

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LAGUNAS DE LA LEY(*) (537)

LUIS ALBERTO WARAT

1. - Se trata de un tema que despierta hondo interés entre los juristas de nuestra época. Su dilucidación puede enfocarse desde diversos ángulos, como ser jurídico, lógico, lingüístico, etc.; además ha producido una abundante literatura que permite intentar una sistematización didáctica del problema. En este trabajo acentuaremos la perspectiva lingüística de su análisis, que dará quizás un matiz diferenciador de los abordajes anteriores del tema.

La primera observación lingüística permite establecer que se trata de una expresión ambigua, en la cual podemos diferenciar, por lo menos, tres sentidos, que resulta importante destacar. De ese modo podemos hablar de la "laguna axiológica", de la "laguna lógica" y de la "laguna admitida por el legislador", teniendo cada una de estas expresiones lingüísticas una significación propia.

El tema que nos ocupa, si bien ya ha sido explicitado por Kelsen, será presentado en este trabajo con las rectificaciones que sugieren los nuevos aportes de la lógica y de la lingüística.

2. - La "laguna axiológica" puede ser ubicada dentro del marco más genérico de los conflictos normativos.

En el derecho se presentan dos clases de conflictos: los intersistemáticos y los extrasistemáticos. Los primeros se dan entre normas de derecho positivo del mismo grado o diferente grado, o sea dentro del ordenamiento jurídico vigente. Los segundos se presentan cuando aparece una discrepancia entre la línea de soluciones dada por el derecho positivo y las concebidas, en un momento determinado, por las normas morales, religiosas o por la opinión pública predominante o sectorial, que Kelsen engloba bajo la denominación de normatividad meta-jurídica.

Por tanto, en el caso de la "laguna axiológica" no se trata propiamente dicho de una "laguna de la ley", de la ausencia de una regla jurídica, sino de una discordancia axiológica, que en el acto de la interpretación se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resuelve con el disfraz lingüístico, o sea empleándose la expresión "laguna de la ley".

Cuando se presenta un conflicto entre la normatividad jurídica y el derecho positivo, si el juzgador o intérprete quiere hacer prevalecer la primera sobre el segundo, no lo puede hacer en una forma abierta pues ello implicaría preconizar un comportamiento antijurídico, contra la ley o desarticular la función normativa del derecho, por lo cual introduce la solución meta - jurídica bajo la apariencia de una falta de previsión jurídica preexistente, invocando, en consecuencia, la laguna de la ley.

Se trataría, entonces, más que de una falta de solución jurídica, de una presencia axiológica insatisfactoria, a tal punto que inspiraría la argumentación en el sentido de la aceptación de una ausencia legislativa. Se mantiene, de esta manera, la inmutabilidad del discurso jurídico, la inalterabilidad de las "palabras de la ley", en aras de la seguridad, y al mismo tiempo se permite atemperar el rigor de la norma e imponer la equidad, en el sentido de brindar satisfacción a las exigencias comunitarias que afloran en oposición a las soluciones legales.

En definitiva, puede afirmarse que una ley justa aparece siempre como una norma clara; y una disposición legal, que se concibe como injusta, aparece siempre a los ojos del intérprete como oscura, y a veces, como una ausencia legislativa, una laguna de la ley.

Concordantemente enseña Kelsen que "si en algunos casos se habla de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta, que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente...

Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo. En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Esta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente sino eliminarla y reemplazarla por una norma juzgada mejor, o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa . . . " (Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, Eudeba 1960, pág. 173).

La cita de Kelsen confirma nuestra postura de denominar la discordancia valorativa como "laguna axiológica".

La divergencia valorativa no cuestiona la equidad de la norma jurídica en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

general, sino tan sólo aparece a nivel del caso particular sometido a la decisión judicial, en el acto de la interpretación de la ley. Por tanto, la laguna axiológica puede ser asumida como un argumento descalificador de las soluciones legales.

3. - Enfocado el análisis de la "laguna axiológica" del punto de vista lingüístico, ésta se presenta como un problema de vaguedad extensional, o sea que se dice que hay "laguna" cuando la connotación de la norma legal no permite decidir si un caso particular dado puede ser incluido o no en su extensión. Por otra parte, esta decisión se encuentra condicionada axiológicamente.

La acción prevista en el ámbito material de la norma (connotación) es expresada por el legislador en el lenguaje natural, por lo cual sus notas descriptivas no pueden brindar ninguna condición necesaria y suficiente para su aplicación, vale decir que en relación a los casos concretos, éstos pueden o no contener todas las notas o condiciones constitutivas del modelo normativo. Por ello es necesario recurrir a un criterio auxiliar, que permita tomar la decisión adecuada sobre su inclusión o exclusión de la extensión de la expresión lingüística de la norma. Cuando se necesita tomar ese tipo de decisión, se dice que estamos en presencia de una "laguna axiológica", por cuanto la "decisión" no depende de un criterio lingüístico sino de una valoración.

Estamos frente a un problema de indeterminación denotativa, o sea de la vaguedad con respecto a la inclusión de ciertos casos en la extensión de la norma jurídica. La indecisión puede ser resuelta invocando la existencia de una laguna de la ley, expresión lingüística y jurídica tradicional, con una gran fuerza operativa, que permite alterar el ámbito de aplicación de la ley sin lesionar el principio napoleónico de la prohibición creativa de la norma por el magistrado, y sin necesidad de cambiar ostensiblemente el significado de la disposición legal.

4. - Otras veces, el juzgador, frente a la indeterminación suya sobre la aplicación de la ley a un caso particular, opta por alterar la connotación de una norma legal, modificando el alcance de sus notas constitutivas, con lo cual produce una redefinición de los términos de la ley, modificándose de ese modo su extensión, o sea el ámbito personal de validez. En el lenguaje natural se producen también procesos redefinitorios, que al cambiar los campos intencionales de los términos alteran al mismo tiempo su extensión. Las alteraciones de significación, en este caso, responden a exigencias lingüísticas de la comunidad.

En cambio, en el ámbito jurídico el proceso redefinitorio obedece a exigencias axiológicas, amén de las lingüísticas, de suerte tal que resulta difícil encontrar normas de clara aplicación a casos particulares si no existe una coincidencia axiológica previa. Por ello, cuando un intérprete encuentra clara la aplicación de la ley, es que coincide ideológicamente con el legislador.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

5. - En suma, la laguna axiológica y redefinición de las "palabras de la ley" son dos técnicas judiciales, que permiten resolver, en ciertos casos, los conflictos extrasistemáticos.

Existen, además, otras expresiones que cumplen una función semejante, como ser, el abuso del derecho, la inconstitucionalidad de la ley, el orden público, etc. Ellas cumplen una funcionalidad similar a la laguna axiológica. Esta identidad funcional es sugerida, en cierto modo, por la metodología del Código Civil Suizo, que legisla en su artículo 1° sobre las lagunas, y en el artículo 2° sobre el abuso del derecho.

La afinidad funcional anotada me indujo, en trabajos anteriores, a calificar de variables axiológicas las expresiones jurídicas empleadas en el acto de interpretación, como argumentos descalificadores de las líneas de soluciones legalmente establecidas.

Los autores, lejos de subrayar la afinidad funcional de las variables axiológicas, buscan realizar procesos de hipostatización a través de análisis de su naturaleza jurídica. Se trata, por ejemplo, de establecer la naturaleza jurídica de las lagunas de la ley, que no puede ser hallada por la carencia de objeto. Pretender haberla encontrado responde, en el fondo, a una necesidad de privilegiar la opinión axiológica del emitente, conectándola con un supuesto orden natural incuestionable.

En otro orden de ideas, puede pensarse también que buscar la naturaleza jurídica de las variables axiológicas permitirá establecer, con precisión, sus notas connotativas, lo que es inadmisibles dada la variabilidad lógica de tales expresiones lingüísticas.

6. - En cuanto a las "lagunas lógicas", su existencia no es unánimemente aceptada. Algunos autores, como Kelsen, niegan que existan tales lagunas, mientras que otros, como Vernengo, Alchourron y Bulygin, las admiten.

Cabe señalar que la existencia de la "laguna lógica" supone la imposibilidad de encontrar una norma jurídica aplicable a ciertas acciones o relaciones, cuyo sentido deóntico queda indeterminado por la ausencia de una línea de soluciones legalmente establecida.

Kelsen, invocando el principio de que "todo lo que no está prohibido es jurídicamente permitido", necesariamente llega a la conclusión que el derecho positivo no puede contener lagunas lógicas.

Otros autores rechazan la idea de la existencia de "lagunas lógicas", basándose en principios de derecho procesal, similares a los establecidos en el art. 15 de nuestro Código Civil, que obligan al juzgador a fallar todo caso sometido a su decisión. Por ello - afirman - resulta lógicamente imposible sostener la presencia de lagunas de la ley. Tal postura, en realidad, no implica el desconocimiento de las lagunas lógicas, sino que señala más bien la necesidad de buscar técnicas judiciales apropiadas para superarlas o eliminarlas.

Vernengo, a su vez, sostiene que "no hay motivo alguno para negar que, en derecho, hay lagunas, en el sentido de que es posible encontrar enunciados en el universo del discurso, en cuyo respecto las normas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conocidas del sistema no establecen cuál sea el carácter deóntico que válidamente le corresponde" (Roberto José Vernengo, Curso de teoría general del derecho, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, pág. 359).

En realidad, la problemática de las lagunas lógicas atañe más al legislador y al jurista que al juzgador, pues en el acto de interpretación de la ley el aspecto lógico queda sumergido en el enfoque axiológico. Por ello, cuando se habla de casos, normas y soluciones, al tratar las lagunas lógicas se piensa a nivel genérico y no con respecto a un caso particular, cuya solución depende, en gran parte, de una valoración.

También puede decirse que las lagunas lógicas pueden ser admitidas, como argumento o recurso judicial, para poder alterar la significación valorativa de la ley y disimular la existencia de las lagunas axiológicas o la discrepancia entre el sistema vigente y el meta - jurídico. La operatividad de las lagunas lógicas no conduce necesariamente a descartar su existencia a nivel teórico.

7. - Finalmente resta analizar brevemente las llamadas "lagunas admitidas por el legislador". Se trata de una situación en la cual el legislador acepta el criterio de la existencia de las "lagunas de la ley". Por ello, declara expresamente mediante una disposición legal específica que el juzgador debe suplir la laguna "decidiendo según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", tal como reza el art. 1 del Código Civil Suizo. Se trata de una norma jurídica que admite legalmente la existencia de lagunas y al mismo tiempo prevé el procedimiento para eliminarlas.

Teniendo en cuenta que el problema de la laguna que interesa es el que se presenta en el acto de interpretación de la ley, resulta indudable que la prescripción normativa del art. 1 del Código Civil Suizo enfrenta al magistrado con una alternativa genuina: dictar la solución con el contenido predeterminado en el ordenamiento vigente o actuar conforme a su valoración.

Por otra parte, se trata de una disposición legal que admite la existencia de la laguna axiológica. Idéntico papel desempeñan otras disposiciones legales, referentes a otras variables axiológicas, tales como abuso del derecho, orden público, etc. Así el art. 1071 del Código Civil, en su redacción actual, permite al juez descalificar ciertas situaciones legales e imponer su criterio axiológico.