lógica en cuya virtud la norma general precede a la norma individual.

B - LOS EMPIRICOS niegan la existencia de lagunas en el Derecho, admitiendo la validez del principio de que "en Derecho todo lo que no está prohibido está permitido". Entre sus expositores figuran ZITELMAN Y DONATI.

ZITELMAN otorga carácter negativo al principio de la plenitud, pues sostiene que es una norma sobreentendida que no trae enlazadas consecuencias jurídicas. Para enfocar el problema, se formula dos interrogantes: ¿Qué son las lagunas en el Derecho., y ¿cómo deben llenarse? Da por sentada la solución del método **analógico**, en sus dos formas: "legis" y "juris"; y opta por descartar previamente todos los casos en que la misma Ley renuncia a regular esferas totales de actividad (bien porque otro poder lo hará, o bien porque el legislador se considera aún incompetente). Luego se refiere a la exclusión de la analogía en la imposición de penas (Derecho penal liberal: nullum crimen, nulla pena, sine lege"), considerándola como "un arma de protección de nuestra libertad civil" que debe mantenerse a toda costa; y que en su relación con la producción de efectos jurídicos trae como consecuencia el hecho de que para que existan **efectos jurídicos** hace falta una regla jurídica que los establezca, mientras que para impedir tales efectos no hace falta regla alguna. Y sobre la naturaleza jurídica de éste enunciado ZITELMAN opina que **está implícito** en el orden jurídico, y que tiene un carácter negativo y se encuentra presente por estar **sobreentendido**, sin necesidad de expresarlo. Más aún, este autor considera que toda restricción a la libertad jurídica de los individuos es una excepción a esa **regla fundamental negativa** pre-mencionada.

Después de haber negado la existencia de las llamadas lagunas, ZITELMAN aclarará que, habitualmente, se utiliza esa misma denominación para otros casos que no lo son, en el sentido en que venimos empleando la expresión. Sobre ello dice: "En resumen, en los casos en que generalmente se habla de lagunas, se trata en realidad de que faltan en la Ley, para determinados hechos, una regulación jurídica diferente de la norma general. Y cuando se habla de suplir lagunas, quiere con ello decirse que el Juez rompe aquella regla general para estos hechos especiales y les aplica un precepto jurídico nuevo, la mayoría de las veces desenvol-

viendo otras reglas especiales ya existentes". En estas palabras puede apreciarse una aproximación a lo que KELSEN expresará en su Teoría Pura, pero tal semejanza desaparece inmediatamente, pues ZITELMAN **niega que el Juez crea Derecho** cuando da una nueva solución al caso juzgado: entonces, "la actividad del Juez descansa en la idea de que **la regla que aplica era ya derecho**".

Pero, aparte de los usos ya mencionados, también se emplea la palabra "lagunas" para señalar otro caso, al que ZITELMAN llama de las "**lagunas auténticas**", y que se produce cuando dentro de los límites expresados por la Ley hay muchas posibilidades y la Ley no dice nada respecto a cuál de ellas se refiere. En este caso la función del Juez consiste **en suplir** esas lagunas, mientras que en el caso del apartado anterior se trata en realidad de **correcciones**. Más tarde, KELSEN denominará "técnicas" a estas lagunas que ZITELMAN califica específicamente como "auténticas".

Pero es DONATI el que hace la construcción más completa del empirismo. Afirma que dicho principio es una norma positiva y que integra el ordenamiento jurídico en pie de igualdad con las otras normas: **implica una obligación de no hacer**. Vale decir que la plenitud del ordenamiento jurídico se obtiene merced a la yuxtaposición de una pluralidad de normas, más la inferencia inductiva de esa otra norma implícita (el principio de la plenitud hermética), que es periférica, general y correlativa de todas las otras normas. El mérito de DONATI consiste en restituir a esa norma su carácter "positivo", ya que no hay acciones - desde el punto de vista jurídico - desprovistas de consecuencias normativas.

Las ideas de DONATI son el fiel reflejo de su formación filosófica: un empirismo "a outrance" que sólo encuentra en la formación del Derecho aquellos datos o elementos suministrados por la experiencia con su fuerza de los hechos; aparte de que omite ponderar la actividad creadora del Juez como momento integrante del orden jurídico, que tanto considera KELSEN.

En realidad, DONATI intenta encauzar su tesis partiendo de la base de normas positivas, que son "contingentes", para llegar a la obtención de una norma "necesaria" que confiera plenitud al ordenamiento jurídico. COSSIO critica este error, señalando que "la norma correlativa es una estructura trascendental; la regulación positiva de la libertad es immanente a cada norma positiva, de modo que corresponde, en lugar de la imagen de la yuxtaposición, la imagen del complemento orgánico o la imagen del **todo** que descompone el análisis".

C - LOS PRAGMATICOS (Coviello) afirman que hay lagunas en el Derecho, pero que debe procederse como si no las hubiera; por temor a los trastornos que sobrevendrían a la sociedad en el caso de que las acciones de la conducta humana quedaran al margen de toda regulación. Esta doctrina asume una postura utilitaria y de conveniencia, y debido a ello carece de relieve científico; siendo pasible de las críticas que corresponden a todo escepticismo y a toda ficción.

D - LOS ECLECTICOS (García Maynez), como su mismo nombre lo indica, sostienen un compromiso o transacción, carente de originalidad, y que ni siquiera llega a constituir una síntesis de las posiciones extremas. Afirman que no hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la Ley. Tal aserción conduce a una diferenciación entre dos supuestas plenitudes de ordenamiento jurídico: la **formal** - a la que corresponden las lagunas del Derecho -, y la **material** - a la que corresponden las lagunas de la Ley -. A la primera pertenece el principio ya consagrado: Todo lo que no está prohibido está permitido. Los eclécticos admiten la existencia de esta plenitud y, por ende, los casos de lagunas que se plantean están resueltos por la libertad o permisibilidad (las lagunas del Derecho son materia de Lógica jurídica: están en juego las nociones de "todo" y "parte"). Las lagunas de la Ley, en cambio, señalan la **injusticia o inconveniencia** en un caso dado, sin referencia al todo; dando lugar a la existencia de una plenitud, pero incompleta. Hay en esto una valoración política o estimativa expresada por medio de una metáfora: las "lagunas". La idea de esta distinción aparece ya en IHERING, cuando distingue entre la plenitud del derecho "latente" y las lagunas en el "conocimiento" del Derecho.

Pero en realidad no hay tales lagunas, sólo hay una solución injusta o inconveniente. La confusión deriva del hecho de que el eclecticismo aparece atraído por la existencia de casos en los cuales se producen soluciones judiciales injustas, debidas a la falta de previsión (o a la imposibilidad de preveer) del legislador. Ello es un hecho contingente, pero de ninguna manera encontramos elementos de juicio que permitan recalcar con seriedad científica la susodicha distinción entre "lagunas del Derecho" y "lagunas de la Ley". Tal diferenciación carece de "principium divisionis", desde el momento que las primeras corresponden al estudio de la lógica-formal, y las segundas constituyen un juicio estimativo. Acerca de esto, nos dice KELSEN en la Teoría Pura: "La llamada **laguna dentro de la Ley** es una fórmula típicamente ideológica. La aplicación de la Ley, que en el caso dado es sólo una inconveniencia político-

jurídica a apreciarse por el arbitrio del ejecutor del Derecho, es presentada como una posibilidad lógico-jurídica.

La tesis del eclecticismo tiene su punto más vulnerable en la inconveniencia de fundamentar toda su construcción en una diferencia cuantitativa entre **Derecho y Ley**. Del supuesto de que el Derecho es más que la Ley surge el siguiente interrogante: ¿en qué relación están Derecho y Ley? Una respuesta puede intentarse: si la relación es la del género a la especie o la del **todo** a la parte, entonces es evidente que no habiendo lagunas en el Derecho tampoco puede haberlas en la Ley, pues conforme a los principios de la lógica, 'lo que se predica del primero está necesariamente predicado en lo segundo'.

COSSIO concluye su crítica al eclecticismo, diciendo: "El Derecho como un todo, además de la suma de normas, es la estructura que las totaliza en una unidad y que como cualquier "todo" empírico no tiene una realidad separable de cualesquiera de aquéllas".

Otro jurista argentino, ENRIQUE AFTALION, también rechaza la sutil distinción de los eclécticos, afirmando que: "Si bien no hay lagunas en el Derecho, como **sistema**, sucede que, de facto, existen cuestiones que no pudieron ser previstas por el legislador, lo que hace difícil encontrarles una solución justa. Es lo que la doctrina tradicional designa con el nombre de lagunas de la legislación".

LA TERMINOLOGIA

Como fácilmente puede observarse, la terminología empleada en el tratamiento de esta cuestión hace difícil la comprensión de las ideas en juego. Este problema constituye un aspecto más de la preocupación por la claridad en la expresión de las ideas, que ha hecho decir al gran Profesor italiano SCIALOJA, esta irrefutable aseveración: "Una idea no puede ser jurídica sino en cuanto sea clara; porque el Derecho es arte de trazar límites, y un límite no existe sino en cuanto no sea claro. Y puesto que no existe pensamiento jurídico sino en cuanto sea claro, todo lo que es oscuro puede pertenecer acaso a otras ciencias ¡pero no al Derecho!" ("Derecho Práctico y Derecho Teórico", Revista de Derecho Procesal, año 1955, 1ª parte, pág. 154). Tengamos en cuenta estas palabras, a los efectos de encarar la interpretación de las ideas de los autores que a continuación se exponen.

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

La Teoría Pura (KELSEN) y la Teoría Ecológica (COSSIO) niegan la existencia de las llamadas lagunas del Derecho, diferenciándose totalmente del empirismo en su construcción y fundamentación filosófica. Parten de una base "**a priori**": la primacía necesaria y absoluta del "todo" sobre sus partes. No admiten la posibilidad de que existan casos fuera del "todo", pues ello implicaría una contradicción (ya no sería "todo"). Vale decir, que se concibe al ordenamiento jurídico como un "**todo**"; como una estructura totalizadora. Sus enunciados significan un nuevo enfoque de la cuestión, sobre bases lógico-jurídicas más reales y uniformes, y con una proyección más completa en la solución de los problemas concomitantes. Por la inspiración kantiana de los conceptos que manejan, se ha denominado APRIORISMO a la solución que proporcionan al problema de las llamadas "lagunas en el Derecho".

En una misma línea filosófica, AFTALION dice que "La nota de totalidad propia de todo orden jurídico, hace lógicamente imposible admitir espacios sin Derecho, humanas interferencias ajenas a regulación jurídica, del mismo modo que es inconcebible un "circulus quadratus" o un triángulo de cuatro lados".

KELSEN

El maestro vienés estudia el problema de las lagunas en sus dos obras fundamentales: "La Teoría Pura del Derecho" y la "Teoría General del Derecho y del Estado", realizando una construcción que sólo debe interpretarse en función de la totalidad de las afirmaciones de su teoría general del Derecho, y no aisladamente.

Para KELSEN, el Derecho regula su propia **creación** y cada acto de esa índole es a su vez **aplicación** de la norma inmediata superior de la llamada pirámide jurídica. Así, desde la norma básica (que es un supuesto mental, necesario para la unidad total del orden jurídico) hasta la sentencia judicial, hay un proceso de permanente concretización e individualización, durante el cual siempre la norma superior determina en cierta medida a la norma inferior. Esa determinación puede variar: o bien comprende el aspecto adjetivo (el órgano y el procedimiento) y el aspecto substantivo (el contenido); o bien solamente el primero, dejando que el contenido substancial emane del arbitrio del mismo órgano. Pero aunque la determinación del contenido puede variar en su intensidad (por ej.: la determinación que la Constitución hace del contenido

de las normas generales casi siempre lo es en forma negativa), siempre, absolutamente siempre, **el Juez participa algo en el proceso creador**, otorgando a la norma individual una fisonomía típica. Vemos así que el Juez tiene parte activa en la integración del ordenamiento jurídico y que la sentencia que dicta es la última etapa de un proceso de creación jurídica que va de lo general y abstracto a la esfera de lo individual y concreto. Todo ésto, desde un punto de vista **dinámico**, en el que cada norma solamente pertenece al ordenamiento jurídico, si ha sido creada de acuerdo con lo que prescribe la norma superior y, en última instancia, de acuerdo con la **norma básica** que constituye la unidad del sistema.

Así planteada la cuestión, resulta que frente a la pretensión de quien considera procedente su reclamo, y ante la ausencia de una norma que se lo acuerde, la actitud a tomar por el órgano o tribunal puede ser de dos formas distintas: o bien el Juez absuelve al acusado (o rechaza la demanda) haciendo uso del principio de que "en Derecho todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido", en cuyo caso también se está aplicando el derecho substantivo en vigor; o bien "**el tribunal está autorizado por el orden jurídico para resolver discrecionalmente el caso**", vale decir, que el Juez puede estimar injusta o inconveniente la ausencia de una norma general que le permita condenar al demandado, y estar facultado para actuar cual si fuese legislador. En este caso, dice KELSEN, "la norma individual creada por la resolución judicial produce el efecto de una **ley ex-post-facto**". Y si acá también se habla de "lagunas" su significado ya no es el de la imposibilidad de adoptar una decisión por falta de norma expresa, "sino sólo que la decisión - lógicamente posible - accedente o denegatoria es apreciada como demasiado **inconveniente o injusta** por la instancia competente para la decisión...". Entonces cabe suponer que el legislador no ha pensado o no ha podido pensar en ese caso, y que si lo hubiera hecho, lo habría decidido de modo distinto de aquél en que ahora el Juez tiene que decidirlo sobre la base de la Ley.

La función creadora que KELSEN atribuye a los jueces, está en consonancia con la evolución del pensamiento jurídico universal y el de los países sajones en particular. Sus observaciones se fundan en la experiencia inmediata del sistema del "common law", aunque la extensión de su razonamiento tiene validez universal.

La única reserva que nos motiva esta concepción kelseniana de la función creadora del Juez, radica en su aparente o virtual contradicción con un principio generalmente reconocido como esencial por el régimen republicano de gobierno: el de la división o separación de los poderes.

En tal sentido, el jurista argentino SEBASTIAN SOLER expresa sus temores, diciendo: "Las teorías procesal y existencialista o **egológica** del Poder Judicial constituyen a los jueces en una especie de minúsculos Führer, por cuya boca hablará el único derecho. Con ello no hace más que atomizar el Führer prinzip, reduciendo su gravedad sólo aparentemente, porque el resultado de la distribución de ese poder es que el ciudadano en vez de estar expuesto a las fantasías de un sólo iluminado notorio, queda a la ventura de innumerables y casi ignotos miembros de un verdadero mandarato judicial, compuesto de libres valoradores de su conducta, cada uno de los cuales dispon eventualmente de su fortuna, de su honor o de su vida" ("Los Valores Jurídicos", Buenos Aires, 1948, pág. 52).

NATURALEZA DE LAS LAGUNAS: Para KELSEN, como queda dicho, la teoría de las lagunas constituye una **ficción**, desde el momento que siempre es factible la aplicación del derecho existente. Lo que ocurre es que en determinadas circunstancias **el Juez está facultado "para cambiar el Derecho en relación con un caso concreto** y obligar jurídicamente a un individuo que era con anterioridad jurídicamente libre". Y con esta afirmación, volvemos nuevamente a lo que ya dijéramos sobre la identidad de esta circunstancia con la de una ley-post-facto: no hay ninguna laguna, sino que **se está añadiendo una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general**.

Es indudable que en esto es muy ponderable el margen de apreciación por parte del órgano que juzga, y que KELSEN reconoce, al decir: "La llamada laguna no es por ende otra cosa que la diferencia entre el derecho positivo y un orden mejor, más justo y más recto...". La interpretación no tiene aquí la función de poner en aplicación la norma a interpretarse, sino, al contrario, la de eliminarla para reemplazarla por la norma mejor, más acertada, más justa, es decir, **por la norma deseada**".

EL PROPOSITO DE LA FICCION DE LAS LAGUNAS: es estudiado por KELSEN con el fin de esclarecer el interrogante que se plantea con relación al poder de los jueces para actuar cual si fuesen legisladores; poder que les otorga, v. gr., el Art. 1 del Código Civil Suizo. La circunstancia humana de que el legislador no pueda corregir las normas generales que ha dictado, en cada caso concreto de aplicación judicial en el que surja con evidencia la imprevisión del legislador, ha obligado a éste a otorgar a los jueces el poder necesario para desviarse de la Ley. Y en ésto ve KELSEN **el riesgo** inevitable de que el Juez decida también, cual si fuese legislador, en aquellos casos en que el verda-

dero legislador original quisiera ver aplicada su ley. Y como tal resultado implica "la abdicación del legislador en favor del juez", para evitarlo se acude a la **ficción** de las lagunas, mediante la cual se concede al Juez la autorización para desviarse de la Ley en forma tal que éste "no se vuelva consciente del extraordinario poder que le es realmente transferido". Nosotros diremos que esa ficción limita en dos sentidos la autorización concedida al Juez: 1º) en sentido **jurídico**, es decir, a aquellos casos en que la pretensión del actor no está estipulada en ninguna norma general; y 2º) en sentido **psicológico**, vale decir, que sólo se considerará como una laguna cuando el caso resulte muy injusto o inconveniente, tanto que si el legislador lo hubiera previsto lo habría incriminado.

LAS LLAMADAS "LAGUNAS TECNICAS": KELSEN afirma que, junto con las lagunas propiamente dichas, existen otras distintas llamadas "técnicas", que generalmente se admite que puedan ser llenadas por vía de interpretación y cuya existencia la aceptan incluso los que niegan a las lagunas propiamente dichas. Luego dice: "Han de existir cuando el legislador omite regular algo que hubiera tenido que regular, si ha de ser en general técnicamente posible aplicar la Ley. Sólo que aquéllo que se designa como laguna técnica, **o es una laguna en el sentido original** de la palabra, es decir, una diferencia entre el derecho positivo y el derecho deseado; **o es aquella indeterminación** que se sigue de ese carácter de marco que tiene la norma". Y como ejemplos, cita el de la ley que regula la obligatoriedad de la venta, pero que nada determina acerca de quien soporta el riesgo si la cosa vendida perece antes de la transferencia, sin culpa de las partes. El segundo caso lo ejemplifica con el de una ley que determina la creación de un órgano por elección; pero que, sin embargo, omite regular el procedimiento electoral. Ya anteriormente, ZITELMAN había expuesto en forma semejante la existencia de este grupo de lagunas, a las que denominó "auténticas".

COSSIO

Para este autor, significa una contradicción suponer la existencia de casos en que los jueces no juzguen, pues sería algo "tan impensable como un círculo cuadrado". Y en esa función de juzgar que tienen los jueces, sustenta su tesis: **NO HAY LAGUNAS EN EL DERECHO PORQUE HAY JUECES**. Entonces, es evidente que el Juez **debe** pronunciarse en todos los casos, porque ser Juez quiere decir administrar justicia: ésta es una verdad lógica y axiomática, que corresponde al ámbito de la normatividad del deber-ser. Por lo tanto, la norma que pres-

cribe la obligación de juzgar significa **que los jueces serán jueces**; lo cual es tan obvio, que no debería estar consagrado en la Ley positiva.

Surge de lo antedicho que para que los jueces cumplan con su función no es necesario que lo prescriba el Código Civil: los jueces no pueden dejar de sentenciar, precisamente **porque son jueces**. Es indiferente que el Juez falle admitiendo o rechazando una demanda en función de una "laguna"; en ambos casos ha habido pronunciamiento "*secundum legem*" y el Juez no se ha abstenido de juzgar. El hecho de que el legislador establezca que los "casos no previstos" están dentro de la esfera de lo lícito, o establezca el sistema analógico, es un problema distinto (de política jurídica) que escapa al de la esencia de la función judicial.

La función creadora del Juez - reconocida por la Teoría Pura - está dada por la **interpretación de la Ley**, que es precisamente "creación": **el Juez interpreta porque juzga**. Y siendo el Juez un dato más del ordenamiento jurídico que lo integra como parte y como elemento, es entonces evidente que el Juez "está dentro y no fuera del Derecho", y que "la interpretación es inmanente a la idea de ordenamiento jurídico y apriorística como éste". De ello extrae COSSIO la siguiente conclusión general: **NO HAY LAGUNAS PORQUE LO QUE HAY ES INTERPRETACION**. Cabe destacar esta insistencia de COSSIO en el análisis de la esencia y concepción de la función judicial; sobre la que fundamenta toda la lógica de su teoría.

ACERCA DE LA INTERPRETACION.

En "La Teoría Pura", KELSEN estudia el problema de las "lagunas" en el capítulo dedicado a la Interpretación, lo que confirma la íntima relación que une a ambas cuestiones.

Mientras que la doctrina tradicional afirmaba que de la interpretación surgía una única solución cierta y legal, producida por acto racional del entendimiento, KELSEN opina, por el contrario, que son varias las posibilidades que se dan dentro del "marco" de la norma a aplicar. Dice: "En todos estos casos, la norma a ejecutarse constituye sólo **un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución**, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en algún sentido posible... Si por **interpretación** se entiende la verificación del sentido de la norma a ejecutarse, el resultado de esta actividad sólo puede ser la verificación del marco que representa la norma a interpretarse y, por tanto, el conocimiento de las posibilidades varias que están dadas dentro de ese marco. En consecuencia la interpretación de una Ley no tiene que conducir necesariamente a una decisión única

como la sólo correcta, sino posiblemente a varias decisiones, que son todas - en cuanto sólo se ajustan a la norma a aplicarse - del mismo valor, bien que sólo una de ellas llega a ser derecho positivo en el acto de la sentencia judicial. "... Todos los métodos interpretativos hasta ahora desenvueltos sólo conducen a un resultado posible, pero nunca al único resultado justo".

Habíamos dicho anteriormente que el legislador puede optar entre establecer el principio ya consagrado de que todo lo que no está prohibido está permitido (como en el régimen penal) o puede establecer un sistema de extensión interpretativa (analogía), con lo que surge en su totalidad el problema de las "lagunas" frente a la acción del Juez. Este último caso es el que se presenta en el derecho civil con más intensidad, y el que a lo largo de la historia ha recibido los más numerosos planteos y soluciones, consistentes en las diversas formas de precisar los contenidos de las normas no explícitamente formuladas: el gramatical, el histórico, el dogmático, el de la libre investigación científica (Gény), etc.; todos ellos encasillados por KELSEN dentro de la **política** del Derecho y no en la Teoría del Derecho, ya que nutren sus raíces en la "voluntad" y han sido consecuencia de su clima histórico y de las diversas necesidades de cada época. Sobre ello, dice KELSEN: "La cuestión acerca de cuál de las posibilidades dadas en el marco de una norma es la "justa" no es una cuestión propia del conocimiento dirigido hacia el Derecho positivo, **no es un problema** teórico-jurídico, sino político-jurídico"; y más adelante expresa: "... que la elaboración de la norma individual en el procedimiento de ejecución de la ley es una función de la **voluntad**, en tanto que con ella se llena el marco de la norma general".

Así, por ejemplo, el método de la exégesis tiene su auge con motivo de la codificación napoleónica, es decir, en pleno jusnaturalismo filosófico. Para dicha escuela, todo el Derecho estaba contenido en la Ley y, por lo tanto, conocer la Ley era conocer el Derecho, y no hacía falta indagar otras fuentes: era el resultado del más estricto racionalismo. Uno de sus expositores, VALLETTE, decía: "Se ha legislado tanto, sobre todo en los últimos setenta años, que sería muy extraordinario encontrar un caso completamente al margen de toda prescripción legislativa". Y otro de los maestros, BUGNET, confesaba desde la cátedra: "No conozco el Derecho Civil; no enseño más que el Código Napoleón". Pero al hacer uso abusivo de la exégesis gramatical, en un alarde de legalismo interpretativo, esta escuela terminó evolucionando hacia un crudo positivismo jurídico: ¡La Ley y nada más que la Ley!

Un de los medios de que se han valido la doctrina y la jurisprudencia tradicionales para resolver los casos de "lagunas", ha sido la

"**analogía**". Afirma COSSIO que ella es materia para la interpretación, pero no interpretación en sí misma; pues la interpretación es un proceso creador. Por ello es que "la analogía no conduce propiamente a un método de interpretación, sino a un señalamiento de contenidos estimativos para la interpretación". También juzga necesario trasladarla del plano lógico (el de la interpretación) al plano axiológico (el de los valores); ya que la posición tradicional la ha mantenido en el primero. Así, DONATI sostenía que la analogía es un dato de la **experiencia** (de una experiencia de normas) y que por lo tanto la extensión analógica tan sólo procede si una norma expresamente la autoriza (como sucede en el derecho penal liberal). En cambio, BOBBIO opina que es **razonamiento** y no dato de la experiencia, y que por lo tanto siempre procede la extensión analógica (como sucede en derecho civil). Para COSSIO, la analogía no es natural al Derecho, porque su fundamento es axiológico (perteneciente al mundo de los valores); pero en cambio sí es un principio de Derecho natural racional incorporado al Derecho positivo. AFTALION también critica a la analogía, y añade: "La argumentación analógica no puede extenderse indefinidamente... La analogía no va de lo particular a lo general, sino de lo particular a particular coordinado... No es posible arribar a una verdad general por medio de la analogía".

Con lo que antecede podemos concluir que la analogía, en cuanto método de integración (aplicación de la norma a un caso que según su expresión literal no comprende, pero sí según su espíritu o su "ratio"), no satisface las necesidades de hermenéutica que exige el principio de la Plenitud del ordenamiento jurídico. Es la conclusión a que arriba KELSEN cuando al hablar de Interpretación en la Teoría Pura, dice: "... Que los medios interpretativos corrientes del argumento a contrario y de la **analogía** carecen por completo de valor, demuéstralo suficientemente el hecho de que ambos conducen a resultados contrapuestos, y de que no hay criterio alguno acerca de cuándo debe ponerse en aplicación el uno o el otro".

En cuanto a los "**principios generales del Derecho**", es intensa la invocación que de los mismos se ha hecho en la legislación, la jurisprudencia y en la doctrina, desde su incorporación en el Código Albertino para los estados sardos, a comienzos del siglo pasado. Pero la vaguedad que encierra la misma expresión, ha llevado a equívocos en cuanto a su alcance y significación: algunos pensaron que se refería a las instituciones generales del derecho vigente; otros creían ver una remisión al derecho romano y al derecho común; hubo quienes pensaron en las reglas de la sana moral universalmente aceptadas; y en el Código Civil de Austria se los involucró como referencia al "Derecho Natural". Como pue-

de observarse, tal imprecisión en su significado ha atentado contra su vigor científico, reduciéndola a meros "juicios estimativos de valor".

LA OBLIGACION DE JUZGAR

Para completar nuestra referencia al problema de la obligatoriedad que tienen los jueces **de juzgar en todos los casos**, es conveniente mencionar las distintas soluciones que la legislación y la doctrina han contribuido a elaborar, en concomitancia con el escollo de las llamadas "lagunas".

ROMA: Cuando el Juez no tenía un convencimiento suficiente sobre la cuestión debatida, podía **jurar "sibi non liquere"**, enseguida de lo cual el magistrado procedía a su substitución por un nuevo Juez.

LEY DE LAS CITAS (Teodosio y Valentiniano): sometía el caso de las lagunas al resultado de la mayoría de votos entre las opiniones de un núcleo determinado de juristas.

ESCUELA DE MAGNAUD: Lo deja librado a la intuición.

LAS PARTIDAS (Part. 3ª. Tit. 23, 1.): Disponían que cuando el Juez no podía fallar, elevara los autos al Rey, para que éste sentenciara.

CODIGO NAPOLEON, Art. 4: "El Juez que rehuse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia". Como surge de su texto, ésta es una norma propia de un Código Penal y no de un Código Civil.

CODIGO CIVIL SUIZO, Art. 1, 2ª parte: "A falta de una disposición legal aplicable el Juez se pronuncia según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según la regla que él establecería si tuviera que actuar como legislador". De acuerdo con esta norma, la solución dada por el Juez debe ser susceptible de erigirse en una norma general: según EUGENIO HUBER, hay en esto un eco del imperativo categórico de KANT.

SOBRE LA NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE LA PLENITUD.

El Profesor Titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Doctor AMBROSIO GIOJA, ha señalado reiteradas veces la importancia del estudio

de la naturaleza jurídica y del alcance del postulado de la Plenitud del ordenamiento jurídico; postulado sobre el que KELSEN y COSSIO han apoyado toda la construcción de dicho ordenamiento, sentando bases distintas a las de las escuelas dogmáticas que los precedieron.

Así, ZITELMAN en Alemania y DONATI en Italia lo interpretaron empíricamente, partiendo del fundamento de un examen experimental o inductivo y llegando - de esta manera - a conclusiones diversas: para el primero se trataba de una regla general fundamental negativa, que no era supuesto de ninguna consecuencia jurídica. Para DONATI, en cambio, era una norma de carácter positivo, que aparejaba una obligación de no hacer por parte de los demás (obligación pasiva universal). Era una norma positiva más dentro del ordenamiento, pero una norma periférica, inducida empíricamente, "a posteriori", y que por ende tenía una naturaleza contingente.

Recién los neokantianos descubren su verdadera naturaleza apriorística y fundamental, que es la base de todo el ordenamiento y que se nutre en la intuición esencial de la **libertad**, a la que reconocen como el "prius" o punto de partida de la existencia misma del Derecho. Ya no se trata de una norma positiva más; es - en cambio - una afirmación previa a todas las normas y que fundamenta la esencia de las mismas.

Pero como de su mismo enunciado ("LO QUE NO ESTA JURIDICAMENTE PROHIBIDO ESTA JURIDICAMENTE PERMITIDO") surgen dudas con respecto al significado específico de algunas de las palabras que lo componen, el Profesor GIOJA comienza por aclararlas; al mismo tiempo que formula una serie de interrogantes acerca de si dicho postulado es un juicio necesario o es un juicio contingente, y sobre si es o no un juicio sintético a priori.

En cuanto al significado de las palabras, comienza por asignar dos acepciones a la locución "**permitido**": en primer lugar tiene el significado de "no prohibido". En segundo lugar, quiere significar una conducta con respecto a la cual están prohibidos los impedimentos que la obstaculicen.

Pero para proceder a la formulación del orden jurídico-positivo, es necesario tomar como concepto básico a "**prohibido**", que equivale a un acto antijurídico.

Por otra parte, este postulado - que es una oración - admite una doble interpretación, según el sentido en que se considere empleado el verbo "**estar**": ya sea como función copulativa (en cuyo caso la oración tiene predicado nominal); o bien expresando la idea de "colocar" o "poner" (en cuyo caso tenemos una oración con predicado verbal).

De la doble significación atribuida al vocablo "permitido" y al verbo "estar", GIOJA formula ocho posibles y diversos sentidos del postulado jurídico, entre los que resultan algunos que son la expresión de una tautología, o de un juicio necesario, o de un sinsentido, o bien son expresiones de juicios contingentes.

En idéntica forma analiza las ocho posibles expresiones que resultan de la doble acepción de "permitido" y de "estar", pero en la formulación contrapuesta del principio antes mencionado: "LO QUE NO ESTA JURIDICAMENTE PERMITIDO ESTA JURIDICAMENTE PROHIBIDO". Y afirma que la aceptación de este nuevo principio equivaldría a trastocar toda la base del ordenamiento, pues se cambiaría un orden basado en las prohibiciones por otro fundado en permisiones. Para GIOJA, esto es un **sinsentido**, aunque no un imposible, pues siempre sería factible la existencia de un orden jurídico que se fundara en tal postulado, aunque para ello sería necesario tomar a "permitido" como concepto base, lo que poría acarrear grandes dificultades terminológicas. Además, sería menester adoptar una nueva técnica social específica, en virtud de la cual se asociaran a la conducta deseada ciertos actos de beneficio, lo cual es muy difícil de entender y de hacer entender en la vida cotidiana.

Pero a pesar de todos estos inconvenientes, el postulado de la permisión rige en la esfera del **derecho administrativo**, aplicándose a las actividades estatales. Así, los actos administrativos sólo encuadran en la juricidad en tanto y en cuanto el ordenamiento los determina expresamente. Para el Estado, sólo está permitida la actividad que la Ley le regula; siendo la esfera restante de prohibición para él, y de permisón para los particulares. Con ello se produce una neta diferenciación entre el mundo jurídico de la ACTIVIDAD PARTICULAR y el de la ACTIVIDAD DEL ESTADO, de la cual surge - según GIOJA - la curiosa situación de que un tal "sinsentido" sirva para dar fundamento a toda una rama muy importante del Derecho. Pero hay sin embargo una diferencia en cuanto al alcance terminológico del vocablo "permitido", que en este caso se entiende referido a la conducta "creadora-aplicadora" de normas jurídicas, mientras que en el postulado de la prohibición se refería al opuesto de "acto antijurídico".

Y retornando al problema de la naturaleza jurídica del postulado inicialmente comentado, afirma GIOJA que se trata de un JUICIO CATEGORICO, UNIVERSAL y AFIRMATIVO, y que es SINTETICO A PRIORI, porque "se nos da como una proposición cuya evidente ne-

cesidad no tiene su origen en una Ley formal, sino en el nexo de no-independencia de sus contenidos materiales".

A la luz del pensamiento kantiano, esta afirmación responde a los enunciados y métodos del idealismo trascendental; que "el gran filósofo de Königsberg" construyó partiendo de la base de dar un nuevo sentido del "SER", que no sea un ser "en sí", sino un ser objeto, un ser para ser conocido. Estos enunciados proyectaron los perfiles de su teoría del conocimiento; teoría que al igual que en las ciencias físico-matemáticas, se compone de juicios o proposiciones, que pueden ser analíticos o sintéticos. Un juicio es **analítico** cuando la afirmación hecha en su predicado es una nota que ya está contenida en el concepto del sujeto; de modo que fundándose en el principio de identidad, es una mera verdad tautológica. En cambio, un juicio es **sintético** cuando, por el contrario, la afirmación hecha en su predicado no está contenida en el concepto del sujeto; vale decir, que su exactitud emana de la experiencia sensible. Pero dado que los primeros son deducciones ajenas a la experiencia, por ende su validez es necesaria y universal: son juicios "a priori", mientras que los segundos son juicios particulares y contingentes, y por tanto, "a posteriori". Esta dualidad planteó a KANT la necesidad de encontrar un nuevo tipo de juicio que reuniera al mismo tiempo dos de las características esenciales de los analíticos y sintéticos; vale decir, que sea "a priori" y de validez universal; o sea, obtenido mediante intuición, y ajeno a la construcción deductiva del silogismo; y sea al mismo tiempo "a priori" o independiente de la experiencia. Este es el juicio SINTETICO "A PRIORI", empleado por la Ciencia en sus construcciones, y que viene en nuestro caso a calificar en su justa medida la naturaleza jusfilosófica del "Principio de la Plenitud del Ordenamiento Jurídico".

Al considerar el estudio del tema, GIOJA enuncia el llamado "principio jurídico", que dice así: "Una norma jurídica existe si, y solamente si, esa norma jurídica ha sido establecida como tal". Pero ante una posible confusión, nos aclara que el principio jurídico de la prohibición es diferente del principio del derecho penal liberal "Nullum crimen, nulla pena, sine lege". Este último tiene por objeto lograr una mayor seguridad en la vida social, frente a los atropellos del poder, para lo cual se vale de los requisitos de la ley específica, no retroactiva, e interpretación restrictiva. Pero a pesar de su innegable importancia universal, el "nullum crimen" no pasa de ser **una posible ley positiva**, al igual que el principio de la legalidad administrativa y el principio de las restricciones a la autonomía de la voluntad; todos los cuales pueden ser sintetizados - según GIOJA - bajo la denominación común de "**principio liberal**", que se puede enunciar así: "Un sentido jurídico cualquiera, exis-

te si, y solamente si, ha sido establecido específicamente como tal por una Ley", el cual es sólo un principio jurídico-positivo y, en consecuencia, **contingente**, mientras que el "principio jurídico" es un principio básico de todo el ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

Hemos llegado al momento final, en que es necesario efectuar un intento de examen retrospectivo, con el propósito de valorar en su correcta dimensión a las distintas soluciones ofrecidas para el problema de las lagunas. Surge de inmediato y con evidencia, la magnitud de la Teoría Pura y de la Egoología como construcciones sistemáticas del Derecho; lo cual nos obliga a preocuparnos un poco más por el estudio de las soluciones que han aportado en esta cuestión, mediante las ideas de KELSEN y de COSSIO, respectivamente.

La TEORIA PURA (KELSEN) parte del enunciado de que "todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido", pero no explica la razón o el fundamento por el cual este principio vale de por sí, como verdad axiomática. Más aún: lo enuncia con brevedad y sin entrar a su análisis, y no lo presenta como fundamento del Derecho. COSSIO hizo resaltar este hecho con motivo de la visita de KELSEN a Buenos Aires, hace más de diez años, en cuya oportunidad ambos maestros polemizaron sobre distintos aspectos de la ciencia jurídica. Si bien, KELSEN declaró su adhesión al planteo egoológico en lo que se refiere a dicho Principio, omitió decir en qué consiste su fundamento y en aclararnos "si es fundado o fundante respecto de la normación de donde lo **infiere**". Y la realidad es esa: KELSEN lo enuncia, lo infiere, pero no lo tematiza.

LA TEORIA EGOLOGICA (COSSIO) parte del enunciado de este Principio, lo tematiza y lo eleva a la categoría de axioma ontológico del Derecho, describiéndolo como un JUICIO SINTETICO A PRIORI en el sentido de KANT. Y por lo tanto no constituye una mera inferencia, ni una disyunción convertible en su inversa. Es antes que nada, una imposición de la **libertad** humana como punto de partida de todo lo jurídico: ¡enuncia la libertad como el "prius" del Derecho! Su contrario es un impensable, significaría - según COSSIO - una paralización imposible de la vida; sería una farselad.

Esta relación eidética con la libertad nos conduce a formularnos nuevos interrogantes con respecto a la semejanza o diferencias de las doctrinas de KELSEN y COSSIO. Este último adopta y confirma las in-

vestigaciones del primero, en este aspecto, y desarrolla sus consecuencias con riguroso criterio analítico, aplicando - a la vez - un método fenomenológico. Pero si bien ambos llegan a idénticas conclusiones (la inexistencia de lagunas en el Derecho), se orientan para ello por caminos distintos: de ahí que nos preguntemos: ¿cuál de las dos construcciones es la más exacta? ¿No hay oposición entre ellas? ¿Porqué se orientan por caminos distintos? Y en tren de dudas, podemos incluso abordar el enunciado del Principio y transformarlo en una verdad evidente y tautológica como ésta: "TODO LO QUE NO ESTA JURIDICAMENTE PROHIBIDO NO ESTA JURIDICAMENTE PROHIBIDO"; en cuyo caso debemos admitir que la enunciación del Principio puede ser hecha en ambas formas, y que en los dos casos sigue siendo un juicio a-priori.

También COSSIO al estudiar la función de los Jueces dentro del ordenamiento jurídico y con relación al problema de las lagunas, afirma que "LOS JUECES SERAN JUECES", lo que nos hace pensar en la formulación de otra verdad tautológica. Porque COSSIO hace derivar en forma necesaria la inexistencia de lagunas, del hecho de la existencia de "Jueces": no hay lagunas porque siempre hay Jueces; y ese "**siempre hay Jueces**" es un presupuesto apriorístico sin el cual se derrumbaría toda su construcción. Pero: ¿Y si no hubiera Jueces?... ¿Habría entonces lagunas?... ¿Habría sentencias aún en el caso de que no hubiera Jueces?... ¿Se concibe dentro del Derecho tal orden de descentralización?... Para COSSIO, entonces, se presupone siempre la existencia de Jueces; y cuando aparentemente no hay Jueces, la sentencia emana de otra autoridad, pero **siempre** hay un pronunciamiento decisorio. Y en el caso de este interrogatorio, nosotros nos preguntamos: ¿Qué solución daría COSSIO para el problema de las lagunas **en el Derecho Internacional**, que es un orden descentralizado, y en el cual la jurisdicción y la aplicación de la sanción no han alcanzado la unidad y la extensión del derecho nacional?...

También podemos extender nuestras dudas al ámbito del **Derecho Militar**: ¿Qué ocurre en él? ¿Conserva su vigencia el Principio de la Plenitud hermética como juicio sintético apriori? ¿U ocurre todo lo contrario? ¿Es éste un orden de prohibiciones o de permisiones? ¿Rige el principio liberal del "nullum crimen, nulla pena, sine lege"?

o o o

A MANERA DE EPILOGO, quisiera permitirme formular algunos nuevos interrogantes, que pueden ser el punto de partida de nuevas reflexiones sobre el problema, y objeto de algún trabajo posterior.

En primer lugar: ¿Ha proporcionado la Teoría Pura las soluciones apropiadas para el problema de las lagunas? ¿O es cierta y fatal la afirmación de BENEDETTO CROCE, en el sentido de que "il diritto é una lacuna sola", y que "el Juez decide por anécdotas"?

Manteniéndose en pié la cuestión: ¿Se vislumbra acaso alguna solución, al margen de la Teoría Pura y de la Teoría Egológica?...

BIBLIOGRAFIA

- AFTALION, Enrique R.: "Crítica del Saber de los Juristas". (La Plata, 1951).
- COSSIO, Carlos: "La Plenitud del Orden Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley". (Edición Losada, 1939).
- COSSIO, Carlos: "La Plenitud del Ordenamiento Jurídico". (Losada, 1947).
- COSSIO, Carlos: "¿Cómo vé KELSEN a la Teoría Egológica del Derecho? (en la Revista "La Ley" tomo 52 pág. 1075, Buenos Aires).
- COSSIO, Carlos: "Teoría Egológica y Teoría Pura". (Balance Provisional de la visita de KELSEN a la Argentina), en Revista "La Ley" tomo 56 pág. 835, Buenos Aires.
- COSSIO, Carlos: "La Polémica Anti-Egológica". (Respuesta al Profesor HANS KELSEN) en Revista "La Ley" del 7 de Octubre de 1954 (Tomo 76) Buenos Aires.
- FATONE, Vicente: "Lógica y Teoría del Conocimiento". (Editorial Kapeluzz, 1956, Buenos Aires).
- GARCIA MORENTE, Manuel: "Lecciones Preliminares de Filosofía". (Editorial Losada, 1957, Buenos Aires).
- GIOJA, Ambrosio: "El Postulado Jurídico de la Prohibición". (Edición Abeledo, 1954, Buenos Aires).
- IMAZ, Esteban: "Acerca del Art. 7 del Proyecto de Reformas del Código Civil" (en Revista de "Jurisprudencia Argentina", 1947, tomo II, pág. 6, Buenos Aires).
- KELSEN, Hans: "Théorie Pure du Droit. Introduction a la Science du Droit" (Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953).
- KELSEN, Hans: "Teoría General del Derecho y del Estado". (Edición de la Universidal Autónoma de Méjico, 1958).
- SCIALOJA: "Derecho Práctico y Derecho Teórico", en Revista de Derecho Procesal, año 1955, 1ª parte, pág. 154).
- SOLER, Sebastián: "Los Valores Jurídicos", Buenos Aires, 1948.
- ZITELMAN: "Las lagunas en el Derecho", en "La Ciencia del Derecho". (Edición Losada, 1949).