



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

¿ES COMPLETO EL ORDEN JURÍDICO?

Autor:

Gonzalo Recio de la Flor

Tutor:

Enrique Marcano Buénaga

Convocatoria:

2019/2020

Valladolid, 18/06/2020

RESUMEN

En Europa en el siglo XVIII, surgió el movimiento intelectual lusnaturalismo, junto con la Ilustración y el movimiento codificador. También a lo largo de este periodo se originan las diferentes teorías sobre la Compleción, el problema de la existencia o no de las lagunas y el papel que jugaban las figuras del juez y del legislador. Además, se aprecia la necesidad constante de elaborar un Ordenamiento Jurídico completo y sin fisuras. Analizar tanto los conflictos normativos como la Tesis de la Compleción hasta su crisis en el siglo XX, será el objetivo del presente TFG.

ABSTRACT

In Europe in the 18th century, the intellectual movement naturalism emerged, along with the Enlightenment and the codifying movement. Also, throughout this period the different theories about Completion, the problem of the existence or not of gaps and the role played by the figures of the judge and the legislator originate. Furthermore, the constant need to develop a complete and seamless Legal System is appreciated. Analyzing both the normative conflicts and the Completion Thesis until its crisis in the 20th century will be the objective of this TFG.

PALABRAS CLAVE

Unidad, Coherencia, Integridad, Compleción, Ordenamiento Jurídico, Prohibido, Permitido, Antinomia, Laguna, Analogía, Positivismo, lusnaturalismo y Estado.

KEY WORDS

Unity, Coherence, Integrity, Completion, Legal Order, Permitted, Prohibited, Antinomy, Lagoon, Analogy, Positivism, Natural Law and State.

ÍNDICE:

ÍNDICE:.....	2
1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1 ORDEN JURÍDICO COMO CONCEPTO.	5
1.2 PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE NORMAS.....	6
1.3 PRINCIPIO DE UNIDAD Y PRINCIPIO DE COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	9
1.4 DIFERENTES INTERPRETACIONES DEL CONCEPTO “SISTEMA”	11
2. LOS CONFLICTOS NORMATIVOS: ANTINOMIAS E INCOHERENCIAS JURIDICAS.....	12
2.1 POSIBLES CONFLICTOS NORMATIVOS.	13
2.2 ANTINOMIAS.	14
2.3 CRITERIOS ELIMINADORES DEL CONFLICTO DE LAS ANTINOMIAS.	15
3. LAS LAGUNAS.....	19
3.1 CONCEPTO, PROBLEMÁTICA Y TIPOLOGÍA.....	19
3.2 MÉTODOS DE INTEGRACIÓN DE LAGUNAS, LA ANALOGÍA.....	23
3.3 LA FIGURA DEL JUEZ FRENTE A LAS LAGUNAS.....	26
4. LA TESIS DE LA COMPLECIÓN.....	27
4.1 <i>NON LIQUET</i>	29
4.2 LA AUTOINTEGRACIÓN Y HETEROINTEGRACIÓN.....	30
4.3 EL DOGMA DE LA COMPLECIÓN	30
4.4 LA FIGURA DEL LEGISLADOR RACIONAL EN EL MODELO DOGMÁTICO	33
5. LA CRISIS DE LA COMPLECIÓN COMO DOGMA	35
5.1 APARICIÓN DE NUEVAS TEORÍAS POSITIVISTAS EN DEFENSA DE LA COMPLECIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO.....	36
5.2 EL ESPACIO VACÍO DE DERECHO O ESPACIO LIBRE DE DERECHO Y LA RELACIÓN CON LO PROHIBIDO Y LO PERMITIDO.....	37
5.3 TEORÍA DE LA NORMA DE CLAUSURA O NORMA GENERAL EXCLUYENTE: ZITELMANN, DONATI & KELSEN.....	40
5.4 CRÍTICA SOBRE LA TEORÍA DE LA NORMA DE CLAUSURA.	43
6. COMPLECIÓN Y COHERENCIA COMO ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE TODO ESTADO DE DERECHO	46

6.1	COMPLECIÓN Y COHERENCIA EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	47
7.	CONCLUSIONES.....	48
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	50

1. INTRODUCCIÓN.

Lo que pretendo abarcar con este Trabajo de Fin de Grado es el estudio de la Teoría de la Compleción, el dogma de esta y su crisis, principalmente.

Primero he querido comenzar con los criterios de Unidad y Coherencia, necesarios en cualquier Ordenamiento Jurídico. Posteriormente abarcar los diferentes conflictos normativos, centrándome en las Antinomias y también analizando las Lagunas, para finalmente comprender el contenido de la Tesis de la Compleción, su Dogma y estudiar las principales teorías surgidas durante la Crisis de la Compleción en el siglo XX. Para lograr este objetivo he recurrido a varios libros de diferentes autores que abarcan la materia de este trabajo.

Comenzamos con el análisis de Orden Jurídico, el funcionamiento de las diferentes secuencias de los Sistemas Normativos y la creación y destrucción de las normas a través de la Promulgación y la Derogación normativa. Posteriormente haremos referencia a la diversidad de normas basándonos en el principio de Unidad y en la Norma Suprema de Kelsen. Además, se abordará el principio de Coherencia, relacionándolo con los diferentes sistemas y concluyendo con tres sistemas posibles. Seguidamente analizaremos los conflictos normativos, partiendo de clasificaciones deónticas, hasta el estudio de las Antinomias, su clasificación y los diferentes criterios de eliminación. También lo haremos con las Lagunas, las cuales están muy relacionadas con el criterio de Integridad, el estudio de las diferentes tipologías dadas por diferentes autores como Alchourrón y Bulygin y los métodos para integrarlas a través de la Analogía.

Este estudio traerá consigo los diferentes conflictos con los que van a tener que lidiar tanto jueces como Tribunales, los cuales nos llevarán al análisis de la Teoría de la Compleción. El grueso del trabajo se encuentra en el epígrafe de la Tesis de la Compleción y en el de la Crisis del Dogma de la Compleción. Se analizará cómo se cuestionaban diferentes autores acerca de la compleción del Ordenamiento Jurídico. Estudiaremos la importancia del Iusnaturalismo y la Ilustración del siglo XVIII, en el cual se llevó a cabo el movimiento codificador, destacando posteriormente su influencia en el Código Napoleónico de 1804 y la prohibición del *Non Liqueat*. Posteriormente indagaremos en el Dogma de la

Compleción y su relación con el positivismo legalista, el iusnaturalismo racionalista y la figura del legislador racional.

A continuación, emprenderemos con el análisis de la Crisis del Dogma de la Compleción de principios del siglo XX. Destacando autores como F. Génny, además de la aparición de nuevas teorías como la del Espacio Vacío de Derecho y de la Norma de Clausura, las cuales vamos a estudiarlas basándonos en K. Bergbohm para la Teoría del Espacio Vacío de Derecho y en Zitelmann, Donati y Kelsen para la Teoría de la Norma de Clausura. Finalizando con una crítica sobre esta última, apoyándonos en C. Nino, Alchourrón y Bulygin principalmente.

Como punto final destacamos la actividad de completión y coherencia en todo Estado Moderno y también en el Estado Social de Derecho.

1.1 ORDEN JURÍDICO COMO CONCEPTO.

Parte de la idea del conjunto de normas jurídicas, las cuales no se encuentran aisladas unas de otras, sino que forman parte de un conjunto denominado Orden Jurídico.

La conducta humana está ordenada por el derecho. Se podría considerar Derecho, a todo aquel ordenamiento jurídico formado por un sistema de normas interconectadas entre sí o coordinadas en su conjunto.

Por otro lado, el ordenamiento habría que comprenderlo según establece la Teoría de la norma Jurídica, entendiéndolo que va ligada a una organización compleja, donde se especifican las sanciones que se derivan de su incumplimiento y la ejecución de estas.

El concepto "orden" sería el conjunto de normas y relaciones entre ellas. Estas relaciones son esenciales para comprender la naturaleza del derecho.

Todo Ordenamiento Jurídico sigue el principio de Unidad (al hacer referencia al Orden Jurídico como conjunto de normas, no pretendo concluir que siempre sean enunciados de carácter normativo, aunque en numerosas ocasiones lo será). Al referirnos a este, como conjunto de normas, se deduce que es un orden momentáneo porque se refiere a una situación concreta en el

tiempo que puede variar en función del momento. Además, los criterios de identificación pueden verse intercambiados por otros¹.

Por lo tanto, para comprender cómo funciona el Orden Jurídico es necesario conocer cómo se generan las secuencias de los Sistemas Normativos. Se tiene que analizar la estructura lógica por la cual se determina la creación y la destrucción de las Normas Jurídicas, que en la actualidad se denomina promulgación y derogación².

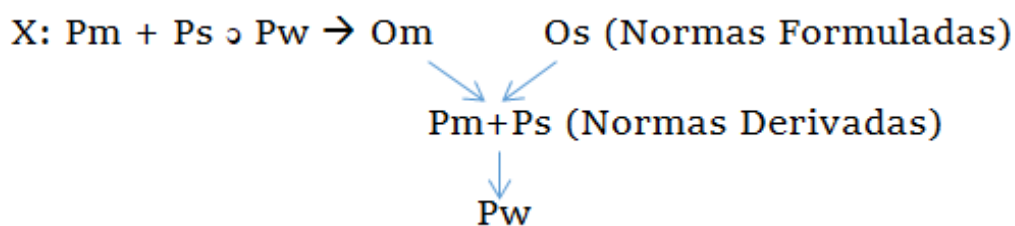
1.2 PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE NORMAS

La promulgación de las normas puede entenderse como la inclusión de una nueva norma dentro del conjunto de normas originarias que, además, cuando se le agrega, trae consigo una pluralidad de consecuencias al Sistema Normativo.

Cuando a un sistema normativo, que llamado "X", le sumas la nueva norma que se promulga y agrega "n", dará como resultado un nuevo sistema: (y). De cada uno deriva una serie de consecuencias, las de "X", las de "n" y las de "X + n" Por ejemplo:

"X" contiene las normas "m" y "s" y su suma "m + s" permite realizar "w".

Al considerar "P" como permitido y "O" como obligatorio, queda así:



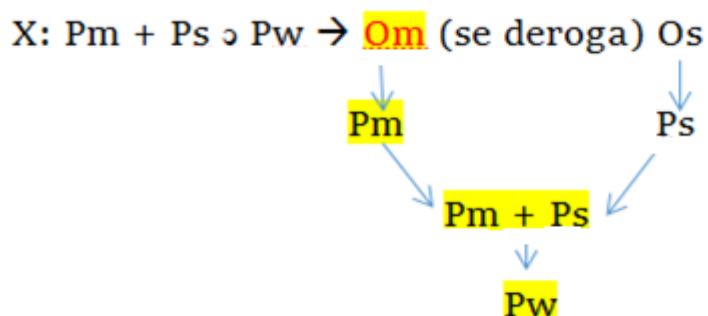
Se deduce que, al promulgar normas válidas al Sistema Normativo siempre va a originar otro Sistema Normativo.

¹ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 393 y 394.

² Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, op. cit. p. 397.
Norberto BOBBIO: *Teoría General del Derecho*, Madrid: Debate, 1991, p.154.

En cambio, en la derogación de normas no es solo considerar la destrucción de una norma del sistema, sino que hay que tener en cuenta aspectos como derogar la formulación de una norma sin necesidad de repudiarla del sistema y la derogación de Normas derivadas y Normas formuladas. También, dentro del ámbito de la derogación, se puede encontrar una figura denominada Redundancia Normativa, que se produce al haber otra vigente que expresa lo mismo, por lo que promulgarla sería un exceso. Lo que se deroga es la formulación anterior y no la norma del sistema como tal. Este tipo de derogación es unívoco porque hace que esa norma pase a ser Derivada de la Formulada que se adopta. La derogación de la Norma Formulada es la más conocida popularmente hablando, ya que se basa en la derogación de una norma por otra diferente, ocupando su lugar (deroga la norma formulada anterior y las normas derivadas que lleve consigo).

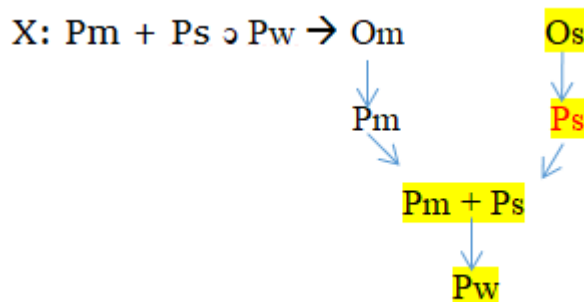
Ejemplo:



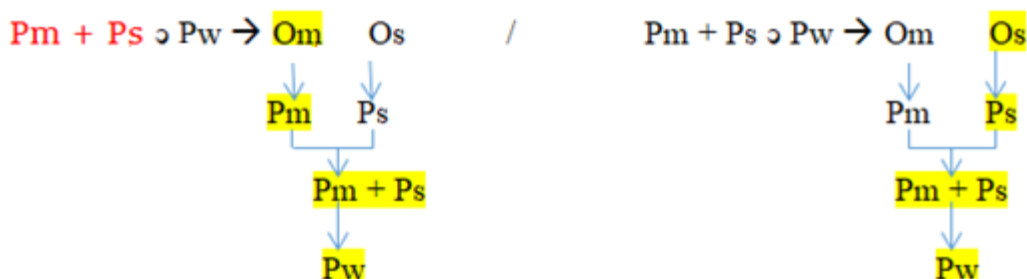
El hecho de derogar O_m implicará que todas aquellas consecuencias derivadas de la misma serán derogadas, conduciendo a otro sistema normativo determinado. La derogación en este caso es también unívoca.

En cambio, con la derogación de las Normas Derivadas, se aprecia la complejidad de los resultados, porque al derogar una norma derivada da una pluralidad de sistemas normativos, no solo uno.

Derogando P_s , el efecto derogador será ascendente y descendente, derogando O_s , como $P_m + P_s$ y P_w .



Pero no siempre se da esto, porque qué pasaría al derogar $P_m + P_s$. En este caso sería necesario que O_m u O_s desapareciera, pero no se sabe cuál, provocando así un problema insoluble ya que el resultado de derogar $P_m + P_s$ produce ambas posibilidades.



Alcanzar tal posibilidad de resultados hace que se cuestione la unidad del propio sistema, aunque es cierto que hoy día es frecuente encontrarse este tipo de derogaciones, donde al final de esta se redacta: “*Quedan derogadas todas las disposiciones que se oponen a la presente...*”. Permitir esta falta de concreción y no prestar atención al hecho de que dicha disposición puede desestructurar el sistema, es omitir un posible resultado desastroso.

En estos supuestos se emplea la expresión “Indeterminación lógica del sistema normativo” que, aunque parezca que se da en pocas ocasiones, en realidad es frecuente ver al legislador emplearlo, produciendo así la fracturación de la unidad del sistema. Dicho problema podría resolverse cuando el legislador reformule y establezca expresamente cuáles son las normas que contiene el sistema y cuáles no. Dado que no lo hace regularmente, la Ciencia del Derecho será la que “rescate” esa actividad³.

³ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, op. cit. pp. 398 a 404.

Una vez asimilados los diferentes conflictos que surgen con la promulgación y derogación de normas, es momento de comprender lo que necesita el Ordenamiento Jurídico que es, a grandes rasgos, Unidad y Coherencia³.

1.3 PRINCIPIO DE UNIDAD Y PRINCIPIO DE COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

El principio de unidad parte de la hipótesis de que el ordenamiento jurídico consta solamente de 1 o 2 tipos de normas, pero en realidad los ordenamientos jurídicos contienen infinidad de normas y nunca se conocerán todas porque están en constante modificación, creación y destrucción debido a la evolución social.

El Ordenamiento Jurídico alberga una gran complejidad ya que siempre quiere aglutinar y dar respuesta a todas aquellas conductas que puedan surgir, a normas que ya se formularon válidamente y a las que se producen a través del poder legislativo (delegación de Poder)⁴. Pero lo que realmente hace que el Ordenamiento Jurídico sea complejo, es la aparición de las normas que permiten la producción de otras. Ya no es solo el hacer o no hacer (Imperativos de primera instancia), desde un punto de vista imperativo, sino que también hay que tener en cuenta los mandatos que ordenan (Imperativos de segunda instancia). Estos mandatos que ordenan poseen una clasificación que va más allá de la simple distinción habitual entre prohibitivas, permisivas e imperativas. Dicha clasificación distingue nueve tipos distintos de normas:

- Normas que ordenan mandar.
- Normas que prohíben mandar.
- Normas que permiten mandar.
- Normas que ordenan prohibir.
- Normas que prohíben prohibir.
- Normas que permiten prohibir.
- Normas que ordenan permitir.
- Normas que prohíben permitir.

⁴ Norberto BOBBIO, op. cit., p. 165.

- Normas que permiten permitir.

Por lo tanto, para dotar de unidad al Ordenamiento Jurídico, hay que considerar que todo su conjunto normativo no se encuadra en un mismo plano, sino que hay que distinguir entre superiores, inferiores y Norma suprema o Norma Fundamental, como así la denomina Kelsen, esta será la que proporcione esa unidad al Ordenamiento Jurídico. Considerando a este conjunto normativo como correcto, también se afirma que la estructura piramidal es la óptima para garantizar la unidad. La base consta de actos meramente ejecutivos respecto de la norma superior; el plano intermedio de conjuntos de producción y ejecución, y en el vértice se encuentra la Norma Fundamental como fuente de producción, que en nuestro ordenamiento jurídico es la Constitución⁵. Por otro lado, el Principio de Coherencia hace referencia a que no basta con que los entes constitutivos estén conectados formando un todo, sino que se requiere que sus relaciones sean coherentes en su conjunto y que se den las condiciones adecuadas para conseguirlo. Para ello hay que distinguir los sistemas estáticos de los sistemas dinámicos.

Los primeros son normas que se relacionan entre sí, donde unas se deducen de otras partiendo de aquellas que tengan una idiosincrasia general, es decir, que las normas se relacionan debido a su contenido. En cambio, los sistemas dinámicos se forman a través de normas que derivan unas de otras por delegación sucesiva de poder, las cuales pertenecen a una autoridad de carácter superior. Un ejemplo sencillo para diferenciar ambos sistemas sería: un padre ordena a su hijo limpiar la habitación y el hijo pregunta que por qué debe hacerlo. El padre podrá responder «porque debes ser limpio y ordenado» (Sistema Estático). Si responde «porque soy tu padre y debes obedecerme» (Sistema Dinámico). El primero se realiza a través del sentido de prescripción y el otro caso es una imposición realizada por una autoridad. Con este ejemplo se aprecia una clara distinción entre los diferentes sistemas dentro del Principio de Coherencia, pero es necesario explicar el concepto de sistema⁶.

⁵ Norberto BOBBIO, op. cit., pp. 172 a 175.

⁶ Norberto BOBBIO, op. cit., pp. 189 a 191.

1.4 DIFERENTES INTERPRETACIONES DEL CONCEPTO “SISTEMA”.

En base al Sistema Dinámico, el concepto sistema, hace referencia a que su contenido normativo proviene de la más pura formalidad, ¿podría darse el supuesto de que dos normas legítimas pueden ser entre sí contradictorias?, ¿podría seguir considerándose Sistema? En principio sí, porque se basa en la identificación de un ordenamiento jurídico como sistema dinámico. Pero no siempre se presenta claro este hecho, por lo que hay que tener en cuenta los diferentes límites y condiciones. Entonces, para comprender los diferentes sentidos del concepto “Sistema” es necesario acudir a la Interpretación Sistemática, la cual, en el caso de encontrarse con una norma oscura o deficiente, decide integrarla dentro del sentido general del Ordenamiento, sin tener que recurrir a la interpretación literal. Pero esta aclaración no define de qué tipo de sistema se trata, por lo que es necesario diferenciar tres:

- Sistema deductivo.
- Jurisprudencia Sistemática.
- Sistema que impide la coexistencia de normas incompatibles.

El Sistema Deductivo sería aquel que considera a los principios generales del Derecho como el origen de todas las normas jurídicas del ordenamiento. Se basa en la razón y la lógica para regular normas.

La Jurisprudencia Sistemática hace referencia a la ciencia que pretende construir un ordenamiento, partiendo de normas concretas para originar otras más generales (procedimiento inductivo). Es capaz de unificar todo el sistema aplicando las normas concretas para conseguir los conceptos generales.

El Sistema que impide la coexistencia de normas incompatibles, es el más interesante porque defiende la imposibilidad de que haya dos normas incompatibles entre sí y lo soluciona eliminando una de ellas. Cuando en un Sistema Jurídico se encuentra una contradicción, no se anulará, sino que se solventará a través de la eliminación de aquella norma que produce la incompatibilidad. Por lo tanto, no todas las normas que proceden de las fuentes

creadoras son en sí mismas válidas, sino que lo serán cuando sean compatibles con el resto que compone el Ordenamiento jurídico⁷.

2. LOS CONFLICTOS NORMATIVOS: ANTINOMIAS E INCOHERENCIAS JURIDICAS.

Tanto los conflictos normativos como su reconocimiento son un problema real al que se enfrenta la relación lógica de las normas. Hay autores como Kelsen que defienden la imposibilidad de un análisis lógico de las normas. Un conflicto viene a entenderse como una lucha o un choque entre personas, ideas, actos...etc. En el caso de los conflictos normativos, la lucha es entre normas que se oponen, produciendo un estado de desasosiego o amenaza en cada una de ellas, y la elección para la aplicación de una, provoca el incumplimiento de la otra. Esto no siempre es claro, debido a que se pueden encontrar varias situaciones, como cuando no parece que se confronten las normas pero que al trasladarlo al plano real sí (*Oposición Mediatizada*), y cuando una norma está prohibiendo la conducta y a la vez otra la está permitiendo (Incompatibilidad Inmediata). Esto se conoce como Antinomia.

El conflicto normativo se produce cuando se encuentran enfrentadas simultáneamente varias obligaciones que, al darse una situación concreta, se pueden excluir mutuamente pero que al mismo tiempo son vinculantes entre sí. Hay que considerar también como conflictivo al sistema que posea normas deónticas y no deónticas, porque las primeras poseen características que producen efectos obligatorios, permisivos y prohibitivos en aquellos sujetos que las emplean. Mientras que las no deónticas en su conjunto o en parte, no albergan esa calificación⁸.

⁷ Norberto BOBBIO, op. cit. pp. 192 a 195.

⁸ Txetxu AUSÍN: *Entre la lógica y el Derecho: paradojas y conflictos normativos*, México, D.F.: Plaza Valdés, 2005, pp. 131 a 135.

2.1 POSIBLES CONFLICTOS NORMATIVOS.

Uno de estos es, mencionados ya anteriormente, los conflictos deónticos con los no deónticos, donde se encuentran distintas clases de calificaciones. Clases de calificaciones deónticas:

- a) Cuando se produce una situación determinada “H”, aparece una norma que obliga a hacer “O” y otra que obliga a hacer “U”, siendo “O” y “U” incompatibles en “H” al realizarse en el mismo momento.
- b) Se produce la misma incompatibilidad que en el caso anterior, cuando se considera que “U” y “O” son permisivas ambas o solo una de ellas.

Hay casos en los que se pueden encontrar varias normas permitidas para un mismo supuesto y se opta por aquella que posee unos principios más precisos o importantes. Existe la posibilidad de que dichas normas puedan terminar en sanción debido a que se escoge una, y ésta está impidiendo o dificultando a otra llevar a cabo una acción que igualmente está permitida (la sanción civil).

También existen conflictos normativos dependiendo de la extensión de las normas:

- a) Cuando el conflicto reside en la totalidad de dos o más normas, ya que no se puede aplicar una sin que se vulnere el contenido de la otra.
- b) Cuando el conflicto es de carácter total-parcial. Es el caso típico de aplicar una norma general o una especial para un mismo supuesto y al final se acaba eligiendo la especial, ya que engloba un contenido más concreto en cuanto a regulación en estos casos.
- c) Cuando el conflicto es de carácter parcial y se puede dar o no esa situación conflictiva del mismo modo.

Finalmente cabe destacar una calificación de conflicto normativo de tipo Deóntico relacionado con las antinomias:

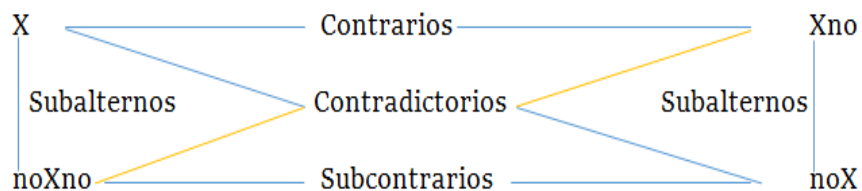
- a) Antinomias Deónticas por contraria oposición: cuando un comportamiento es al mismo tiempo prohibido y obligatorio.
- b) Antinomias Deónticas por oposición contradictoria: es la misma consecuencia que el caso anterior, pero se añade que también contiene

la posibilidad de que el comportamiento sea al mismo tiempo obligatorio y facultativo⁹.

2.2 ANTINOMIAS.

Una antinomia es una incompatibilidad lógica entre las normas. En primer lugar, hay que partir de que dos normas son incompatibles por lógica ya que al pertenecer al mismo sistema normativo y exponiendo el mismo supuesto de hecho, dan respuestas jurídicas incompatibles a la hora de aplicarse. Hay que tener en cuenta que una norma puede tener mayor generalidad o abstracción que otras y por lo tanto las coincidencias e incompatibilidades entre ellas puede darse en mayor o menor medida. Pero para que haya una Antinomia como tal, deberá darse en todos sus componentes, aunque también puede ser parcial, en caso de que se dé en las normas¹⁰.

Para poder entender el concepto de antinomia hay que tener claros los siguientes aspectos y así comprender cuándo se dan las incompatibilidades y en qué consiste la antinomia.



Al ser incompatibles 2 normas porque no pueden ser verdaderas al mismo tiempo las 6 posibilidades, es que las tres primeras son incompatibles y las otras tres compatibles.

- X y Xno: pueden ser ambos falsos, pero no verdaderos.
- X y noX: dos contradictorios no pueden ser a la vez ni verdadero ni falso.
- Xno y noXno: dos contradictorios con regla precedente.
- X y noXno: son subalternos, de lo falso del segundo se consigue la falsedad del primero, pero no al contrario.

⁹ Txetxu AUSÍN, op. cit. pp. 136 a 140.

¹⁰ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho* (1ª ed.), Salamanca: Ratio Legis, 2013, pp. 305 y 309

- e) Xno y noX: también son subalternos.
- f) noXno y noX: en este caso se da la subcontrariedad y se considera que ambos pueden ser verdaderos, pero al mismo tiempo falsos.

En los tres primeros no se confrontan dos verdaderos, pero en los tres últimos sí, por lo que éstas pueden ser verdaderas a la vez. Entonces la incompatibilidad se da en aquellas normas que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, como se aprecia en los siguientes casos:

- a) Cuando una prohíbe hacer alguna cosa y otra manda hacerla.
- b) Cuando una manda hacer y la otra permite no hacer.
- c) Cuando permite hacer y otra prohíbe hacer¹¹.

Una vez que estos conceptos están aclarados, hay que abordar la clasificación de las Antinomias:

- Antinomia Total-Total: cuando el supuesto de hecho de ambas normas coincide plenamente, por lo que no se puede aplicar una sin que choque o entre en conflicto con la otra (Absoluta Incompatibilidad).
- Antinomia Total-Parcial: en este caso el supuesto de hecho de una de ellas es o tiene una mayor amplitud normativa que la otra y en algunos casos no va a haber conflicto, pero en el resto sí.
- Antinomia Parcial-Parcial: aquí ambas normas poseen un supuesto de hecho que concuerda en parte y en parte no, por lo que habrá casos donde choquen entre sí y en otros no, es lo que se conoce como “Solapamiento de reglas”¹².

2.3 CRITERIOS ELIMINADORES DEL CONFLICTO DE LAS ANTINOMIAS.

Anteriormente se ha dado una solución al choque de dos normas, eliminando una de las dos, pero sin saber cuál. Hasta ahora solo se conocen aquellos principios que sirven para identificar la antinomia (Determinación), por lo que es necesaria una solución.

¹¹ Norberto BOBBIO, op. cit. pp. 196 a 199.

¹² Miguel Ángel RODILLA, op. cit. pp.309 y 310

Solo se eliminará aquella parte de la antinomia que coincida, por lo que cuando haya una Antinomia Total-Total una de las dos quedará eliminada, mientras que en la Antinomia Total-Parcial y la Parcial-Parcial solo se desechara aquella zona que coincida en la norma inclusiva.

La Jurisprudencia nos proporciona una serie de reglas o criterios para solventar el conflicto:

- a) Criterio Cronológico: “*Lex posterior derogat priori*”, se produce cuando una norma con regulación anterior contradice con una norma más actual o viceversa. En este caso prevalecerá la norma posterior porque es capaz de regular con más precisión los conflictos generados en el marco social de ese momento.
- b) Criterio Jerárquico: “*Lex Superior Derogat Inferiori*”, se basa en una jerarquía normativa que provoca que las leyes inferiores sean anuladas o canceladas por las superiores ya que poseen una fuerza normativa mayor. En nuestro ordenamiento jurídico nos pasa, por ejemplo, con la costumbre y la ley, fuentes de derecho que se contradicen. La ley será la que prevalezca por ser jerárquicamente superior.
- c) Criterio de Especialidad: “*Lex Specialis derogat generali*”, en este caso la ley especial siempre va a derogar a una ley general que regula sobre una misma materia en caso de contradicción. En nuestro CP, el art.8 dice expresamente: los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigará observando las siguientes reglas: 1ª) El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

Relacionándolo con las Antinomias, se asemeja al caso de las Antinomias Total-Parcial, por lo que no hay que abolir toda la ley general sino solo aquello que resulte incompatible con la ley especial, es decir, la ley general perderá parcialmente su vigencia.

En caso de Antinomias Total-Total o Parcial-Parcial estos criterios no van a servirnos para dar con la solución. Es cierto que entre juristas es común que al encontrarse ante una Norma Permisiva y otra Prohibitiva o Imperativa se decantan más por la permisiva, ya que entiende que es más favorable. Porque

al interpretar dicha norma a favor de un criminal, será perjudicial para la parte que ha sufrido el delito. Entonces se deberá resolver dependiendo de cuál de los dos posee un interés más justo.

En caso de estar ante una norma Prohibitiva y otra Imperativa que se contradicen, no pueden ser ambas al mismo tiempo válidas, pero pueden ser invalidas ambas y también puede ser válida solo una. Por lo tanto, la solución se le concede al Juez, que sin poder aplicar ninguno de los criterios anteriores podrá:

- a) Eliminar las dos (se eliminan mutuamente ya que son totalmente contrarias).
- b) Eliminar una de las dos (el juez puede aplicar una pero no eliminar la otra y en otro momento podría aplicar la que no quiso anteriormente).
- c) Conservar ambas.

Este último caso es el más interesante ya que, aunque parezca extraño, es bastante habitual entre juristas (coexistencia de las dos normas). Se hace una interpretación modificando aquello que se considera “erróneo” de ambas normas, eliminando la incompatibilidad entre ellas. Con este método evaden la abolición de la norma y solo anulan aquella parte que impide su aplicación. Lo que se pretende con estas decisiones es lograr mantener un orden y una estabilidad al sistema, conservando las normas que se ofrecen¹³. Estos criterios no resuelven absolutamente todos los conflictos, por lo que es necesario integrar una nueva clasificación de antinomias las Antinomias Deónticas y las no Deónticas. Por lo general una norma jurídica puede determinar de forma Deóntica que un tipo de conducta sea considerada como permitida, prohibida u obligatoria. Entonces para que se origine esa contradicción lógica entre dos normas es necesaria una conducta distinta y contraria. Existen tres supuestos:

- a) Norma que genera un mandato (hacer algo) y otra que lo prohíbe. La concepción deóntica representa un choque entre norma preceptiva y norma prohibitiva, originando la Contrariedad. Esto se produce porque en un mismo sistema normativo ambas normas no podrían ser a la vez válidas, pero sí inválidas.

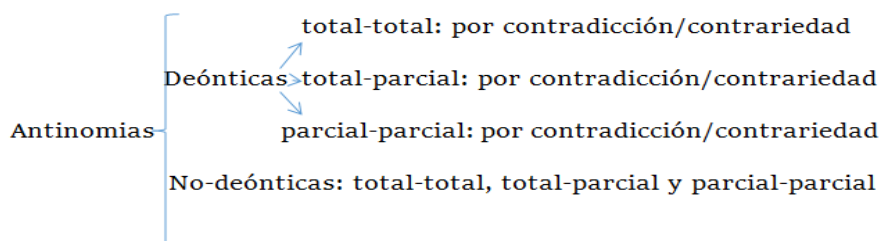
¹³ Norberto BOBBIO, op. cit. pp. 203 a 211.

- b) Norma que genera un mandato (realizar algo) y otra permite no hacerlo.
- c) Norma que prohíbe hacer algo y otra que permite realizarlo. En este caso habrá Contradicción, ya que se da un choque entre una norma prescriptiva y otra que está permitiendo. Dándose ambas en el mismo sistema normativo impiden ser válidas, pero tampoco llegan a ser inválidas.

En cambio, en las Antinomias no deónticas hay que destacar aquellas contradicciones que derivan de las potestades que proporcionan dos normas cuya consecuencia jurídica es el acto considerado como válido, es decir, que existe una Antinomia al encontrarnos con dos normas que para poder realizar el acto “x” proporcionan una serie de condiciones diferentes entre ellas pero que aseguran realizar correctamente “x”. Teniendo en cuenta esta consideración podría definirse como aquella que se origina cuando se dan normas que otorgan potestades y que, perteneciendo al mismo sistema, ambas proporcionan una serie de condiciones obligatorias para que el acto se pueda llevar a cabo válidamente.

En conclusión, en cuanto a las Antinomias, hay que destacar las tres posibles clasificaciones y cómo van derivando unas de otras.

Lo primero es diferenciar Antinomias deónticas o no deónticas (en caso de que haya incompatibilidad o no entre normas prescriptivas), luego en cada una de ellas emplear la distinción entre total-parcial, total-total y parcial-parcial (como forma de averiguar la incompatibilidad existente entre las normas contradictorias), y por último distinguir ante antinomias por contrariedad o por contradicción (apreciación de modulación de la conducta a través de las normas), aplicable solamente a las antinomias Deónticas¹⁴.



¹⁴ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp.313 a 316

3. LAS LAGUNAS.

Existen tres criterios característicos del ordenamiento jurídico y dos de ellos ya han sido mostrados anteriormente, estos son la unidad y la coherencia, por lo que ahora toca abordar el último de ellos, la Integridad, la cual está relacionada íntimamente con las Lagunas.

3.1 CONCEPTO, PROBLEMÁTICA Y TIPOLOGÍA.

El ordenamiento jurídico posee integridad cuando al manifestarse cualquier problema o conflicto éste posea una norma capaz de resolverlo, permitiendo que el juez siempre pueda acudir a dicho ordenamiento y encontrar la norma exacta para el supuesto que se dé y que además no exista otra que la contradiga. Por el contrario, un sistema insuficiente es el que contiene una norma que prohíbe y otra que permite, provocando la aparición de una laguna en el ordenamiento jurídico. Es por este motivo por lo que siempre se busca conseguir una unidad coherente de normas que lo englobe, que sea capaz de eliminar contradicciones y colme las posibles lagunas¹⁵.

El criterio de integridad es necesario, porque los jueces, en nuestro caso, están obligados a resolver los conflictos que se les presenten basándose en aquellas normas que pertenezcan al ordenamiento jurídico (prohibición *del Non Liqueat* que destacaré más adelante)¹⁶. Es posible que tanto en el conjunto de normas jurídicas, normas consuetudinarias y jurisprudencia creada en Tribunales, aparezcan lagunas. No todas son iguales y por eso hay que hacer varias distinciones.

Las Lagunas Legales: están íntimamente relacionadas con la ley y se dan cuando ninguna de las tres fuentes del derecho anteriormente mencionadas es capaz de encontrar la solución al caso. Se conoce como “Silencio de la ley”¹⁷.

¹⁵ Norberto BOBBIO, op. cit. pp. 221 y 222.

¹⁶ *Ibidem.* p.224.

¹⁷ Karl LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1ª ed.; Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona: Ariel, 1994, p. 363.

La finalidad de una ley es la de ser completa para la sociedad en una determinada materia, por lo que, al encontrarse ante una laguna, dicha ley pasa a ser incompleta. Del mismo modo ocurre con un Orden jurídico totalmente codificado, ya que, al contener lagunas, su única solución aparente es la regulación jurídica. La laguna legal es aquella que la ley no es capaz de responder pero que es necesario que se conteste para que pueda ser aplicada. Cuando aparece alguna norma incompleta se denomina Laguna Normativa.

Las Lagunas Legales: no hay que hacer referencia a una norma en particular que necesita de una nueva regulación sino a una regulación que afecta a un conjunto, porque en ninguna de ellas se halla la respuesta. Normalmente son denominadas lagunas “inauténticas” (denominación dada por Zitelmann) o Lagunas de la regulación.

Por otro lado, las Lagunas Normativas, como las de regulación, tienen su origen en la misma conexión con la regulación de la ley. Hay que partir de la misma ley para saber de la existencia o no de una laguna, observando su intención, sus fines y su plan legislativo y como éste debe ser interpretado en el plano histórico y teleológico. Hay una laguna legal cuando esa falta de regulación va en contra del plan de la propia ley. Cuando la ley solo contiene algunos defectos, simplemente hay que modificar su regulación porque el derecho se ha desarrollado de tal modo que la ha superado. En algunas ocasiones los diferentes autores hablan de lagunas de derecho dentro de la laguna de ley, las cuales se refieren a un orden jurídico con una regulación errónea, haciendo imposible encontrar una respuesta acertada al caso concreto.

También existen Lagunas de Valores, las cuales se dan en aquellos casos en los que la evolución de la sociedad, economía y sus relaciones entre sí, obliga a llevar a cabo una nueva regulación debido a la aparición de nuevos problemas jurídicos, como es el caso de la regulación del tráfico aéreo o vial. Para solucionar este tipo de conflictos, la figura del legislador es esencial porque se le considera el único que a través de la promulgación de leyes puede hacer que todos los individuos de la sociedad las cumplan. En caso de que el legislador no quiera realizarlo, siempre que no sean lagunas legales, será el juez el que deberá encontrar la forma de colmar las lagunas empleando, en principio, la

jurisprudencia judicial. Esto se debe a que las lagunas legales hacen referencia a una regulación intencionada, específica y no en relación con el orden jurídico como conjunto, porque éste al ser tan disperso y condicionado al cambio, no podría clasificarse en un plan general unitario. Hay que considerar al sistema interno como aquello que está en constante progresión, no se puede plantear como sistema cerrado, sino abierto, ya que nunca finaliza y es capaz de evolucionar, permitiendo descartar a la laguna del derecho como incompletez del derecho legal.

Dentro de las Lagunas de Ley hay que diferenciar entre Lagunas Ocultas y Lagunas Manifiestas, por un lado, e iniciales y posteriores por otro. Las lagunas manifiestas aparecen al darse un conjunto de acontecimientos donde la ley es incapaz de proporcionar reglas necesarias para solventarlo. Las lagunas ocultas se dan cuando la ley sí es capaz de aplicar sus propias reglas a esos acontecimientos, pero su propósito no concuerda con ellos. Las lagunas iniciales y las posteriores se diferencian por el criterio de temporalidad. Las iniciales hacen referencia a dos grupos, uno es el grupo que el legislador sabe de su existencia y en el otro grupo no. Cuando lo conoce, pretende que sea la Ciencia Jurídica la que lo solucione o simplemente no precisó bien el concepto o dio una mala interpretación del término. En cambio, las no conocidas se producen cuando el legislador piensa equivocadamente que él mismo ya las había formulado en el pasado o que ya había una regulación anterior al respecto. Las lagunas posteriores son aquellas que se desarrollan debido a una evolución económica-técnica, originando nuevos supuestos y requiriendo de una nueva regulación que el legislador no pudo prever¹⁸.

No siempre es tan sencillo apreciar las lagunas en los Ordenamientos Jurídicos, se puede dar con la norma exacta para el supuesto concreto, pero esta no proporciona la solución más acertada, surgiendo así las Lagunas Axiológicas. Se producen al existir una regla aplicable al caso, pero inexacta debido a que el legislador no tuvo en consideración alguna circunstancia, que habría proporcionado un mejor resultado. No hay que confundirlas con las Lagunas normativas porque en el caso de las axiológicas es simplemente la necesidad de

¹⁸ Karl LARENZ, op. cit. pp. 363 a 372.

una regulación más precisa, generalmente relacionada con una norma jurídica que contiene algo que la sociedad no considera moralmente correcto. Hay que tener en cuenta dos conceptos claros en las Lagunas Axiológicas, uno es “la hipótesis de relevancia”, donde se dan todas las cualidades importantes para el conjunto de acciones, y el otro “la tesis de la relevancia”, como conjunto de normas que guarda el sistema para su aplicación en estos casos (de forma insatisfactoria)¹⁹.

Alchourron y Bulygin hacen referencia al famoso caso del médico que produce el aborto de una mujer que tenía tendencias suicidas por el hecho de estar embarazada. En este supuesto, al Tribunal le pareció injusta la solución del código, que condenaba dichas acciones, ya que el hecho de salvar la vida de la mujer estaba más justificado que los casos de aborto común. Se deduce aquí que cuando “la hipótesis de relevancia” abarca más que la “tesis de relevancia” es innegable la existencia de al menos una Laguna Axiológica²⁰.

También existen casos en los que se producen lagunas simplemente por una falta de determinación semántica de los conceptos. Esto hace imposible saber cuándo el supuesto concreto está dentro o no del genérico. A éstas se las conoce como Lagunas Semánticas, las cuales provocan duda o indecisión en relación con su trayectoria dentro del ámbito legal. Pueden conocerse también por el nombre de lagunas textuales o de reconocimiento como denominan Alchourrón y Bulygin. En estos casos no se aprecian lagunas normativas porque la ley ya se encarga de regularlo, pero es cierto que puede generarse esa duda que origina la laguna semántica.

Finalmente, hay que destacar las Lagunas Originarias y las Lagunas Sobrevenidas. En la primera, la laguna se produce al mismo tiempo que cuando la norma se engendró. En cambio, las Lagunas Sobrevenidas o derivadas son aquellas que se originan por cambios en sus requisitos o en sus estimaciones. Como en los supuestos de cambios tecnológicos, sociales o genéricos que requiere de nueva regulación, ya que no se pudo prever anteriormente por el legislador. Es posible que al darse alguna de estas lagunas se produzca

¹⁹ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. (1ª reimpresión), Buenos Aires: Astrea, 1987 pp. 158 y 159.

²⁰ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, op. cit. pp. 162 y 163.

inseguridad de carácter jurídico, por lo que se han ido creado procedimientos o métodos para colmarlas²¹.

3.2 MÉTODOS DE INTEGRACIÓN DE LAGUNAS, LA ANALOGÍA.

Cuando se reconoce perfectamente una laguna legal, la aplicación de la Analogía permite su integración en el ordenamiento jurídico. La Analogía se basa en acudir a una regla contenida en la ley cuya semejanza permite solucionar un supuesto de hecho (o varios) no regulado. Son similares en algunas características, pero en otros casos no tanto. Para emplearla hay que poseer una valoración legal consistente en saber qué caracteres de dicho supuesto son relevantes, por lo que hay que tener en consideración los objetivos fundamentales de la regulación legal, la “ratio legis”.

Dentro de la Analogía hay que diferenciar entre Analogía Legal o Particular y Analogía Iuris o General. La Analogía Legal o Particular se produce cuando en un supuesto de hecho determinado se trasborda una regla de otro supuesto ajeno al primero, pero que guardan relación. La Analogía Iuris o General no se inicia a partir de una sola regla para proceder a la aplicación analógica, sino que se comienza con una pluralidad de reglas intentando deducir de todas ellas un principio general de derecho. Sería como un proceso de obtención y empleo de los principios generales del derecho donde, para obtener una completa formulación de estos, hay que saber cuál es la “ratio legis” común a todos los preceptos que lo componen y su generalización, sin perjuicio de considerar posibles estimaciones discordantes. En ocasiones, solo con conocer la “ratio legis” de una regla en concreto, permite saber la aplicación de un perímetro más amplio de casos establecidos en la ley.

Muy relacionado con la analogía son los denominados “*argumentum a maiore ad minus*” y el “*argumentum a contrario*”. El primero establece que una ley o norma para el supuesto de hecho (H) es válida la consecuencia jurídica (J), entonces tendría que valer en el supuesto de hecho (E) que es muy parecido, ya que la “ratio legis” de la norma inicial comprende a (E) del mismo modo o más. El segundo sería a la inversa, ya que conecta la consecuencia jurídica (J),

²¹ Miguel Ángel RODILLA, op. cit. pp.347 y 348.

únicamente, a un supuesto de hecho (C) y no servirá para otros supuestos de hecho, aunque contengan similitudes. Básicamente es para aquellos casos en los que la norma dice expresamente “solo”, por lo que cabe deducir dos posibles opciones en relación con esta limitación de (J):

- a) Que el legislador lo quiso solamente para (C).
- b) Que es preceptivo, ineludible por la teleología de la Ley.

Cuando esto suceda, se deberá resolver primero interpretativamente. Al considerar que solo son correctas las consecuencias jurídicas que determina la norma y, al aplicar el “*argumentum a contrario*”, se deduce que es deficiente o incompleto. Pero preservando dicho argumento, se excluirá la Analogía y posiblemente una laguna legal, ya que es inexistente la incompletitud de la regulación legal opuesta al plan o plausible en base a la teleología de la ley. Por lo tanto, para reconocer estas analogías relacionadas con los argumentos anteriores hay que estar ante la cuestión de Teleología Legal y su “*ratio legis*”²². Es lo que ocurría en el caso de las lagunas ocultas, para poder colmarlas es necesario integrar la limitación que lo impide según su significación. Se pretende llevar a cabo una reducción de la regla porque no nos va a servir todo su contenido, sino solo aquello que corresponda al fin que expresa la ley y su relación. Esto es lo que se denomina «reducción teleológica». Se pretende ir más allá del propio sentido literal de una ley, pero de una forma permisiva y teniendo en cuenta las diferentes limitaciones que exprese dicha ley. Igual que la Analogía pretende dar un trato similar a supuestos iguales, la reducción teleológica intenta tratar aquello que no lo es de una forma diferente²³.

En la Analogía se pretende originar un principio partiendo de la generalización de la norma según su “*ratio legis*” y en cambio con la reducción teleológica se pretende subsanar en la norma aquello que es demasiado cerrado o dilatado, respetándola.

Cuando el sentido literal es limitado y se amplía, se conoce como “extensión teleológica”²⁴. Ésta se asemeja mucho a la analogía por los efectos

²² Karl LARENZ, op. cit. p. 374 a 384.

²³ Ibidem., p. 385.

²⁴ Ibidem, p. 391.

que produce, ya que en ambos la regulación se proyecta de tal modo a un hecho concreto que es imposible de solucionar al no tener en cuenta el sentido literal de la norma. Se busca el fin de la propia norma sin contradecirla²⁵. En todo caso, para poder integrar las lagunas, primero hay que constatar su existencia a través de una valoración de la ley por teleología y también de aquello cuyo precepto tiene el mismo sentido y procedimiento. A la hora de constatar la laguna e integrarla, se aprecia que se basan en lo mismo. Cuando se emplea una regla en una ley que afecte a varios supuestos y esta haya sido ya otorgada en otra ley para otros iguales, o cuando se necesita de una limitación para una determinada ley por aquella que es superior, esa necesidad se debe a que la ley requiere el uso de la analogía o la reducción para colmar la laguna. Ambas se consideran tanto un instrumento que constata lagunas, como integrantes de estas, salvo en contadas ocasiones. Cuando se está ante las Lagunas Normativas, su incorporación no se va a llevar a cabo solo porque existan aspectos que nos evoquen a su constatación. Como hace falta un precepto complementario, no se podría aplicar una regla legal. Se aprecia la existencia de la laguna, pero no explica cómo integrarla. Los jueces solo tienen las opciones de la extensión teleológica y la analogía, además de la futura creación legislativa que lo regule²⁶.

Según Zitelmann, cuando un juez resuelve a través de Analogía, está afirmando que lo ha resuelto a través de una ley de derecho vigente porque ha encontrado una norma que lo permite. La ley no contiene lagunas, lo que sí las contiene es nuestra concepción de la ley en ese momento. Igual que no es posible que el derecho como un todo las tenga, porque siempre habrá una norma que lo regule, solo que aún no ha sido concebida y promulgada. El derecho se manifiesta a través de los Tribunales y se tiene en consideración para fundamentar su resolución, por lo que cuando se reconoce y se acepta la jurisprudencia generada para colmar lagunas, se produce también una integración al orden jurídico actual. Es considerado como una nueva obra y es por ello por lo que está justificado hablar de desarrollo judicial de derecho.

²⁵ *Ibidem*, p. 393.

²⁶ *Ibidem*, p. 396.

No se debe malinterpretar esta concepción de derecho para colmar lagunas a través del Tribunal con actos del legislador, ya que éstos no poseen esa fuerza vinculante, sino solo expresiva en ámbito jurídico y autoritario en Tribunales. Además, no poseen el mismo ámbito de libre decisión que posee el legislador, el de este es mucho más grande que el de un juez, porque solo se limita por la constitución y los principios fundamentales del Estado de derecho. En cambio, el juez está limitado por todo eso y a mayores por el orden jurídico. Hay que considerar que el orden jurídico no existe independientemente del procedimiento comprensivo, sino cómo en base a ello se va proporcionando la comprensión de estos para que lo empleen y perfeccionen. Este contenido debe ser constantemente puesto en duda para poder incluir nuevos aspectos y coadyuvar para constituir el derecho en la sociedad²⁷.

3.3 LA FIGURA DEL JUEZ FRENTE A LAS LAGUNAS.

El juez siempre tiene que proporcionar una solución a los conflictos, para ello debe emplear el derecho vigente en ese momento y fundar sus decisiones en el mismo, generando así obligaciones específicas sobre el sujeto afectado por el proceso. El juez está obligado a condenar al demandado, rechazar la demanda y juzgar en casos de laguna, ya que no le está permitido no juzgar. Al no poder no juzgar, solo le quedan dos opciones, una es condenar al demandado y la otra es rechazar la demanda. Cualquiera que sea la decisión que tome el juez irá en contra de sus obligaciones. Una hipotética forma de solucionar este conflicto sería modificando primero el sistema de tal forma que al crear la norma pueda fundar su decisión. Para realizarlo debe poseer ese poder y no es el caso, no puede crear derecho. Todo esto le genera varios inconvenientes, como el de prohibición de abstenerse a juzgar, la obligación de juzgar conforme al derecho y la prohibición de modificar el mismo. Entonces solo podría solucionar la laguna con el derecho vigente.

El juez puede afirmar que no hay norma existente para que el derecho tuviese que actuar de la forma que defiende el demandante. No es un mal fundamento para denegar la demanda en la sentencia correspondiente. Este

²⁷ Ibidem. p. 398 y 399.

supuesto es conocido como “*Regla Negativa*” de Hans Kelsen, donde se establece que «nadie está obligado a apreciar una conducta no prescripta legalmente», aunque más adelante, en 1960, Kelsen abandona este pensamiento y afirma que en esos casos el juez deberá aplicar la totalidad del orden jurídico.

Hay que afirmar que, cuando el derecho no tiene por qué actuar de dicho modo, es porque no hay norma que lo regule y por ende la sentencia sería denegatoria. Esta es una tesis que parece bastante correcta, pero constituye un error debido a la confusión entre normas. Cuando se menciona que “no es obligatorio A” del mismo modo que “está permitido A”, se consiente una ambigüedad, porque se produce la aceptación de aquello que no está en el sistema. Aun así, el juez condena o deniega, y en este último caso también podría fundar su decisión de esta manera: “no es obligatorio A en caso de que se dé B”. Es decir, que el caso en concreto solo se argumentará cuando éste proporcione una respuesta relacionada con un caso genérico (en caso de encontrarse en el propio sistema). Pero al enfocarlo, por ejemplo, en la laguna genérica donde no hay correlación existente, hay pensar que, en caso de que el juez no lo colma al dictar sentencia, sigue sin tener fundamento porque, aunque no haya una norma que obligue al demandado, no será razón suficiente para que la demanda sea rechazada. Por lo que primero hay que solucionar los casos genéricos para luego poder aplicarlos a los individuales.

En nuestro sistema no se permite al juez adoptar las funciones de legislador para crear una norma que colme la laguna, pero se posee otros métodos para integrarlas²⁸.

4. LA TESIS DE LA COMPLECIÓN.

Ahora que se conocen los diferentes aspectos que rodean el concepto de laguna, cabe preguntarse sobre la posibilidad de que existan. Es cierto que el término laguna es algo ambiguo, así que se va a dejar a un lado los diferentes

²⁸ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN. Op. cit., pp. 217 a 221.

tipos de lagunas, excepto las normativas. Un sistema jurídico que contenga este tipo de lagunas le es imposible encontrar una norma dentro del mismo para colmarla. Entonces, cuando se diga que el derecho no posee lagunas, se está refiriendo a la ausencia de lagunas normativas y asumiendo la posibilidad de que el resto de las lagunas, como las semánticas o axiológicas, puedan existir.

Por lo tanto, considerando que el derecho en sí mismo es tan completo que es capaz de contener cualquier norma que permita, prohíba u obligue cualquier tipo de comportamiento, será necesario destacar dos corrientes teóricas. Una que entiende la plenitud del derecho como un ordenamiento jurídico completo que admite la existencia de lagunas pero que posee medios para solucionar y colmar las mismas, y la otra que no concibe el sistema normativo con lagunas porque es completo en sí mismo²⁹.

En base a la primera teoría se establece que cuando la ley no dice nada sobre un supuesto, es que no existe norma alguna que lo regule, aunque esas normas en sí mismas posean una finalidad o voluntad de ser eficaces y justas. Al partir solamente de que, cuando la ley calla es porque no hay regulación, se hace ver la ineptitud constante de que la obra del hombre no es completa. Es natural apreciar el vacío normativo en cualquier regulación, aunque no debería ser así. Cuando no hay ley aplicable a un hecho donde la regla general no puede resolver, es que existe una laguna, porque la regulación está incompleta. También puede ser que no haya otra norma en el ordenamiento que pueda aplicarse, ya que el legislador no añadió esa posibilidad. No fue capaz de imaginársela. No puede permitirse que un ordenamiento jurídico albergue lagunas al igual que no se permite el *non liquet*, el cual supone la obligación de que jueces y Tribunales resuelvan cualquier asunto del que tengan conocimiento y sean competentes, atendiendo en todo momento al sistema de fuentes y a los mecanismos de solución de las lagunas, como la analogía o los principios generales del derecho³⁰.

²⁹ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp. 348 y 349.

³⁰ José Luis LACRUZ BERDEJO: *Manual de Derecho Civil: Precedido de una introducción al Derecho* (reimp. puesta al día), Barcelona: Bosch, 1980, pp.83 y 84.

4.1 **NON LIQUET**

La prohibición del *non liquet*, generalizada a partir del Código Napoleónico de 1804 (artículo 4) establece que «el juez que se niegue a juzgar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia». Se habilita y se limita de este modo a los jueces a colmar las lagunas conforme al derecho vigente en ese momento.

Antes de la creación del código napoleónico, en 1790, un decreto establecía que tanto jueces como Tribunales no podían llevar a cabo la creación de reglamentos, sino que debían de acudir siempre al órgano legislativo para poder proceder a la creación de una norma nueva o interpretarla en caso de duda. Es lo que se conocía como *référé législatif*, permitiendo así el *non liquet*, al poder remitirlo ante el legislador para que resolviera. Por lo que antes de la aparición del código napoleónico la única vía para colmar las lagunas era a través del poder legislativo emanado del legislador. El código, apareció en Francia como consecuencia directa del momento histórico en el que vivían y donde los jueces y Tribunales acostumbrados a abstenerse en numerosos casos por el miedo y la incertidumbre ya no lo pudieran hacer, resolviendo siempre.

Dicho modelo codificador rompió la frontera francesa durante el siglo XIX donde se instauró en nuestro propio ordenamiento jurídico, en concreto, en el Código Civil. Antes de la reforma del Código Civil español de 1974, ya se aplicaban dos artículos que defendían esta prohibición, uno obligaba a resolver y el otro proporcionaba los mecanismos para hacerlo. Ya en el 1974 con la entrada de la reforma del Código Civil español, el art 1.7 establecía que jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, partiendo siempre del sistema de fuentes como el uso de la analogía. En caso de no hacerlo, el Código penal se encargaba de penalizar al que se negase a juzgar, inhabilitándole.

En definitiva, para entender la compleción del ordenamiento hay que tener en cuenta que tanto las leyes como la costumbre pueden albergar lagunas, pero, aunque éstas se den, los jueces y Tribunales están obligados a resolver cualquier caso sin posibilidad de acudir al *non liquet*, ya que además el sistema proporciona mecanismos para colmarlas.

Es irónico que nuestro propio sistema admita la existencia de lagunas y al mismo tiempo no. El sistema de fuentes impide las lagunas del derecho, pero las lagunas de ley hay que colmarlas con analogía. Nuestro sistema es capaz de autointegrarse, es institucionalizado y capaz de colmar las lagunas, pudiéndose decir que es completo. No puede afirmarse como verdad universal la tesis que acepta un sistema completo que admite la posibilidad de la existencia de lagunas (al llevarse al plano del derecho), ya que no todos los sistemas jurídicos poseen esas características. La teoría que no admite la existencia de lagunas está relacionada con “El Dogma de la Compleción”, que es como lo llama Bobbio, el cual se inició en el siglo XVIII en la Ilustración y que a lo largo del tiempo se ha ido renovando hasta que se empleó en el siglo XX para contradecir al pensamiento positivista. Entonces, ¿las lagunas no serían un problema? O más bien ¿sería una cuestión problemática mal redactada?³¹.

4.2 LA AUTOINTEGRACIÓN Y HETEROINTEGRACIÓN

Un ordenamiento jurídico puede ser en un principio incompleto, pero paulatinamente puede completarse gracias a los mecanismos de autointegración y heterointegración, ambos términos provienen de Carnelutti. La heterointegración hace referencia a dos medios, uno es el de recurrir o acudir a otros ordenamientos, y el otro se basa en aplicar fuentes distintas de la principal (la ley). La autointegración en cambio emplea el propio ordenamiento del que dispone y no acude a otros más que el propio, pero depende ínfimamente de aquellas fuentes no dominantes.

En relación con las lagunas, la heterointegración permite al juez recurrir a otros ordenamientos para colmarlas, el cual puede ser tanto moderno como antiguo, como por ejemplo el derecho romano³².

4.3 EL DOGMA DE LA COMPLECIÓN

El concepto de “dogma de la compleción” es una denominación creada a través del pensamiento jurídico moderno, aunque en otros medios puede

³¹ Miguel Ángel RODILLA, op. cit. pp.350 a 354.

³² Norberto BOBBIO, op. cit., pp 242 y 243.

encontrarse como “completitud”. Generalmente se relaciona con el positivismo, y sí, aunque no es totalmente positivismo, es cierto que guarda una gran similitud, se podría decir que se inicia en el positivismo de carácter legalista, debido a la importancia de la evolución codificadora y del iusnaturalismo racionalista. De todo ello se deduce la necesidad de llevar a cabo la elaboración de un conjunto de normas completo y coherente con el objeto de regular y solucionar cualquier conflicto que pueda surgir socialmente. Se pretende con ello colmar las insuficiencias del derecho positivo, permitiendo al legislador positivo acudir en caso de duda. Esta necesidad de elaborar un sistema normativo completo proviene del iusnaturalismo racionalista que, durante la Ilustración, produjo la creación del movimiento codificador. En ese movimiento se confiaba que el pensamiento racional fuese suficiente para elaborar un cuerpo normativo cerrado y autosuficiente, pudiendo resolver cualquier conflicto jurídico sin necesidad de acudir a normas externas. Hay que puntualizar que no todos se embarcaron en este proceso codificador ya que es bien sabido que Portalis, uno de los mayores colaboradores en el Código de Napoleón, no quiso en ningún momento involucrarse.

Fue J. Bentham el que intentó llevar este movimiento a Inglaterra que, aunque no lo consiguiera, es interesante saber cómo expresa la necesidad de llevar a cabo un proceso minucioso de legislación para conseguir la compleción³³. Se defendía que el derecho para ser completo debía partir de una correcta redacción y que además fuese capaz de abarcar toda legislación. No se permite el hecho de desechar cualquier norma o dejar de pensar en aquellas que aún no están escritas. Por eso se debe de facilitar toda la información para poder redactarlas.

Una de las primeras reglas se basaba en que no sería considerado como ley aquello que no se contenga en el propio elemento de las leyes. No es posible acudir al derecho consuetudinario o a la ley externa, tampoco al derecho natural ni de gentes. Aunque no se apoyen las costumbres, puede suceder que la sociedad se base en ellas de tal modo que al soberano no le queda más remedio que asumirlo y redactarlas por escrito de una forma más razonada, en vez de

³³ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp.354 y 355.

abolirlas. Lógicamente no es posible adelantarse y redactar toda ley que en el futuro se pueda dar, pero sí se persigue la creación de un catálogo general donde se encuentre respuesta todos aquellos delitos futuros.

La figura del legislador es sumamente importante porque un buen legislador es aquel que prevé los acontecimientos, redacta en consecuencia y no solo regula en base a los conflictos presentes. El medio acudido siempre es la ley escrita, porque es segura y se sabe que ha sido obra de un legislador que conocía del conflicto, plasmando así la solución. Es objeto de constante evolución, no cabe incertidumbre en ella y el que busque más sentido solo encontrará más indecisión.

Para que el derecho se entienda íntegro, se debe dejar fuera todo aquello que no es considerado como ley. Cuando se habla de desechar la ley extranjera quiere decir que no se debe acudir a pensamientos, leyes o códigos anteriores, no se deben mencionar y aplicarlos sin más, sino que se debe retirar toda mala legislación anterior y adoptar todo aquello que sea buena redacción legislativa, pero sin mencionarlo³⁴.

Este tipo de compleción deberá contener racionalidad y un legislador que dé validez a la ley escrita. Y para considerar a todo el cuerpo normativo completo y seguro, deberá contener aquellas leyes generales anteriores para poder prevenir conflictos y preservar sus derechos. Para entender este sistema jurídico íntegro que no permite lagunas, no solo hay que destacar la racionalidad, sino que también hay que estar ante la situación política y social del momento, pues bien, en aquella época era muy común que los Estados solicitasen estas compleciones y facilitasen ese pensamiento positivista legalista, no solo para proporcionar seguridad dentro del ámbito jurídico sino también para conseguir que el Estado asumiera el control total sobre el propio derecho. No es más que lo que se conoce hoy día como Estado de Derecho, el cual garantiza la división de poderes y el imperio de la ley.

Aun considerando que la ley tuviese lagunas, estas no pueden resolverse en ese ámbito. Los órganos legislativos no han creado normas para ello porque

³⁴ Jeremy BENTHAM: *Tratados de Legislación Civil y Penal* (Rodríguez Gil, Magdalena, ed. Lit.), Madrid: Editorial Nacional, D.L. 1981, pp 528 a 530.

se entiende que es libre de lagunas. Se tendrá que dar paso al arbitrio de los jueces y Tribunales para asegurar esa compleción, los cuales producirán una gran inestabilidad en los derechos de las personas (inseguridad jurídica), fracasando como sistema.

La necesidad de compleción se basa en el iusnaturalismo racional y en el movimiento codificador que no es más que una amalgama de conceptos que pertenecen a lo que se conoce como Positivismo legalista. Ésta nueva concepción se instauró tanto en el campo doctrinal como en un gran número de juristas de la época, especialmente en la “Escuela de la Exégesis”, la cual tuvo un gran impacto en la redacción del Código de Napoleón y cuyo pensamiento es palpable durante el siglo XIX y en juristas destacados como F. Gény, que ya advertía sobre la inconsciencia de los intérpretes del momento. Es en este momento cuando se va apreciando cómo ese pensamiento de compleción que hubo en un principio va sufriendo modificaciones, no bruscamente sino acorde con el tiempo.

En el periodo de la Ilustración se defendía la compleción del sistema jurídico, y cuyo único medio para obtenerlo era a través de la figura del legislador. Pero el tiempo hizo que se abandonara porque la realidad era bien distinta. Así se fue originando la dogmática que, junto con el pensamiento de ausencia de antinomias, produjo una elaboración científica que deja a un lado las imperfecciones y asume la figura del legislador justo, lógico y heterodiegético. Al considerar al legislador de este modo, se está afirmando que toda ley que emane de él deberá contener todas las respuestas sobre todos los conflictos derivados. Sacando así el máximo provecho a la ley dada por el legislador, sin necesidad de acudir a otra³⁵.

4.4 LA FIGURA DEL LEGISLADOR RACIONAL EN EL MODELO DOGMÁTICO

Se concede al legislador las propiedades de coherencia y racionalidad, de este modo se facilita a la dogmática volver a redactar el derecho positivo para dar solución a sus arquetipos o para asegurarles. En la actualidad la figura del

³⁵ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp 356 y 357.

legislador no se delimita en una sola persona, sino que son varias las que desarrollan normas. En cambio, aquí se presenta al legislador como un único sujeto capaz de producir todas esas normas del orden jurídico y que de algún modo este parece perpetuo y constante. Es capaz de saber y conocer toda posibilidad que pueda albergar la ley que redacta. También le atribuyen la capacidad de que toda interpretación que haga es la idónea. Así como la exactitud a la hora de expresarse sin tener en consideración las modificaciones que pueda sufrir el propio lenguaje, la incapacidad de dictar algo que sea contrario a lo que ya dijo y que pueda regular toda la realidad de carácter jurídico, sin asumir la posibilidad de la existencia de lagunas.

Lo que hacen los dogmáticos con el legislador es proporcionarle una serie de componentes para que pueda dar solución a problemas de ese momento, colmar posibles lagunas y corregir todos aquellos aspectos que puedan ir en contra de la propia figura del legislador. Es como reelaborar aquello que estableció el legislador, afirmando que lo nuevo es a lo que se refería y así suplir esas carencias. Parece algo sin criterio, pero en realidad se fundaban mucho en dictámenes científicos, consiguiendo mantener esa unión entre lo razonable y la seguridad jurídica. El legislador racional emplea muchas reglas para interpretar la ley, y cuando se refiere a la compleción del orden jurídico, defiende la necesidad de que este debe ser completo, ocultando así una privación de finalización, como consecuencia de que para un supuesto en concreto el orden jurídico no proporciona una conclusión. Por otro lado, están los juristas de la dogmática, los cuales pretenden estructurar el orden jurídico a través de la sustitución de una pluralidad de normas por principios que abarquen el sentido general de las mismas, haciéndolo más sencillo de definir. Con este método consiguen suplir esas normas con unos principios que les permiten dar diferentes y nuevos sentidos a las mismas y colmar las lagunas que puedan. También es frecuente el uso que hacen de las teorías para solucionar los mismos problemas³⁶.

³⁶ Carlos Santiago NINO: *Introducción al Análisis del Derecho*. (1ª ed.), Esplugues de Llobregat Barcelona: Ariel, 1983, pp. 328 a 333.

En resumen, la figura del legislador no es más que un medio útil para resolver los conflictos, contradicciones y lagunas que pudiese albergar el sistema jurídico, pero tanto el legislador racional como la dogmática de la compleción son utopías que solo proporcionan falsas esperanzas a los juristas que las defendían y que a finales del siglo XIX fue entrando en declive y dando lugar a lo que se conoce como la crisis del Dogma de la Compleción³⁷.

5. LA CRISIS DE LA COMPLECIÓN COMO DOGMA

Llegando casi al siglo XX, el dogma de la compleción ya comenzó a desmoronarse debido a las numerosas acometidas que se hicieron con relación al positivismo legalista del derecho. Su idea de compleción se basaba en un legislador capaz de reunir en un código todas las normas y medios posibles para resolver cualquier conflicto, y que cualquier jurista que lo conociese a la perfección sabría dónde acudir para poner fin a cualquier enfrentamiento jurídico. Esta insostenible concepción comenzó a tambalearse por varios motivos lógicos, uno era el de la evolución social avivada por la revolución industrial y el creciente progreso de la burguesía. Querían nuevas leyes y renovación de códigos. La realidad hizo que la ley quedase obsoleta y que la figura del legislador racional cayese. También fue clave que en la etapa de la Ilustración apareciesen variantes de pensamiento como el vitalismo, sociologismo y diferentes concepciones del irracionalismo o del relativismo, las cuales generaban una multitud de dudas e inquietudes sobre la sociedad que hacía insostenible la idea de que estuviese contenido todo en la ley. Se cuestionaba la propia razón que estructuraba la sociedad.

Los ataques más duros fueron propiciados por personas como O.W. Holmes, K.N. Llewellyn con su concepción realista jurídica americana, E. Ehrlich, H. Kantorowicz con el derecho libre y también con F. Gény en el pasaje llamado «Fetichismo de la ley», donde argumenta el gran cambio del que se está hablando. Todos ellos coincidían en que el dogma de la compleción era una utopía debido a los cambios que sufría la sociedad. Es tan impredecible, que no es capaz de prever todas esas posibles situaciones y conflictos legales. Además,

³⁷ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., p.358.

el hecho de pensar que las lagunas son inexistentes en este modelo también es un error, es inevitable su aparición. Hay que prever toda ley posible, pero también hay que asumir la posibilidad de la existencia de problemas y de mecanismos para resolverlos. Las lagunas no se pueden colmar con ese método, por lo que dar al juez la posibilidad de crear ley, a parte del poder de aplicarlas, podría ser un medio eficaz. Considerando que el juez debe fallar siempre. Estas condiciones van a hacer que se origine una mutación a la hora de estudiar el derecho, así como del encarrilamiento de la ciencia jurídica. Se aparta la figura del legislador racional, asumiendo que cualquier ordenamiento jurídico puede contener lagunas y que, cuando se supera la necesidad de interpretar solo la ley, el derecho evolucionará, siempre que se incorpore el estudio de la sociedad, los antecedentes históricos, las corrientes filosóficas, la economía...etcétera³⁸.

5.1 APARICIÓN DE NUEVAS TEORÍAS POSITIVISTAS EN DEFENSA DE LA COMPLECIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

Los ataques sufridos en esta etapa por el dogma de la compleción ponen en entredicho las ideologías más profundas de los juristas positivistas, ya que rompía con la antigua labor de compleción, dando paso a un arbitrio judicial y con ello a una inseguridad jurídica junto con la aparición del Derecho Natural. Al ver peligrar la teoría de la compleción, muchos juristas decidieron abandonar la antigua concepción y adoptar una renovada tesis en la que defienden que la compleción es necesaria en un sistema jurídico. Se rechaza totalmente la figura del legislador capaz de preverlo todo y la creación de leyes en base a la razón por la idea de los llamados “actos de voluntad”. Estos actos expresan que no hay posibilidad de existencia de lagunas porque siempre habrá una solución dentro de ese sistema jurídico completo, aunque no sea apropiado (posible Laguna Axiológica). De esta idea de inexistencia de lagunas van a emerger dos variantes: una es la teoría del Espacio Vacío de Derecho y otra la Norma de Clausura³⁹. En cuanto a la primera, es un concepto tan interesante como equívoco ya que parte de la idea de que el juez siempre tiene que dictar sentencia, por lo que también adquiere la potestad de generar derecho cuando

³⁸ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp. 358 a 361.

³⁹ Ibidem., pp.361 y 362.

no haya ley aplicable al caso. El legislador le autoriza para crear una solución y resolver el conflicto. Dicha solución debe estar fundada en derecho, porque el orden jurídico es cerrado y no permite laguna alguna. Esta concepción toma forma gracias a la variable filosófica del espacio vacío de derecho. La cual parte de que el sistema jurídico es cerrado y que existen ámbitos que el derecho no puede alcanzar a regular, cerrándolo, como ocurre con los conflictos sociales. No es que no existan lagunas, sino que están en un plano distinto del derecho, por lo que las lagunas como tal son inexistentes en el mismo. No poseen un campo de regulación jurídica pues el legislador no lo ha podido prever y son considerados carentes de relevancia⁴⁰.

La teoría de la norma de clausura fue planteada por primera vez por E. Zitelmann, a comienzos del siglo XX, continuada por D. Donati y defendida más tarde por H. Kelsen en su obra "*Reine Rechtslehre*" hasta casi en sus últimos días de vida. Comúnmente todo ellos expresan que el legislador es aquel sujeto capaz de crear leyes concretas e individuales donde siempre ha de existir una norma que lo complementa y que no permite que se desarrollen vacíos legales porque hace que el sistema se cierre. Esta es la Norma de Clausura. También es cierto que otros autores la denominan norma general negativa, pero es lo mismo. Es una teoría que repudia las lagunas dentro del plano del derecho (el espacio vacío de derecho) y otra que evita ese espacio vacío generando un sistema jurídico capaz de englobarlo todo e impedir la existencia de lagunas⁴¹.

5.2 EL ESPACIO VACÍO DE DERECHO O ESPACIO LIBRE DE DERECHO Y LA RELACIÓN CON LO PROHIBIDO Y LO PERMITIDO.

Para comprender esta teoría, hay que tener en cuenta el contexto histórico y el pensamiento de Bergbohm. Él estaba en contra del Derecho Natural que permitía la existencia de lagunas y estas no podían ser colmadas por el derecho positivo, por lo que se acudía al derecho natural para solucionarlo.

⁴⁰ Karl ENGISCH: *Introducción al Pensamiento Jurídico* (traducción al español por Ernesto Garzón Valdés, revisión y adaptación al Código Civil Español de Luis García San Miguel), Madrid: Guadarrama, 1967, pp. 173 y 174.

⁴¹ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., p. 363.

Es aquí donde Bergbohm, partiendo del juicio de Bentham, defiende su tesis según la cual la unión entre derecho natural y positivo produciría inseguridad jurídica por quedar viciado el derecho positivo; «si se juntan dos cantidades, una finita y otra infinita, la suma de ellas será infinita». Optó así por negar absolutamente la existencia de las lagunas. La teoría de K. Bergbohm sobre la compleción nace de la idea de separar lo jurídico y lo irrelevante dentro de este mismo plano, además de comprender que el derecho es circunscrito en cuanto a su aplicación. Para él, el derecho positivo es capaz de regular toda relación humana haciendo que el propio ordenamiento jurídico se cierre en sí mismo y conseguir separar lo relevante de lo que no lo es, que sería el espacio vacío de derecho. Lo que está haciendo Bergbohm es expulsar las lagunas al plano de lo irrelevante, pero hay que conocer cuál es el método y cómo se aplica el derecho positivo en caso de que una norma sea incompleta o cuando ninguna norma positiva es capaz de solucionar el conflicto. Aquí responde que el plano jurídico de lo relevante no tiene fracturas, y que, al no parecer aplicable ninguna de las normas de este, será el juez el que deba iniciar un procedimiento para encontrar remedio. Caben dos situaciones posibles. Una que no exista referencia alguna dentro de la normativa positiva, por lo que pertenece al espacio vacío de derecho. En estos casos, el derecho no entra y por lo tanto el juez no es capaz de fallar. La otra que el juez después de una ardua investigación logra encontrar dentro del derecho positivo la respuesta a ese aparente caso de laguna, sellándose entonces sobre sí mismo. Haciendo ver así que no era una oquedad del sistema jurídico sino solo una apariencia de ello.

Parece que de algún modo esté empleando la analogía que, si mal no recordamos, es un método para colmar lagunas. Esto es algo paradójico desde mi punto de vista. También parece que emplea y relaciona lo “no jurídico” con “lo permitido” (libertad de acción) y lo “jurídico” con “lo prescrito” (conducta) y en esto también está equivocado, ya que permitir algo no significa que el derecho no pueda regularlo⁴². Para conseguir ese vacío jurídico, ha tenido que relacionar lo jurídico con lo obligatorio.

⁴² Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp. 364 a 367.

Para defender estas teorías habría que hacer una separación entre el permiso, que sería jurídicamente relevante, y el de la libertad, que sería jurídicamente irrelevante. En cuanto a la irrelevante, hay que acudir al ámbito de lo lícito e ilícito de derecho romano, para diferenciarla de la libertad jurídica. Así pues, la licitud e ilicitud no pueden darse en una misma realidad e instante. No pueden repudiarse el uno al otro, al no ser ninguno cierto tampoco pueden ser erróneos ambos.

Entonces, más que libertad no jurídica debería denominarse libertad no protegida, la cual se asegura frente a otras personas o contra el propio Estado. La libertad permitida sería la que se impone a terceros para respetarla y no reprimirla. Permitirlo en un sujeto, hace obligatorio que los demás lo respeten. El tercero que emplea la fuerza, para que no se lleve a cabo el acto de libertad de un sujeto, será totalmente lícito porque no goza de protección, haciendo ver así su incompatibilidad en los ordenamientos jurídicos actuales. Esa fuerza lícita solo puede ser empleada por el Estado (no hablo de todo Estado moderno) y éste protege el derecho de actuar libremente cuando es lícito. Aceptar el uso de la fuerza privada, provoca que las libertades estén desamparadas. Cuando no se protege la libertad, otro puede emplear la fuerza libremente para impedirla porque se considera irrelevante. Aquí se aprecia que lo que cambia realmente es la relación entre deber y derecho o viceversa.

De cualquier modo, aplicar la teoría del vacío del derecho en nuestro sistema es inviable. No se puede consentir que un Tribunal, ante un supuesto de laguna que no puede colmarse por las leyes del ordenamiento jurídico, deba caer en este vacío. Debe resolver siempre, de lo contrario producirá inseguridad jurídica.

Por tanto, el hecho de que no exista una norma positiva que solucione el conflicto, no hace que sea irrelevante, sino más bien es la manifestación más clara de la existencia de una laguna⁴³.

⁴³ Norberto BOBBIO, op. cit., pp 231 a 233.

5.3 TEORÍA DE LA NORMA DE CLAUSURA O NORMA GENERAL EXCLUYENTE: ZITELMANN, DONATI & KELSEN.

Como se dijo más arriba, esta teoría viene a ser la opuesta a la teoría del vacío de derecho, lo único que tienen en común ambas es que defienden que no hay lagunas en el ordenamiento jurídico porque en este caso el derecho lo regula todo⁴⁴. Existe una alta probabilidad de que Zitelmann fuese el primero en defender dicha teoría de la norma de clausura en su ensayo “*Le Lacune nel diritto*” (Lücken im Recht, 1903) y posteriormente se dieran interpretaciones como la de Donati y Kelsen. Estos autores defienden que la norma, al determinar un comportamiento, produce la limitación y exclusión de otros, permitiendo aquello que no se prohíba. Sería como decir que todo lo no contenido en una norma será regulado por una norma general exclusiva, capaz de contener todo comportamiento derivado de la norma particular. En esta teoría traza una regulación general que impide la existencia de lagunas.

Zitelmann, en la obra anteriormente mencionada, hace referencia a la norma de clausura, concretamente dice:

«En la base de toda norma particular que sanciona una acción con una pena o con una obligación de resarcir los daños, o que atribuye cualquier otra consecuencia jurídica, está siempre sobrevinida e implícita una norma fundamental, general y negativa, según la cual, prescindiendo de éstos casos particulares, todas las acciones están exentas de pena o resarcimiento puesto que toda norma positiva, con la que se atribuye una pena o un resarcimiento es, en este sentido, una excepción a la norma fundamentalmente general y negativa. De donde se desprende que en caso de faltar tal excepción positiva no hay laguna, porque el juez puede siempre, aplicando la norma general negativa, reconocer que no surte el efecto jurídico que se busca y que no está previsto el derecho a la pena o a la obligación al resarcimiento»⁴⁵.

. Él defiende que el simple hecho de utilizar la palabra “laguna” ya es un error porque, pudiendo emplear tanto las normas positivas como la norma general negativa, se podría considerar que el ordenamiento jurídico es completo, ya que da siempre respuestas. Cuando se tratan las lagunas desde un plano general, hace referencia a la inexistencia de ley aplicable al caso, el cual es distinto de la norma general. Para colmarlas, el juez emplea un precepto jurídico nuevo

⁴⁴ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp. 368 y 369.

⁴⁵ Norberto BOBBIO, op. cit., pp. 233 y 234. Ernst ZITELMANN: *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p.17. Citado por Norberto BOBBIO, op. cit., p.234.

basándose en numerosas ocasiones de normas particulares. No admite la laguna jurídica, como mucho las axiológicas⁴⁶.

Por otro lado, Donati habla de la norma de clausura en su obra *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* donde se aprecia gran similitud a Zitelmann diciendo:

«Dado el complejo de las disposiciones que, previendo determinados casos, establecen para estos la existencia de obligaciones, del conjunto de las disposiciones se deriva al mismo tiempo una serie de normas particulares inclusivas y una norma general exclusiva: una serie de normas particulares dirigidas a establecer para los casos particulares considerados determinadas delimitaciones, y una norma general dirigida a excluir cualquier limitación para todos los demás casos no considerados particularmente. Por fuerza de esta norma todo caso posible encuentra en el ordenamiento jurídico su regulación. Dado un caso determinado, o existe en la legislación una disposición que particularmente lo considere, y esta se derivará para el mismo caso una norma particular, o bien no existe y entonces caerá bajo la norma general indicada»⁴⁷.

Donati es capaz de diferenciar dos bloques normativos:

- Las normas particulares inclusivas: particulares, porque son las que se contraen de un tipo concreto del comportamiento (asesinato, hurto...) e inclusivas, porque todo comportamiento relacionado se recoge en ella.
- Las normas generales exclusivas: las cuales hacen referencia a todas aquellas conductas no incluidas en las anteriores que están fuera de las limitaciones determinadas por el legislador, a través de las normas particulares inclusivas.

La norma general exclusiva complementa y envuelve a las normas particulares inclusivas para que no sea posible la aparición de lagunas⁴⁸. Esta teoría también cojea en algunos aspectos porque, aunque se vean bien delimitados esos dos conjuntos normativos, también se aprecia un tercer conjunto "oculto", pero no menos importante, que se llama "Norma General Inclusiva". Este tipo de normativa consiste en dar una solución prácticamente igual a cuando se aplica una norma particular. Por ejemplo, no es lo mismo, en caso de darse una laguna, exigirle al juez colmarla con analogía, a que lo haga con la norma general exclusiva, porque tendrá que basarse en aquello no

⁴⁶ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., p. 370.

⁴⁷ Norberto BOBBIO, op. cit., p. 234. Donato DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910, pp. 36 y 37. Citado por Norberto BOBBIO, op. cit., p.234.

⁴⁸ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., p. 371.

contenido en la particular. Produciéndose de este modo una regulación contraria. Practicar una u otra depende de si el supuesto de hecho no regulado es parecido o no al que sí lo está. Aquí, el ordenamiento jurídico no te avisa, por lo que el intérprete debe decidir entre aplicar la norma general exclusiva o la inclusiva. Al darse dos posibilidades y no regular cuál de ellas escoger, se está afirmando un caso de laguna⁴⁹.

Por otro lado, está Kelsen que, partiendo de los mismos criterios ya vistos, defiende que la inexistencia de lagunas es algo lógico. Se basa en la idea de que el juez nunca puede dejar de dictar sentencia, siempre debe de haber solución acudiendo al derecho vigente, ya sea aplicando una norma positiva o aplicando la regla general de que, aquello que no está prohibido está permitido jurídicamente. Defiende la existencia de libertad de acción bajo el límite indirecto de otras normas que prohíben conductas o las determinan. Dicha libertad está delimitada por un orden jurídico que aparte de definir un comportamiento (no realizarlo conlleva sanción) también permite hacer o no hacer aquello que no esté regulado y que por tanto está exento de obligación. Un sujeto no puede o no tiene la obligación de impedirle a otro hacer algo que en sí no está prohibido (doble obligación). Es por eso por lo que el derecho es capaz de dar solución a cualquier conflicto.

Son evidentes las similitudes de estos tres planteamientos. Defienden que el derecho siempre va a proporcionar una solución a cualquier litigio, aunque el legislador no lo haya previsto. También la idea de que al término laguna se le da un significado ambiguo y erróneo porque siempre va a existir una norma en el sistema, ya sea general o particular que lo resuelva. Zitelmann parece dejar entrar el término laguna, pero solo porque él lo considera como una laguna falsa, axiológica. Por otro lado, Kelsen proporciona una visión más allá del propio término de laguna. Él lo entiende como a aquello que recurre el ciudadano, abogado o juez para referirse a que la solución dada por el ordenamiento en un supuesto concreto es inapropiado, injusto.

Aparte, también es común ver al legislador emplear el término de laguna, ya que hay sistemas jurídicos que permiten la insuficiencia legal o falta de ley

⁴⁹ Norberto BOBBIO, op. cit., pp.235 y 236.

exactamente aplicable, los cuales obligan al juez a resolver acudiendo a los principios generales del derecho o a la analogía⁵⁰.

5.4 CRÍTICA SOBRE LA TEORÍA DE LA NORMA DE CLAUSURA.

Las diferentes versiones vistas anteriormente, defienden un sistema sin lagunas, capaz de cercarse gracias a las normas particulares y a las normas generales exclusivas. Como mencionó Donati, ésta última opera “*sensu contrario*” al relacionarse con lo indicado por las normas positivas particulares. Kelsen lo calificaría como “aquello que no está prohibido está permitido”. El juez tendrá más facilidades al resolver un litigio complejo, ya que siempre va a poder solventarlo usando la norma particular o la norma general de clausura. El legislador al dictar las normas produce dos efectos, uno directo que es el de prohibir determinadas conductas y otro indirecto que permite aquello que no ha prohibido. El problema reside al valorar que la norma de clausura pueda ser un concepto lógico o una norma jurídica, porque intenta hacer pasar una verdad analítica por una norma jurídica.

Antes de nada, hay que analizar primero la exposición de Kelsen sobre lo prohibido y lo permitido. Él defiende su postura de que todo aquello que no se prohíbe estará permitido, o que cuando no está prohibido es porque se nos autoriza a realizarlo. Parece algo similar, pero no lo es. En el primer caso, denominado comúnmente como “El significado débil del término permitido”, nos quiere decir que, al igual que lo que no está prohibido está permitido, lo que no se prohíbe no está prohibido. Se denomina “V” a lo prohibido, pudiendo explicarse estos operadores deónticos:

- Prohibido hacer $x \rightarrow Vx$
- Obligatorio hacer $x \rightarrow V\neg x$
- Permitido hacer $x \rightarrow \neg Vx$
- Permitido no hacer $x \rightarrow \neg(V\neg x)$

“Todo lo que no está prohibido está permitido” puede simbolizarse de dos modos distintos. El primero sería:

⁵⁰ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp. 372 y 373.

$$(\forall x) Vx \vee \neg Vx$$

El segundo:

$$(\forall x) \neg Vx \rightarrow \neg Vx$$

Pero el hecho de que no se prohíba porque no hay una prohibición en el sistema no implica que esté permitido por el mismo, por lo que no se puede asumir que la norma de clausura cierre o englobe la totalidad normativa.

Por otro lado, el uso de “permitido” con “significado fuerte” da la opción a entenderlo de dos formas; no solo como “lo que no está prohibido” sino también como “lo que está autorizado”. Esta idea enfocada dentro de la norma de clausura diría: “Todo lo que no está prohibido está autorizado”. Esto no es equiparable con el caso de que “lo que no está prohibido no está prohibido” ya que no posee esa validez universal. Para que tenga rigor la afirmación de que “todo lo que no está prohibido está autorizado” requerirá de una norma que así lo determine. No es necesario afirmar que esto se pueda dar en cualquier sistema jurídico, pero es verdad que impera en los más recientes una norma positiva dentro del Derecho Penal denominada, “principio de legalidad”. Nuestro Código Penal lo expresa claramente en el artículo 2.1 donde dice que no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Aquí ese principio actúa como norma de Clausura en el Derecho Penal, impidiendo la aparición de lagunas. Esta afirmación solo es posible dentro del Derecho Penal Español y no en todo el sistema jurídico. También es habitual en otros sistemas de Derecho Penal modernos Occidentales, pero no en todos.

Kelsen defendía que “Todo lo que no está prohibido está permitido”, pero esta afirmación no se puede dar en todo sistema jurídico y tampoco puede funcionar como pilar principal. Del mismo modo que hace Kelsen, se puede entender lo “prohibido” como “lo que no está permitido” y formularse la regla de que “Todo lo que no está autorizado por una norma está prohibido”, cayendo así en una tautología. Ambas son rechazadas del mismo modo porque son normas que pasan a formar parte del sistema jurídico cuando se establece expresamente. C. Nino, Alchourrón y Bulygin mencionan que el principio de clausura solo puede llegar a ser verdadero a través de la creación repetitiva de

ese pensamiento y con palabras similares que no colman lagunas. Al considerarse como norma permisiva de la conducta no prohibida puede provocar que (en su descripción) suceda o no, porque no se puede atribuir a todos los sistemas jurídicos.

Aun con todo esto, Donati, no admitía ninguna otra norma que las positivas y que las normas jurídicas, ya que desde su punto de vista imperativista, son productos que emanan del legislador. Tampoco está dispuesto a aceptar que la norma de clausura no está en todo ordenamiento jurídico y tampoco a que se vea limitada por algo distinto que no sea la ley que emana del legislador. Esta interpretación recibe el nombre de “*argumentum a contrario*”. Cuando se observa que el legislador relaciona un hecho con una consecuencia y solo pueden incluirse los casos que se encuentran recogidos en este y no otros. Lo que hace Donati es ampliar el “*argumentum a contrario*”. Pero al interpretar la voluntad del legislador a través del *argumentum a simili* (analógico) se aprecia que, al querer aplicar otra norma equiparable al supuesto de hecho no contemplado, el legislador permite vincular otros supuestos de hecho semejantes a ellos. Defienden un argumento cuando ambos son igual de válidos, pero cuando utilizan la analogía ya no se está empleando la Norma General Exclusiva. El uso de uno u otro solo es posible al estudiar el caso concreto y aplicar el más razonable. Algo parecido ocurría en la norma general inclusiva del apartado sobre la norma de clausura de Donati. Al admitir ambas normas generales (exclusiva como inclusiva) también se admiten dos posibles soluciones. Entonces hay dos opciones: considerar el supuesto como algo distinto a lo regulado, aplicándose la norma general exclusiva o admitir que existe un caso no regulado análogo a otro que, sí lo está, aplicándose la norma general inclusiva. Como no hay un criterio regulado para decidir cuál de las dos emplear, se estará de nuevo ante un caso claro de Laguna⁵¹.

⁵¹ Miguel Ángel RODILLA, op. cit., pp. 375 a 383.

6. COMPLECIÓN Y COHERENCIA COMO ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE TODO ESTADO DE DERECHO

Las normas que emanan del derecho para evitar en gran medida contradicciones, lagunas o vacíos legales, han de estar creadas por una sucesión continuada de delegaciones de autoridad. También deben basarse en criterios de coherencia y completión a través de su aplicabilidad en la actividad jurisdiccional, dentro de un Estado de Derecho. Todo Juez o Tribunal está obligado a resolver cada litigio en base a que el sistema jurídico es completo, pero no se garantiza que los procedimientos legislativos sean completos ni coherentes. La sujeción a la ley de los poderes públicos, así como la determinación de las obligaciones y derechos en base a ella, son rasgos característicos del régimen político de un Estado de Derecho, en el cual se aprecia una sociedad basada en la coherencia. En gran medida porque no solo se permite emplear el propio saber, sino que se debe fundamentar la solución con el contenido del sistema jurídico. Es cierto que, aunque se den casos parecidos o idénticos, los Tribunales pueden resolver de modos distintos e incluso pueden llegar a errar al analizar el supuesto de hecho o normativa aplicable al caso concreto. Es algo inevitable, pero en el Estado de Derecho se defiende que solo hay una solución y que su sistema es completo, aunque sus procedimientos legislativos carezcan de la coherencia y completión necesaria para que eso sea posible. Entonces, el único medio de encontrar la coherencia y completión es formando y reformando el procedimiento de aplicación del derecho, partiendo desde el fondo del sistema. Cuando se obliga a los jueces a fallar tanto en casos de contradicción de leyes como cuando no hay ley aplicable, se ve que han de apoyarse no solo en las normas creadas por el poder político, sino en una agrupación indefinida que también forma parte del sistema jurídico. Son principios que no se describen en las normas expresamente, sino que las anuncian y apoyan, permitiendo formar completión y coherencia en el procedimiento de aplicación normativa⁵².

⁵² Miguel Ángel RODILLA, *op. cit.*, pp. 385 a 387.

6.1 COMPLECIÓN Y COHERENCIA EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Cuando las normas emanan de diferentes órganos, en momentos sociales distintos donde las metas son diferentes por las circunstancias que se han ido dando y han sido limitadas o restringidas de formas distintas, es normal que se generen lagunas y contradicciones. La coherencia y completión en un sistema jurídico de un Estado Social de Derecho es algo bastante complicado de conseguir, ya que al conferir a varias autoridades distintas la potestad de producir normas, hace que el legislador las desarrolle de un modo más acelerado. En numerosas ocasiones no es capaz de controlar todos los aspectos de la ley y cómo se relaciona con el resto del ordenamiento jurídico. En el Derecho Español se proporciona un sistema jurídico más complejo relacionado con la actividad jurisdiccional. Se incluyen tanto las normas creadas voluntariamente como los principios menos convencionales con aspectos morales y políticos. Permitiendo una actividad jurisdiccional racional. Dichos principios se expresan en nuestra constitución de una forma muy importante y esencial como se aprecia por ejemplo en la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), donde se hace referencia al artículo 9.1 de la CE (Constitución Española), la cual expone que las leyes y reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales. Por lo tanto, los valores que emite la constitución se consideran como supremos del resto de los Principios Generales que puedan derivar, haciendo así que nuestro ordenamiento jurídico posea las cualidades de coherencia y plenitud⁵³.

⁵³Ibidem., pp. 408 a 413.

7. CONCLUSIONES.

Para finalizar este Trabajo de Fin de Grado, procederé a exponer las conclusiones de este, de forma breve. El Ordenamiento Jurídico es completo cuando contiene principalmente los criterios de Unidad, Coherencia e Integridad. Además, conocer que la promulgación y derogación de normas es necesaria para la evolución del propio Ordenamiento. Es fundamental comprender los diferentes conflictos normativos y subsanarlos, porque cualquier Ordenamiento Jurídico puede adolecer de Antinomias y Lagunas. Del mismo modo, es básico poseer métodos para subsanarlas e integrarlas, a través de la Analogía y de la reducción teleológica, como defienden autores de la talla de Alchourrón y Bulygin en los casos de Lagunas Legales.

Otros autores como Zitelmann también defienden la Analogía, pero desde un punto de vista donde las lagunas solo se dan por falta de interpretación de la ley. También, cuando se acepta la jurisprudencia para colmar lagunas se produce otra forma de integración al orden jurídico. Los jueces y Tribunales no deben generar legislación, ni deben no aplicar la ley, en cualquier caso, porque produciría indefensión jurídica. Pensar que un Ordenamiento Jurídico es completo solo por negar la existencia de posibles Lagunas es algo erróneo. Esto se ve durante el siglo XVIII en adelante con el Dogma de la Compleción y el movimiento codificador. Se defendía la elaboración perfecta y sin oquedades del ordenamiento jurídico, donde la función legislativa era fundamental. Defendían la inexistencia de las lagunas, un error que provocó que tampoco elaboraran medios para resolverlas. Solo confiaban en la figura del legislador racional capaz de preverlo todo.

En el siglo XIX esa concepción era insostenible, porque no se consideraron aspectos como la evolución social o la revolución industrial, la cual exigía una renovación legal. Al no preverlo, tanto la ley como el legislador racional fueron desechados. F. Gény en el «Fetichismo de la ley» habla sobre aquel momento de cambio.

En el siglo XX nacen varias teorías como la del Espacio Vacío de Derecho y la de la Norma de Clausura, la cual es planteada por E. Zitelmann, continuada

por D. Donati y H. Kelsen posteriormente. La teoría del Espacio Vacío de Derecho es inviable hoy día porque el juez debe resolver el conflicto, aunque se encuentre en ese vacío, de modo que no hacerlo produciría inseguridad jurídica. Además, defender que no hay solución porque no hay norma positiva que lo solviente, es la forma más clara de afirmar la existencia de una Laguna.

En la Norma de Clausura se defiende un sistema que de forma general o particular resuelva, negando la aparición de Lagunas. Considera que puede encontrarse un supuesto distinto del regulado, solucionándose al aplicar la Norma General Exclusiva o, admitir que existe un caso no regulado análogo a uno que sí que lo está, aplicándose la Norma General Inclusiva. Pero al no establecer un criterio predominante para decantarse entre uno u otro, hace que se aprecie un caso de Laguna, haciéndolo también inviable.

El Ordenamiento Jurídico busca ser completo cuando evoluciona junto con el derecho, la sociedad, los antecedentes históricos, la filosofía, la economía... etc. Además, debe poseer mecanismos para generar nuevas leyes y solucionar los conflictos que puedan surgir. Es normal que aparezcan Lagunas debido a la pluralidad de órganos capaces de crear leyes y a las diferentes circunstancias sociales. Por lo tanto, es muy complicado que un Ordenamiento Jurídico sea coherente y completo. Es difícil controlar todos los aspectos de la ley. El Ordenamiento Jurídico Español posee las cualidades para ser completo, posee coherencia y plenitud ya que permite una actividad jurisdiccional racional donde las normas pueden ser creadas de forma voluntaria, y de principios morales y políticos basados en el respeto a la Constitución como norma suprema.

8. BIBLIOGRAFÍA.

1. ALCHOURRÓN Carlos E. y BULYGIN Eugenio: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991
2. BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Madrid: Debate, 1991
3. AUSÍN, Txetxu: *Entre la lógica y el Derecho: paradojas y conflictos normativos*, México, D.F.: Plaza Valdés, 2005
4. RODILLA, Miguel Ángel: *Teoría del Derecho* (1ª ed.), Salamanca: Ratio Legis, 2013
5. LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1ª ed. Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Esplugues de Llobregat Barcelona: Ariel, 1994
6. ALCHOURRÓN Carlos E. y BULYGIN Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. (1ª reimpresión), Buenos Aires: Astrea, 1987
7. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Manual de Derecho Civil: Precedido de una introducción al Derecho* (reimp. Puesta al día), Barcelona: Bosch, 1980
8. BENTHAM, Jeremy: *Tratados de Legislación Civil y Penal* (Rodríguez Gil, Magdalena, ed. Lit.), Madrid: Editorial Nacional, D.L. 1981
9. NINO, Carlos Santiago: *Introducción al Análisis del Derecho*. (1ª ed.), Esplugues de Llobregat Barcelona: Ariel, 1983
10. ENGISCH, Karl: *Introducción al Pensamiento Jurídico* (traducción al español Ernesto Garzón Valdés, revisión y adaptación al Código Civil Español de Luis García San Miguel), Madrid: Guadarrama, 1967