

LA NOCIÓN DE LAGUNA EN EL DISCURSO JUDICIAL

LUÍS ALBERTO WARAT

Professor da Faculdade de Direito da Universidade
de Buenos Aires

1. ALGUNOS EJEMPLOS ACLARATORIOS

a) En un Código Penal se establece una sanción para el homicidio, otra menor para el homicidio realizado en estado de emoción violenta y una más grave para el homicidio perpetrado en la persona de un ascendiente o descendiente. No estableciendo ningún criterio para el caso del homicidio de un ascendiente o descendiente realizado en estado de emoción violenta.

b) Las normas civiles establecen la obligatoriedad del pago del precio de la locación por parte del inquilino. En un caso en que el inquilino es una pobre anciana de 89 años que se la quiere desalojar para mantener paracitariamente desocupado el inmueble, propiedad de una empresa multinacional; la solución legal se nos aparece como muy injusta.

En ambos supuestos se puede argumentar que estamos en presencia de una laguna de la ley. El uso del término «laguna» tiene, sin embargo, un sentido diferente en ambos casos.

En el primer ejemplo el uso del término «laguna» nos está indicando, prima facie, que el orden jurídico positivo al que se ha recurrido para establecer el sentido deóntico de una acción (en el caso de homicidio de un pariente en estado de emoción violenta), no ofrece solución alguna para el problema. No se sabe si se debe aumentar o disminuir la pena.

El uso del término «laguna» en esta situación implica reconocer que el acto aparece como normativamente indeterminado.

Se dice entonces que hay una laguna cuando el orden jurídico positivo no cuenta con normas generales que puedan ser aplicadas a un caso concreto. Muchas veces también frente a estos usos del término «laguna» vemos que ellos se dan cuando el súbdito no cuenta con una regla general que le permita establecer el sentido normativo de sus actos, saber si su conducta es lícita o ilícita.

El segundo ejemplo nos coloca frente a otro uso del término «laguna». Mediante su empleo los jueces están afirmando que consideran que la aplicación lisa y llana de la norma general para el caso conduce a soluciones que se consideran injustas. Deja entonces de aplicar la norma general, afirmando que las circunstancias del caso no lo permiten resolviendo en contra de la ley y de acuerdo a un juicio subjetivo de valor.

En lugar de afirmar que se niega a aplicar la ley introduce notas que son irrelevantes para la descripción genérica (edad, empresa multinacional, falta de destino útil). Considera entonces que si el legislador hubiera tomado como relevantes las propiedades no consideradas, la solución legal hubiera sido diferente. El uso del término «laguna» para este segundo ejemplo está dado por un disenso sobre las propiedades que se debieran tomar como relevantes.

El primer tipo de lagunas se conoce con el nombre de **lagunas lógicas** y el segundo se llama, generalmente, **laguna axiológica**.

Otro caso que puede ilustrar las situaciones en que los jueces hablan de lagunas axiológicas está dado por la antigua ley argentina de adopción, que la prohíbe en casos en que el adoptante tuviera hijos consanguíneos. La jurisprudencia entendió que habría un caso de laguna axiológica cuando se tratase de una pareja con hijos consanguíneos mayores de edad que prestaran consentimiento para la adopción. En ese supuesto la mayoría de edad y el consentimiento, fueron asumidos como notas de un peso tal que aconsejaban la exclusión del caso del ámbito de las situaciones prohibidas por la norma. En el ejemplo no puede decirse que la ley no contemplaba soluciones. Claramente prohibía la adopción en los casos de adoptantes con hijos. Axiológicamente

se decidió que la nota prohibitiva debía ser considerada irrelevante para el caso. En esta situación, cuando se habla de «lagunas», se está queriendo hacer referencia a la ausencia en la ley de notas que deben tener relevancia para la solución del caso. Dicho de otra forma, no se trata en este supuesto de una falta de solución legal sino de una solución axiológicamente urticante.

Se está subrayando la presencia en la solución legal de ciertas notas, cuya relevancia es considerada negativa, desde el punto de vista axiológico, en detrimento de otras notas de mayor peso axiológico cuya inclusión en el ámbito de las propiedades relevantes se reclama mediante la retórica utilización del término «laguna».

Otras veces, también la utilización del término «laguna axiológica» no apunta tanto a una solución indeseable para el caso sino a la exhortación para que se modifique el derecho existente, que está trabando con sus soluciones los cambios sociales requeridos.

En Derecho Penal, también, dado la proclamación generalmente constitucional del principio de la reserva legal, llamado también de la legalidad de los delitos y de las penas, que establece la prohibición de analogías y penas sin tipos claramente determinados, se invoca la expresión para hacer referencia a una ausencia injusta de la tipificación legal.

2. EL RUMBO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

Frente a los dos tipos de lagunas preindicadas interesa aquí hacer algunas anotaciones en relación al segundo caso: el de las lagunas axiológicas.

En cuanto a las lagunas lógicas sólo diremos que su existencia no es unánimemente aceptada. Algunos autores como Kelsen, Cossio, Del Vecchio, Recaséns Siches niegan, por distintas argumentaciones, que existan tales lagunas; mientras que otros como Vernengo, basados en consideraciones de tipo lógico, se inclinan por su aceptación.

Para Kelsen, por ejemplo, no se puede pensar en este tipo de lagunas por cuanto en el Derecho todo lo que no está prohibido está permitido (principio de clausura).

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

Vernengo, a su vez, sostiene que «no hay motivo alguno para negar que, en derecho, hay lagunas, en el sentido de que se posible encontrar enunciados en el universo del discurso, en cuyo respecto las normas conocidas del sistema no establecen cuál sea el carácter deóntico que válidamente le corresponda. (Roberto Vernengo, Curso de Teoría General del Derecho, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, pág. 359).

Para un análisis más detallado de la cuestión se recomienda la lectura del libro de Vernengo que hemos citado.

3. LAS LAGUNAS AXIOLÓGICAS COMO UN CASO DE VAGUEDAD

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

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

«laguna axiológica», por cuanto la «decisión» no depende de un criterio lingüístico sino de una valoración.

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

Un término es lingüísticamente vago cuando no tengo ningún criterio indiscutido para establecer la relevancia de las propiedades que acepto como características definitorias de la expresión. Cuando no tengo un criterio en función del cual, la relevancia de las propiedades me sirva para decidir sin duda alguna, frente a cada caso, si al mismo se puede o no aplicarle la expresión. Hay cierta combinación de propiedades que no nos dejan la sensación de una seguridad total sobre la aplicación del término. Esto sucede con todas las expresiones del lenguaje natural. El lenguaje jurídico pertenece a este tipo de lenguaje. De ello se desprende que nunca las normas brindarían criterios definidos para resolver sobre la inclusión o exclusión de todos los casos sometidos a decisión judicial. Las normas generales permiten con la ayuda de la dogmática obtener una cierta seguridad con relación a algunos casos constituídos como paradigmáticos. Pero esto no excluye el hecho de que se pueda exigir la necesidad de contar con otras combinaciones de propiedades relevantes. Exigencia que se hace apelando a un acto de valoración.

Quando se usa el término «lagunas» se está queriendo afirmar la necesidad de una alteración para el caso en cuestión, de los criterios a través de los cuales se constituyó ciertas relevancias significativas para las palabras de las normas generales.

En la mayoría de los supuestos los jueces no invocan para el cambio de las propiedades relevantes la noción de «laguna». Recurren entonces a una estrategia definitoria, se preguntan por el significado de algún término clave, dan entonces un sentido

nuevo en función de las notas consideradas más relevantes y obtienen el mismo efecto. Por ejemplo en el caso de la adopción en vez de decir que hay una laguna los jueces poderían haberse preguntado por el sentido del término «adopción». Dirían entonces que se entiende por adopción la inclusión en el grupo familiar de un miembro no consanguíneo con el consentimiento de los consanguíneos mayores.

La elección de una técnica u otra está basada en conveniencias de índole retórica. En este caso el término «laguna» sería más persuasivo.

Otras veces la conveniencia está dada por la necesidad de descalificar el caso sin dejar precedentes. El proceso de redefinición de términos arrastra su significación para casos futuros mientras que la técnica de laguna no dejaría ningún rastro significativo ya que la relevancia de las nuevas propiedades no es de ninguna manera adherida a la significación de ningún de los términos contenidos en las normas generales.

Las lagunas axiológicas y la redefinición de términos son así técnicas con que se cuenta en el discurso judicial para solucionar la vaguedad de las normas generales, precisando su sentido y atendiendo a exigencias valorativas.

4. LAS LAGUNAS AXIOLÓGICAS COMO CONFLICTOS EXTRASISTEMÁTICOS

La «laguna axiológica» puede ser ubicada dentro del marco más genérico de los conflictos normativos.

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

Cuando se presenta un conflicto entre la normatividad meta-jurídica y el derecho positivo, si el juzgador o intérprete quiere

hacer prevalecer la primera sobre el segundo, no lo puede hacer en una forma abierta, pues ello implicaría preconizar un comportamiento antijurídico, o desarticular la función normativa del derecho, por la cual introduce la solución meta-jurídica bajo la apariencia de una falta de previsión jurídica anterior, invocando, en consecuencia, la laguna de la ley.

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

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

Concordantemente enseña Kelsen que «si en algunos casos se habla de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta, que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. . . . Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro «derecho» considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos «derechos» hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo. En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Esta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente sino eliminarla y reemplazarla por una norma juzgada mejor, o más justa por el encargado

de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa...». (Hans Kelsen, «Teoría Pura del Derecho», Eudeba, Buenos Aires, 1960, pág. 173).

La cita de Kelsen confirma nuestra postura de dominar la discrepancia valorativa como laguna axiológica.

La divergencia valorativa no cuestiona la equidad de la norma jurídica en general, sino tan sólo aparece a nivel del caso concreto sometido a la decisión judicial, en el acto de interpretación de la ley, por tanto, la laguna axiológica puede ser asumida como un argumento descalificador de las soluciones legales, para un caso concreto.

5. LA NOCIÓN DE LAGUNA AXIOLÓGICA Y LA ANALOGÍA

Dos casos son lógicamente análogos cuando tienen algunas propiedades semejantes y algunas propiedades diferentes. Trazar una analogía entre dos entidades — afirma Copi — es indicar uno o más aspectos de ellas en los que son similares.

El razonamiento por analogía pertenece al tipo de los razonamientos inductivos. El razonamiento mencionado, puede, en líneas muy generales, ser visto como un razonamiento en que las premisas afirman la similaridad de dos cosas en dos aspectos y la conclusión afirma que son similares en un tercer aspecto. En un razonamiento por analogía se decide otorgar mayor peso significativo a las propiedades, encontradas como comunes a los dos casos, que todas las propiedades diferentes que estos objetos pudieran presentar.

Cuando un juez decide incorporar un caso en el ámbito de aplicación de una norma (ámbito personal de validez conforme la terminología Kelseniana), está decidiendo que correlativamente el presenta las mismas notas relevantes que los casos asumidos como paradigmáticos en relación a la solución prevista en la norma general. Concluye por tanto que este caso debe también tener la

misma solución. En estos supuestos está sin duda efectuando un razonamiento por analogía. Claro que este procedimiento deja para el juez un amplio margen de creatividad decisoria ya que todo caso se parecerá a otro en algunos aspectos y se diferenciará en muchos otros. El único criterio para aceptar ciertas interpretaciones analógicas, en el acto de interpretación judicial, es axiológico. El modelo napoleónico de derecho en favor de la seguridad jurídica prohíbe la interpretación analógica.

Esa prohibición es estéril pues como vimos, la actividad analógica es desde el punto de vista lógico inevitable. El razonamiento por analogía sin embargo es retóricamente disfrazado cuando se realizan procedimientos de redefinición significativa o cuando se apela a argumentos como el de la laguna. Los juristas pocas veces reparan que cuando redefinen los términos de las normas generales o apelan a expresiones como las que nos ocupa están efectuando interpretaciones analógicas. La prohibición de la analogía pasa a ser entonces una ficción construida para preservar el compromiso de seguridad. Desde ese punto de vista, inobjetable, aunque es uno de los puntos que más ha contribuido al estancamiento de la dogmática que no alcanza a comprender en su plenitud el alcance de las ficciones por ella misma creadas.

6. LAS FUNCIONES DEL TÉRMINO LAGUNA

El término «laguna» en el discurso judicial, que es siempre del tipo axiológico cumpliría dos objetivos:

a) obtención para un caso concreto de una solución de equidad.

b) no resentir en ese proceso de búsqueda equitativa los standards axiológicos básicos del modelo napoleónico de derecho.

En otras palabras, lograr en las sentencias un recurso lingüístico que permita compensar las inevitables tensiones entre la seguridad jurídica y la equidad. Tensiones estas que por otra parte deben solucionarse sin que se resientan las pretensiones de máxima racionalidad que ese modelo postula como concreción de la libertad, como concreción de decisiones, no arbitrarias. Lo que

equivale a decir que el modelo napoleónico no establece su compromiso de seguridad basado en la mítica afirmación de que los jueces no pueden crear derecho. Pretención utópica que obliga al poder judicial a realizar su función creativa bajo una apariencia de no creatividad.

El lenguaje jurídico es el que le permite efectuar esa función camufladamente creativa. Esta necesidad judicial de atender al mismo tiempo razones de seguridad y equidad no es siempre advertida por la teoría que tradicionalmente analizan el acto de interpretación judicial.

7. SOBRE EL REALISMO, EL FORMALISMO, LA SEGURIDAD Y LA EQUIDAD

El formalismo jurídico presenta al Derecho como un mundo de entidades reales, perfectamente establecido y respaldado por un lenguaje cerrado, completo, autosuficiente y de estatura profética: un paraíso conceptual estrictamente riguroso, un sistema sin grietas ni antinomias con el cual poder no sólo desterrar la arbitrariedad decisoria, sino también consolidar la idea de que el orden jurídica garantizará sin límites los derechos por él reconocidos.

«Los hombres de 1789 — dice Duguit al referirse al formalismo de la codificación napoleónica — y los autores del Código Napoleón y también, preciso es decirlo, la gran mayoría de los jurisconsultos franceses y extranjeros de la primera mitad del siglo XIX, salvo la escuela de Savigny, estimaban que había un sistema de derecho definitivo que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, y así como la geometría moderna descansa todavía sobre los principios formulados por Euclides, del mismo modo en todos los tiempos, en todos los países, el Derecho de todos los pueblos civilizados no podrá ser más que el desenvolvimiento normal y racional de los principios inmortales deginidos y formulados en esos textos (Código Napoleón, Declaración de los Derechos del Hombre, 1789).

Con ello se pretendió, indudablemente, brindar una base inconsciente de seguridad para el hombre común, que necesita pensar que las tensiones de un grupo, aún las imprevistas, han

sido ya premonitoriamente larvadas por el legislador, certeza que podría quedar seriamente jaqueada si el obligado sentiría que la ilicitud de sus actos se constituiría recién en el futuro, en el momento en que el juzgador impusiera jurisprudencialmente los límites a sus posibilidades de obrar.

La importancia del Derecho vigente fue entonces acentuada con exclusividad; de allí la idea de los derechos absolutos, y del deliberado olvido de las nuevas exigencias de la asunción del acto de interpretación como una derivación mecánica del de legislación.

El realismo jurídico, al oponerse a esta idea de perfectibilidad, pretendió introducir al escenario normativo soluciones de equidad y flexibilidad.

Para ello acentúa en demasía la importancia creadora del acto de interpretación, reduciendo todo el campo de significación normativa a las puras decisiones judiciales; un sistema totalmente abierto, de significación liberada, donde la norma pierde — en el caso de las tendencias extremas — totalmente su valor. Para estas corrientes extremas, la seguridad no es una aspiración normativa legítima; la norma general es siempre tardígrada con relación a las aspiraciones comunitarias, y sólo la norma individual — gracias a la libre voluntad judicial — puede producir la adaptabilidad requerida.

El problema, desde luego, tal como alcanzo a ver, es equivocadamente planteado por ambas corrientes. Normalmente se debe aspirar a la satisfacción conjunta de las necesidades de seguridad y equidad, o sea sólo pensando los problemas que de ella se derivan de una manera integrativa, lo que no es otra cosa, en el fondo, que un intento en procura del equilibrio entre los criterios de valoración ambiental y de legislación positiva.

«Cierto — dice Recaséns Siches — que un orden jurídico debe garantizar la seguridad en términos claros, y cierto que esta idea es difícilmente realizable si el juez se aparta de su razonamiento meramente técnico y formalista y se orienta por preocupaciones de equidad».

«Así como también es cierto — agrega el mismo autor siguiendo a Perelman — que el juez no debe tampoco limitarse

a aplicar la ley; por el contrario, debe servirse de la ley para apuntalar su sentimiento de equidad, que estudiará sobre todo cuando la ley es oscura, contradictoria e incompleta».

En efecto, la noción de justicia válida para el hombre de hoy, requiere no sólo que ésta sea concebida en términos de legalidad (o sea exigiendo que sean tratados de igual manera, sin discrecionalidad, a todos aquellos hombres considerados como iguales a través de una determinada categoría deóntica positivamente asumida por la legislación vigente), sino que también requiere una pronta adaptabilidad del orden vigente a los nuevos standards consolidados por la fluyente coexistencia de los hombres, o sea en términos de equidad.

No hay normas jurídicas sin raíces sociales, así como no puede haber vida comunitaria sin una normatividad institucionalizada; la decisión a la que el juzgador arriba, dice Ross, está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica. Una resultante del deber ser legal y el deber ser social. No puede por tanto dejar de aceptarse que el Derecho es una técnica que aspira a la satisfacción conjunta de las necesidades de seguridad y equidad. Cada una de ellas podrá adquirir sentido en forzosa correlación con la otra.

Con todo, debe advertirse que el falso dilema fue sólo una postura analítica. Estas confusiones se producen, en general, sólo a nivel dogmático, ya que en la práctica jurisprudencial el juzgador casi siempre supo transplantar a su sentencia ese anhelado equilibrio entre la seguridad y la equidad. El juez encarna, con su operatividad, un inevitable vaivén entre ambos; vaivén que, al decir de Recaséns Siches, es la vida misma de la jurisprudencia. El encarna al «derecho viviente», procurando conciliar la necesidad de los hombres de contar con bases sólidas para sus transacciones, con los nuevos criterios axiológicos que el grupo social asumió positivamente.

La práctica nos demuestra que para lograr ese punto óptimo, el proceso de adaptación fue jurisprudencialmente realizado de una manera encubierta, o sea introduciendo las modificaciones valorativas, las nuevas necesidades, bajo una apariencia conser-

vadora; manteniendo el espejismo de la previsión infinita del sistema, introduciendo el nuevo criterio comunitario bajo un ropaje de normatividad oficial, como si éste ya hubiera sido, de alguna manera, predeterminado por anteriores actos de legislación.

Se mantiene de esta forma la fe en el orden, y se preserva la eficacia de la regulación, pues un sistema desvinculado de las reales necesidades de coexistencia es, paradójicamente, un orden altamente inseguro, y tal vez, de una muy convulsionada aplicación.

8. LA DEFINICIÓN DEL TÉRMINO LAGUNA AXIOLÓGICA

Hemos establecido un análisis que nos deja en condiciones de intentar hacer algunas reflexiones en relación a la posible definición del término «laguna», de su posible significado que paradójicamente es el de no tener ninguno y servir de elemento plástico con el que poder estalizar un criterio de valor dicidente. La figura sirve así funcionalmente para ciertas alteraciones axiológicas del orden legal. Es por tanto una expresión anfibológica vale decir semánticamente anémica. Con esto se quiere decir que se trata de un término carente de significado descriptivo, que sólo sirve para ser vehículo de emociones. De este modo las definiciones que se suelen dar término son persuasivas puesto que están destinadas a orientar las valoraciones. En este caso están destinadas a encaminar la actividad analógica del juez. El carácter persuasivo del término permite al juez reformular atendiendo a razones de oportunidad la solución legal sin renunciar por ello a la posibilidad de proclamar su carácter de mero órgano aplicador de la ley. Es un término que sirve para persuadir sobre el cambio de los contenidos relevantes para la connotación de ciertas palabras claves de las normas.

Es por lo tanto un recurso que permite soslayar la disfunción transitoria del sistema legal sin resentir por ello su legalidad y vigencia. A través de la laguna el caso queda marginalizador y con ello fuera de la órbita del ordenamiento legal que sigue gracias a esta técnica como la virtud de la mujer del César, excepto de toda sospecha.