

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, LA PLENITUD

Inmaculada Sáinz Palacios



.114

ALMAS DE GRAN CANARIA
nes

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
LAS PALMAS DE G. CANARIA
N.º Documento <u>518925</u>
N.º Copia <u>8924.52</u>

Inmaculada Sáinz Palacios

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, LA PLENITUD



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
Servicio de Publicaciones

2007

© del texto: Inmaculada Sáinz Palacios

© de la edición: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Primera edición, 2007

Maquetación y diseño: Servicio de Publicaciones y Difusión Científica
de la ULPGC

ISBN: 978-84-96971-01-1

Depósito Legal: GC 804-2007

Impresión: Servicio de Reprografía, Encuadernación y Autoedición
de la ULPGC

Impreso en España. *Printed in Spain*

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. LA TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LOS CARACTERES MÁS REPRESENTATIVOS	13
1. Las teorías sobre el ordenamiento jurídico y los principios más representativos	15
2. La plenitud del ordenamiento jurídico	18
CAPÍTULO II. LA RELEVANCIA ACTUAL DEL DOGMA DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	21
1. Generalidades	23
CAPÍTULO III. LA AUSENCIA DE RESPUESTA JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	27
1. Ideas generales	29
2. Lagunas del Derecho y lagunas de la ley	34
3. Elementos de las lagunas jurídicas	36
4. La clasificación de las lagunas jurídicas	38

CAPÍTULO IV. LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL PERÍODO PRECODIFICADOR	41
1. Manifestaciones más destacadas de la compleción del Derecho	43
CAPÍTULO V. LA INFLUENCIA DE LA CODIFICACIÓN SOBRE EL POSTULADO DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	45
1. Motivos y cuestiones generales	47
2. La escuela de la exégesis	49
3. La jurisprudencia analítica	52
4. La escuela histórica	53
CAPÍTULO VI. LA REELABORACIÓN DEL CARÁCTER DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	55
1. Razones. La jurisprudencia de conceptos	57
2. La teoría del espacio jurídico vacío	58
3. La teoría de la norma general exclusiva	59
CAPÍTULO VII. LA CRISIS DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	63
1. La jurisprudencia de intereses	65
2. El movimiento de Derecho libre	66
3. La escuela científica	69
4. El artículo 1º del Código Civil Suizo	74
CAPÍTULO VIII. MÉTODOS DE SUPERACIÓN DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS	77
1. Autointegración y heterointegración del ordenamiento jurídico	79

2. Los elementos de la autointegración jurídica	80
2.1. La analogía. Origen, terminología, sentidos de la expresión; relación con la interpretación extensiva	80
2.2. Los principios generales del Derecho	83
CAPÍTULO IX. HACIA UNA CONCEPCIÓN REALISTA DEL PRIN- CIPIO DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	89
1. Planteamientos generales	91
2. El cuestionamiento de la consideración del Derecho como sistema jurídico	92
3. Los valores jurídicos y su importancia como criterio de resolución de las lagunas jurídicas	95
BIBLIOGRAFÍA	101

PRESENTACIÓN

Estas páginas se dedican al planteamiento de algunas de las cuestiones que más proyección tienen actualmente en relación con el fenómeno jurídico por el interés creciente en el mejor conocimiento de aspectos relevantes del mismo, por la indudable trascendencia que algunos conceptos y teorías representan en la sociedad, se puede decir que son las cuestiones relacionadas con la Teoría del Derecho las que más destacan, y es este desarrollo temático una muestra de la decidida presencia del mundo jurídico en muchos ámbitos de la vida humana.

Se trata de un estudio centrado en el ordenamiento jurídico sede en la que confluyen algunos de los elementos más relevantes para los juristas ya sea directa o indirectamente y especialmente de cara a la organización social. Se puede afirmar que sin lugar a dudas existe una gran relación entre el modelo de normatividad jurídica y los comportamientos observables en una determinada sociedad, puesto que aquél incide en la forma de sentir las actuaciones que pueden considerarse obligatorias en el ámbito de una determinada organización.

Ante la amplitud de cuestiones existentes referidas al ordenamiento jurídico, todas ellas de trascendencia elegimos para analizar uno de los caracteres más destacados del mismo, la compleción desde una perspectiva práctica y filosófico-jurídica, que permite referencias siempre interesantes a las teorías iusnaturalistas, positivistas, realistas y a las implicaciones en las novedosas orientaciones jurídicas.

Es un hecho a destacar la utilidad que esta temática representa para el conocimiento jurídico abordando las cuestiones implicadas de forma pluridisciplinar, donde puede ser valorado por el método investigador tanto por los teóricos profesionales de las ciencias sociales y jurídicas como por los prácticos en el Derecho.

INTRODUCCIÓN

Se puede decir que el tema elegido es clásico y a la vez de gran actualidad, si despierta interés, es sobre todo por centrar una de las cuestiones relativas al ordenamiento jurídico que en la práctica es necesario dilucidar. Continuamente se plantea la pregunta de si el sistema jurídico es completo, atendiendo a la respuesta que de él pueda emanar para solventar cualquier situación de la vida real, que será diferente si se afirma o no la cuestión planteada.

Una reflexión en términos racionales nos llevaría a decir que es casi imposible determinar o predeterminar las posibles situaciones que vayan a tener relevancia en términos jurídicos para ser así susceptibles de regulación por el Derecho. Y que de este modo, se pueda considerar que el legislador pueda preverlo todo es una hipótesis difícil de realizar.

Esta temática que aquí se aborda ha sido objeto de las más diversas consideraciones a lo largo de la historia, y en la obra actual de muchos autores una cuestión que no se ha pasado por alto, ya que constituye siempre un motivo de preocupación para los juristas el valorar en qué grado es aplicable a la sociedad el ordenamiento jurídico del que disponen.

Desde algunos modelos filosóficos o ideológicos, los juristas han considerado que la existencia de vacíos normativos o lagunas están vinculados en sentido estricto a un concepto positivista del Derecho, que por diversos motivos, entre ellos la misma evolución social permite hablar de normas en desuso, requiriendo en determinadas circunstancias la integración.

Si el sistema jurídico en cuestión consigue superar satisfactoriamente la prueba se podrá entender que demuestra compleción; hecho que tendrá su explicación en relación a circunstancias diversas como son la sociedad, la cultura y la perfección técnica del derecho en sí mismo considerado.

1

TEMA

**LA TEORÍA DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO Y LOS CARACTERES
MÁS REPRESENTATIVOS**

1. LAS TEORÍAS SOBRE EL SISTEMA JURÍDICO Y LOS PRINCIPIOS MÁS REPRESENTATIVOS

Resulta muy extendida en la actualidad la consideración del Derecho en términos de ordenamiento jurídico, consideración que supone la superación de la idea tradicional conforme a la cual la doctrina ha venido reconociendo que el tema central del análisis del fenómeno jurídico lo ocupaba el estudio de la norma.

Esta idea encuentra ya su expresión en las teorías de los autores institucionalistas y en la relevancia que en ellos adquiere el Derecho como organización social. Así, desde la teoría de Maurice Hauriou sobre la institución¹, Santi Romano propone en su renombrada obra *El Ordenamiento Jurídico* una concepción del Derecho como un complejo de interrelaciones estructurales y sistemas que subyacen al ordenamiento jurídico, superándose así su planteamiento en términos de normas de conducta que resulta sustituido por la idea de institución jurídica en la que aparecen éstas interrelacionadas dentro del sistema².

-
- 1 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1916, pág. 111, donde encontramos la definición de institución como “una organización social objetiva que ha realizado dentro de sí la situación del derecho más elevada, es decir que posea al mismo tiempo la soberanía del poder, la organización constitucional del poder y la autonomía jurídica”.
 - 2 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967 (la 1ª edición del año 1917), traducido al español como *El ordenamiento jurídico* por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, 1963, págs. 105 y 118.

A este respecto hay que establecer la importancia de determinar la concepción que se baraja del término sistema jurídico.

El eslabón fundamental de la teoría del ordenamiento jurídico lo constituye la formulación de Hans Kelsen³ ya en la primera edición de la teoría del derecho⁴ que encontrará su expresión algunos años más tarde, en su consideración del ordenamiento jurídico como un sistema de normas⁵. Esta característica elaboración kelseniana en torno al criterio de validez parte de la idea de ordenamiento jurídico conforme a una concepción dinámica, por regular éste su propia creación, actuando como sistema cuyas prescripciones están engarzadas según criterios de deducción lógica. En definitiva, no atendiendo únicamente al contenido que expresan, sino a un criterio básicamente formal por haber sido emanadas por quien está autorizado al efecto por una norma superior; siempre que dicho sistema alcance un mínimo de eficacia⁶.

Se manifiesta una importante influencia de la doctrina kelseniana en las actuales teorías del derecho pudiéndose, por consiguiente, predicar la dinamicidad del sistema jurídico por la evolución constante que manifiestan las normas en el marco de las instituciones jurídicas. Esta influencia kelseniana adquiere una connotación especial en la tesis de Norberto

-
- 3 A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1987, pág. 9. A este respecto se destaca que "El punto de partida obligado para quien quiera adentrarse en la delicada y rica problemática del ordenamiento jurídico es la concepción kelseniana del derecho".
 - 4 H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, traducción al español de A. Tejerina, Buenos Aires, 1941.
 - 5 H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción al español de E. García Maynez, UNAM, México, 1979, (la primera edición del año 1944), pág. 129. "El orden jurídico es un sistema de normas".
 - 6 *Ibidem*, págs. 132 y ss. J. BETEGÓN y otros, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, 1997, en págs. 145 y ss. afirman que el carácter dinámico del ordenamiento jurídico se demuestra sobre todo en la distinción entre normas de conducta o de comportamiento y normas de competencia o de organización.

Bobbio, quien, tras la publicación en el año 1958 de su obra *Teoría de la norma jurídica*⁷, procede dos años más tarde a elaborar su teoría del ordenamiento jurídico⁸, constatando que en la realidad “las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en su contexto de normas que tienen entre sí relaciones particulares⁹”. Autor que nos coloca en el verdadero punto de partida en el ámbito de la realidad jurídica al reconocer la imposibilidad de definir el derecho desde la norma jurídica, y considerar que una norma es eficaz debido a una compleja organización que determina la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución, circunstancias éstas que hacen ampliar el horizonte al ordenamiento jurídico.

Actualmente, si se alude al término ordenamiento normativo generalmente es desde el presupuesto de la existencia de una serie de preceptos jurídicos que se encuentran relacionados y, por el carácter interdependiente de los mismos y su integración en la totalidad del sistema, expresan la idea de unidad del mismo.

Si mencionamos a algunos de los juristas contemporáneos más relevantes en referencia a sus teorías del derecho, además de las ya citadas, podemos aludir al jurista anglosajón H. Hart (*El concepto de Derecho*) para quien las normas funcionan como razones para la acción y pertenecen al sistema jurídico si su aplicación está prescrita por la regla de reconocimiento de dicho sistema, de esta forma se identifican los criterios de validez de las reglas del sistema.

En la obra de su discípulo, Dworkin, encontramos una teoría del derecho que atiende a aspectos que habían olvidado las clásicas y las mo-

7 N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, reproducida en N. Bobbio, *Teoría general del derecho*, traducción de E. Rozo Acuña, 4ª reimpr. en 1996, de la 1ª ed. Madrid 1991, págs. 13 y ss.

8 N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, reproducido en N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, cit., págs. 151 y ss.

9 N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., págs. 153 y 155.

dernas teorías jurídicas al destacar que el derecho no es sólo un sistema de normas, sino también de principios.

Alf Ross considera que la validez del derecho reside en “La relación entre el contenido normativo ideal y la realidad social”. Las reglas jurídicas son válidas si son observadas socialmente y consideradas vinculantes por los jueces (*Derecho y justicia*).

Para Joseph Raz el criterio de determinación del sistema jurídico está en su naturaleza institucional, que se manifiesta en el proceso de aplicación e identificación (o conductas efectivamente realizadas) por los órganos judiciales, y reconoce como concepto clave la “cadena de validez”.

En la formulación clásica de la teoría del ordenamiento jurídico se reconocen como dogmas fundamentales la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico. Nos interesa el desarrollo de éste último como tema central de este trabajo de investigación.

2. LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Situándonos en el verdadero punto de partida para abordar esta cuestión, se nos obliga a adoptar un determinado concepto de plenitud, distanciado ya de su significado decimonónico, en el que implicaba una característica consustancial a todo ordenamiento jurídico, en muchos casos más ficticia que real.

El carácter de la plenitud está predeterminado por el sistema de fuentes o modos de producción del derecho reconocidos en un determinado ámbito y vinculados al principio de jerarquía normativa.

Si se puede considerar la plenitud de un ordenamiento jurídico en la mayor parte de nuestras culturas jurídico-modernas, y según sostienen un buen grupo de autores, es bajo el calificativo de plenitud relativa o de segundo grado con los medios que el propio ordenamiento pone a disposición esto es, atendiendo al resultado de la interpretación-aplicación del

La Teoría del Ordenamiento Jurídico y los caracteres más representativos

derecho, que prevé una serie de criterios y mecanismos de integración jurídica.

Tras la aplicación de los diversos métodos reconocidos por el sistema jurídico de que se trate, se consigue obtener un ordenamiento jurídico del que se puede afirmar que, o bien no tiene lagunas, o bien dispone de los mecanismos adecuados para colmarlas.

2

TEMA

**LA RELEVANCIA ACTUAL DEL
DOGMA DE LA PLENITUD DEL
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**



1. GENERALIDADES

La relevancia del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico deriva de su reconocimiento por parte de muchos ordenamientos jurídicos vigentes en la actualidad. Un buen ejemplo lo constituye el caso español que introduce en el artículo 1.7 del Código Civil el mandato de que “los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido”. Como complemento a esta disposición establece el artículo 448 del Código Penal que “el Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

En realidad, el párrafo séptimo del artículo 1 del vigente Código Civil que fue introducido por el Decreto 1836 de 31 de mayo de 1974 en desarrollo de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, lejos de introducir una novedad sustancial en nuestro ordenamiento jurídico, lo que hace es dar una nueva formulación al antiguo artículo sexto del título preliminar del Código Civil, que señalaba que “el tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto con-

trovertido se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del derecho¹⁰”.

En este sentido, Rolando Tamayo considera que “en realidad al operar de esta manera el Código Civil español no hace más que responder a la propia lógica del ordenamiento jurídico instaurando uno de los principios que le dan consistencia como tal.” Y además explica que “(...) el requerimiento dogmático de que el derecho debe proveer a cualquier cuestión jurídica deriva de la misma concepción del orden jurídico como sistema que clausura controversias reales o potenciales a través de la función integrativa de la actividad judicial; éste es uno de los rasgos característicos del orden jurídico¹¹”. No cabe duda, por lo demás, que a la instauración de

10 Véase al respecto E. ZULETA PUCEIRO, “Jurisprudencia y fuentes del derecho”, en AA.VV. *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Tomo I, volumen 1, Madrid, 1977, pág. 127, quien se refiere a éste como versión notablemente perfeccionada con respecto a la redacción antigua.

En el mismo sentido se puede consultar M. BATLLE, “Comentario al artículo uno del Código Civil”, en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo) Tomo I, Madrid, 1978, pág. 68, “la variación que se observa entre estos dos textos hay que considerarla de forma, porque el contenido viene a ser idéntico y responde a la idea de que los tribunales no pueden denegar la justicia que se les pide, ya que es un principio de ordenamiento y de paz social el de que nadie puede hacerse justicia por su mano”.

También J. L. ALBACAR y M. MARTÍN GRANIZO, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, 1992, pág. 38, reproducen esta opinión en los siguientes términos: “Aun cuando no constituye novedad el contenido de este original, si lo es su redacción, por cuanto en ella se ha eliminado gramaticalmente un no muy agradable término, el de incurrirá en responsabilidad para sustituirlo por un pronunciamiento que, si bien más aparentemente suave, conduce o puede conducir a las mismas consecuencias por aplicación de los preceptos concordantes. Se trata por tanto sólo de una nueva redacción en la que cabe señalar las dos principales obligaciones de quienes tienen a su cargo la administración de la justicia: en primer lugar, el ineludible e irrenunciable deber de juzgar; en segundo lugar, la obligación de acomodarse para ello al sistema de fuentes establecido en el precepto”.

11 R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, México, 1992, pág. 154.

este principio le subyace una determinada concepción del ordenamiento jurídico como ordenamiento estatal autosuficiente¹².

Se explica de esta manera la notable difusión que este principio ha adquirido en nuestros días reflejándose expresamente en textos normativos de muy diferentes países.

El reconocimiento del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico como dogma esencial de la propia teoría del ordenamiento jurídico presupone una previa concepción del concepto de “laguna jurídica”.

12 N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., págs. 221 y ss.

3

TEMA

**LA AUSENCIA DE RESPUESTA
JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE LA
PLENITUD DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO**

1. IDEAS GENERALES

Se considera habitualmente que un ordenamiento jurídico es pleno en cuanto no existen vacíos normativos, o éste contiene los mecanismos necesarios para proceder a su integración, es decir, a la materialización de soluciones deducidas del propio cuerpo normativo para completar las lagunas. Un breve repaso a algunas de las concepciones más usuales que se han mantenido acerca de la plenitud del ordenamiento jurídico nos permite corroborar dicha afirmación.

Se puede mencionar, en relación a la idea de plenitud, la definición dada por Amadeo Conte: “La plenitud es la cualidad del ordenamiento en el que no hay lagunas, o sea, en el que de ningún comportamiento sean la comisión o la omisión ni permitidas ni no permitidas. Plenitud significa, por consiguiente, la propiedad del ordenamiento normativo que califique teóricamente ya sea la comisión ya sea la omisión de todo posible comportamiento o explícitamente o expresamente o implícitamente¹³”.

La obra de Norberto Bobbio también trata dicha temática, considerando que por integridad se entiende “la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se denomina generalmente laguna (en uno de los sentidos del término laguna), integridad significa ausencia de lagunas.

13 A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, pág. 67.

En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de integridad, podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenece determinada norma ni la norma contradictoria; queriendo especificar, la no integridad consiste en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíbe un determinado comportamiento ni una norma que lo permita, en efecto, si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de un cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna¹⁴”.

A su vez, Antonio Fernández y Benito de Castro Cid han considerado que “afirmar la plenitud del derecho equivale a sostener que cualquier ordenamiento jurídico estatal dispone siempre de una norma que regula adecuadamente cualquier supuesto fáctico-social que pueda presentarse. Nunca se dará el caso de que el derecho carezca de respuesta adecuada para una demanda de la vida social. Puede decirse, pues, que un ordenamiento jurídico estatal es completo cuando los jueces pueden encontrar siempre en él una norma en la que se contenga la regulación del conflicto que se somete a su decisión¹⁵”.

En un sentido semejante Ramón Soriano expresa que “... la plenitud, también llamada completud del ordenamiento jurídico, es la cualidad que le hace contener soluciones para todos los conflictos jurídicos que puedan originarse en su seno¹⁶”.

14 N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., pág. 221. Este autor es más partidario de considerar que más que hablar de lagunas del Derecho, habría que aludir a lagunas del ordenamiento jurídico.

15 A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Madrid, 1995, pág. 141.

16 R. SORIANO, *Compendio de teoría general del derecho*, Barcelona, 1990, pág. 34.

La ausencia de respuesta jurídica y el principio de la plenitud del Ordenamiento Jurídico

También Enrico Pattaro ha expresado su teoría al respecto considerando que: "... un ordenamiento que fuese incompleto sería lagunoso. Podemos decir por consiguiente, con una terminología en la actualidad adquirida o técnica, que un ordenamiento es completo cuando no presenta lagunas¹⁷".

Podemos aludir a la valoración que realiza Manuel Segura al señalar que la plenitud del ordenamiento jurídico supuso primeramente la ausencia de lagunas, matizando posteriormente que la plenitud del ordenamiento jurídico "... no debe ser entendida como ausencia de lagunas sino tan sólo como la posibilidad de las mismas¹⁸".

Es necesario aludir a dos tipos de plenitud del ordenamiento jurídico o, dicho con mayor propiedad, dos formas diferentes de entender el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, como plenitud absoluta, en el caso de que el propio ordenamiento jurídico contenga normas aplicables a todos los supuestos hipotéticos que puedan darse en la vida real, y como plenitud relativa o plenitud de segundo grado, que se dará en aquellos casos en que aún no pudiendo detectarse en el conjunto normativo soluciones aplicables a todos los supuestos que puedan plantearse para su resolución jurídica, se reconocen una serie de elementos o mecanismos de integración del ordenamiento jurídico que permiten identificar a éste como completo o pleno en el sentido de suficiente para atribuir solución a cualquier caso que se plantee¹⁹.

El postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico presupone un concepto previo de laguna y una posición negativa en relación a su existencia, y, en su caso, positiva en relación a las virtualidades de un proce-

17 E. PATTARO, "La completezza degli ordinamenti giuridici e i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988, pág. 159.

18 M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del derecho*, Madrid, 1990, pág. 150. "El problema de las lagunas" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989, T. VI.

19 R. SORIANO, *Compendio...*, cit., pág. 85.

dimiento jurídico deducido del propio conjunto normativo en orden a la integración de, en su caso, las preexistentes lagunas jurídicas.

En relación al primero de estos elementos (el concepto previo de laguna jurídica), siguiendo una tendencia doctrinal ampliamente aceptada de origen italiano, podríamos aludir a la definición de laguna jurídica en cuanto que supone la “... ausencia de regulación de un caso singular que normalmente se presenta a la atención como caso concreto en el ámbito de la controversia jurídica, pero puede también ser un caso hipotético”, entendiendo por ausencia de regulación la circunstancia de que “... el caso concreto o hipotético no es calificado o contemplado por ninguna norma jurídica²⁰”.

Hay quien considera al modo de Francisco Balaguer, que en el estudio del ordenamiento jurídico y su compleción o mejor su posibilidad de ser completado se debe partir de la aceptación del concepto de laguna²¹.

Antonio Fernández y Benito de Castro han definido las lagunas jurídicas como “... la carencia o inexistencia, dentro de un ordenamiento jurídico dado, de una norma general específica en cuya regulación quede incluido un determinado caso planteado o planteable. Se produce, pues un vacío normativo que los propios juristas prácticos tendrán que rellenar recurriendo a los mecanismos de complementación previstos en el ordenamiento²²”.

En un sentido semejante, Manuel Segura define a la laguna como “... la ausencia de regulación por parte del derecho (podría decirse mejor del ordenamiento jurídico para evitar mayores complicaciones) de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta con-

20 Es la propuesta de M. JORI y ANA PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, pág. 185.

21 F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho, 1. Principios del ordenamiento constitucional*. Madrid, 1991, pág. 163.

22 A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones...*, cit., pág. 145.

La ausencia de respuesta jurídica y el principio de la plenitud del Ordenamiento Jurídico

creta que no se haya explicitado o especificado en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la labor integradora del juez²³".

También Rolando Tamayo, después de hacer una referencia a la etimología de la palabra laguna, relata que los juristas entienden comúnmente por laguna del derecho cuando "... en un orden jurídico determinado no existe disposición aplicable a una cuestión jurídica", y que "... la noción de laguna del derecho no sólo alude a la existencia de casos no previstos sino a sus formas de resolución²⁴".

Hay que aludir a una cuestión que la doctrina no ha pasado por alto y es la distinción entre el silencio y la oscuridad de la ley, tema que volveremos a tratar más ampliamente²⁵.

La propia jurisprudencia se pronuncia en un sentido semejante. Así, por ejemplo, la sentencia de 3 de marzo de 1989, donde se dice que "... ante la inexistencia de una norma de rango legal que regule tal materia bien sea para permitirlo o prohibirlo...²⁶".

23 M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit. pág. 254.

24 R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Elementos para una teoría...*, cit., págs. 153-154, donde en la búsqueda por la etimología de dicho término refiere las ideas de carencia, imprevisión, ausencia.

25 Ch. PERELMAN, "Il problema delle lacune in diritto" "en Ch. PERELMAN, *Diritto, morale e filosofia*, Napoli, 1973, págs. 158 y ss., obra en la que se contempla la diferencia entre la *completud* del Derecho y otra cuestión relacionada en muchas ocasiones, la obligación de resolver".

Sobre las lagunas en general se puede consultar N. BOBBIO, "Lacune del diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1963, Utet, Vol. IX, pág. 418.

V. ITURRALDE SESMA, "Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988, T. V.

J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, "Las lagunas del ordenamiento jurídico estatal", en *Métodos para el conocimiento del derecho*, Madrid, 1987.

26 Se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989.

2. LAGUNAS DEL DERECHO Y LAGUNAS DE LA LEY

Una vez considerada la equivalencia en términos generales de la noción de laguna jurídica a la de vacío normativo, es necesario realizar una distinción elemental que no siempre es tenida en cuenta por todos los autores que han analizado el tema de la plenitud del ordenamiento jurídico y que ha dado lugar a ciertos equívocos, y es que la mayoría de la doctrina distingue entre los conceptos de lagunas del derecho y lagunas de la ley.

Si bien es cierto que en los modernos ordenamientos jurídicos se suele considerar habitualmente a la ley como fuente primaria y superior de todo el sistema, esto no debe sin embargo ocultar la circunstancia de que junto a ella se reconozcan además otras formas de producción del derecho a las que el mismo legislador les atribuye el carácter de propias disposiciones legislativas²⁷.

Es así que se puede concretar distinguiendo entre lagunas de la ley en sentido estricto para referir la existencia de una carencia en la regulación que no puede ser cumplimentada con los procedimientos que la propia ley pueda disponer al efecto, y de lagunas del derecho para señalar que no puede encontrarse en el ordenamiento jurídico considerado en su integridad (esto es, incluyendo a todos los elementos que lo componen) una solución a la controversia jurídica que pueda presentarse.

A este respecto podemos destacar los matices que realiza Rolando Tamayo cuando expresa que “es claro que el término “derecho” dentro de la expresión “laguna del derecho” es usado en el sentido de ordenamiento jurídico indicando el complejo de disposiciones jurídicas (legislativas, judiciales o consuetudinarias) a las cuales debe recurrir el juez (o el órgano aplicador) para resolver una cuestión jurídica. El uso de “dere-

27 A estos efectos hay que referirse a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil español.

La ausencia de respuesta jurídica y el principio de la plenitud del Ordenamiento Jurídico

cho” en otro sentido, haría incomprensible el problema de las lagunas. De ahí que la expresión “laguna del derecho” no sea, en ningún sentido, equivalente a la expresión “laguna de la ley”, la cual señala una cuestión distinta que, no obstante su importancia histórica, no representa sino una parte del problema²⁸.

La distinción entre lagunas del derecho y de la ley nos permite situar en su contexto auténtico la conceptualización de las lagunas jurídicas, y con ello también del postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico en cuanto que se pone de relieve la incompatibilidad existente entre la presencia de lagunas y la solución jurídica de las mismas.

En consecuencia, la constatación de que puedan existir lagunas en la ley no comporta necesariamente que el derecho, entendido en su conjunto, o en el sentido complejo del término resulte lagunoso, esto es, no contenga elementos suficientes para que los juristas puedan encontrar soluciones y que en definitiva el aparato judicial pueda cumplir con su deber general inexcusable de dictar sentencia en todas las controversias que se presenten.

De lo expuesto anteriormente puede deducirse el sentido más preciso del reconocimiento de lagunas en la ley.

Manuel Segura también reivindica la constatación de la existencia de lagunas jurídicas y en relación al binomio lagunas de la ley y lagunas del derecho expresa que “la distinción entre lagunas de la ley y lagunas del derecho pretende demostrar que sólo existe un tipo de lagunas, es decir, que éstas pueden constatarse dentro de un sistema jurídico cuando ni la ley, la costumbre o el llamado Derecho Judicial han previsto un determinado caso. Sin embargo, se niega la existencia de vacíos en el orden jurídico considerando que éste es hermético y completo puesto que siempre ofrece solución a todos los casos imaginables. La ley puede tener lagunas pero el derecho no las tiene. Poco importa que la laguna provenga

28 R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Elementos...*, cit., pág. 154.

de la ley o de cualquier otra fuente del derecho, lo decisivo es que para un determinado caso no existe una regulación. Si esto es así, es difícil de comprender la insistencia en negar las lagunas ya sea por vía directa (...) o bien de una manera indirecta, que es lo que suele suceder si se admite la distinción entre lagunas de la ley y lagunas del derecho, aunque en este caso, también hay que decirlo, la negación de las lagunas tiene lugar inconscientemente, esto es, a primera vista parece que se admiten las lagunas pero luego son negadas en base a la pretendida plenitud del ordenamiento jurídico²⁹”.

3. ELEMENTOS DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS

Conforme a lo reseñado en los epígrafes anteriores podemos constatar que la definición de laguna en relación al fenómeno jurídico experimenta modificaciones importantes según se trate de lagunas de la ley o lagunas del derecho.

Esta situación añade dificultades lógicas al elaborar una teoría general de los elementos de las lagunas jurídicas que serán muy diferentes en cada uno de los casos referidos. Desde luego que en el primer supuesto se trata de destacar la ausencia de regulación jurídica en las disposiciones legislativas, mientras que en el segundo se cuestiona la propia existencia de lagunas del derecho una vez que se constata que la obligación que se atribuye al juez de dictar sentencia en todos los casos que se le plantean le exige indagar en el propio ordenamiento jurídico el procedimiento más adecuado para colmar tales lagunas.

Se puede añadir con ánimo clasificatorio un tercer tipo de lagunas en relación al fenómeno jurídico, que resultaría independiente de las lagunas

29 M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit., pág. 252. Tema éste clásico entre la mayoría de los autores en este mismo sentido, se puede consultar L. LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed.

de la ley y de las lagunas del derecho, aun cuando dispondría de algunos de los elementos que caracterizan a cada una de ellas; se trata de las lagunas de la ley cuya solución se encuentra en otras fuentes jurídicas a las que la propia ley remite para la solución del problema jurídico. Dispondríamos en consecuencia (si asumimos la propuesta mencionada anteriormente) de tres conceptos independientes que serían respectivamente los de lagunas de la ley en sentido estricto, lagunas de la ley cuya solución es habilitada por la propia disposición legislativa a través del correspondiente cauce de remisión y de lagunas del derecho.

En este sentido, se puede complicar la individualización de elementos propios de las lagunas jurídicas si no procedemos sin más a generalizarlos en el reconocimiento de una falta de regulación jurídica en el nivel que sea, que lógicamente será diferente en cada uno de los tres supuestos enumerados, y una consideración de la existencia de una situación que requerirá una respuesta por parte del derecho.

Es conveniente destacar que para que la expresión laguna jurídica pueda ser útil a los efectos que nos interesan es necesario que ésta sea comprendida en un sentido técnico preciso.

A este respecto, se puede destacar el acierto de Manuel Segura cuando indica que la expresión laguna jurídica no debe utilizarse en relación a los casos en que existiendo una norma o un conjunto de normas que regulan una cierta situación, éstas atribuyen, sin embargo, una buena dosis de discrecionalidad al juez encargado de su aplicación³⁰ ni en relación a los supuestos en que lejos de faltar una regulación jurídica encontramos una misma situación regulada por dos normas de un mismo

30 *Ibidem*, pág. 255.

sistema jurídico que resultan incompatibles en su solución³¹, ni tampoco finalmente en el caso de las denominadas lagunas axiológicas o ideológicas³².

4. LA CLASIFICACIÓN DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS

La referencia realizada en el epígrafe anterior a lo que se considera o no comúnmente laguna, nos sitúa directamente en el análisis de la clasificación de las lagunas jurídicas. La tipología de las mismas supone la aceptación por la mayoría de la doctrina clásica, que ya se encuentra en Enneccerus.

Una primera clasificación sería la que distingue entre lagunas jurídicas en sentido estricto y las denominadas lagunas axiológicas o ideológicas. En el primer caso nos encontraríamos ante una ausencia de regulación jurídica y un supuesto que requeriría de la misma, mientras que en el caso de las lagunas ideológicas dispondríamos de una regulación jurídica, aun cuando ésta no resultará satisfactoria por considerarse injusta, de ahí que a este último tipo de lagunas se les ha denominado también lagunas críticas.

31 En dicho supuesto no existiría una verdadera laguna por existir regulación aplicable, sería un supuesto de antinomia. *Ibidem*, pág. 256. Encontramos un análisis detallado de las relaciones entre el postulado de la plenitud y la coherencia del ordenamiento jurídico en N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., pág. 222, quien destaca que "El nexo entre coherencia e integridad radica en lo siguiente: la coherencia significa exclusión de toda situación en que dos normas que se contradicen pertenezcan al sistema; la integridad significa exclusión de toda situación en la cual no pertenece al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen. Entonces llamaremos incoherente a un sistema en el que existan tanto normas que no permitan un cierto comportamiento como aquellas que lo permiten; e incompleto a un sistema en el que no existen ni la norma que prohíbe un determinado comportamiento, ni la norma que lo permite. El nexo entre los dos problemas por lo general se ha pasado por alto, pero faltan en la mejor literatura jurídica señas de la necesidad de un estudio común".

32 M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit., pág. 256.

La ausencia de respuesta jurídica y el principio de la plenitud del Ordenamiento Jurídico

No obstante, parece razonable reconocer que las denominadas lagunas axiológicas, ideológicas o críticas no reúnen los elementos necesarios para que puedan identificarse como auténticas lagunas jurídicas³³.

En segundo lugar, habría que diferenciar entre las lagunas subjetivas y las lagunas objetivas. Las lagunas subjetivas obedecen básicamente al momento de elaboración legislativa en el que no se contemplaron los supuestos abarcables por la norma de una forma minuciosa, es el legislador el que pasa por alto la previsión necesariamente más completa.

Las denominadas lagunas objetivas son las que surgen fruto de la evolución necesaria de la realidad social que lleva en su dinámica la consiguiente aparición de supuestos nuevos no regulados por la legislación³⁴.

Otra clasificación no menos interesante que se suele realizar directamente conectada con la anterior es aquella que permite diferenciar entre voluntarias e involuntarias: las voluntarias son las que el legislador considera oportuno no prever por razón de la materia considerando que deberán ser los jueces los que deben regularla a la hora de su aplicación; siendo lagunas involuntarias las que dependen de razones atribuidas al legislador que omitió una concreta regulación³⁵.

La doctrina considera de gran interés la clasificación que distingue entre lagunas *praeter legem* que son las que se encuentran fuera de la legis-

33 A este respecto se puede consultar N. BOBBIO, *Teoría del derecho...*, cit., págs. 238-240, quien asegura entre otras cuestiones que este concepto de lagunas impropias o ideológicas se ha tomado de la posición iusnaturalista donde por su propia esencia no tendrían que existir las lagunas ideológicas. Coincidirá con Brunetti en el reconocimiento de que se trata de diferenciar dos planos en el asunto de las lagunas, el ordenamiento jurídico real con el ordenamiento jurídico ideal. A. G. CONTE, *Saggio sulla...*, cit., págs. 42 y 43; A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones...*, cit., pág. 145. M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit., págs. 256-257; R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Elementos para una teoría...*, cit., pág. 158.

34 N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., pág. 241; A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones...*, cit., pág. 146.

35 M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit., págs. 257-258.

lación que regula una materia, por ser esta legislación excesivamente restringida y no contemplar todos los supuestos que podrían haber sido por ello recogidos, sería deseable y hasta necesario crear una nueva norma. Se puede además reconocer las denominadas lagunas *inter legem*, que constituyen un supuesto que tiene lugar cuando en la legislación nos encontramos con disposiciones normativas de carácter muy general que por supuesto no descienden a una regulación detallada de cuestiones relevantes al mundo jurídico, que deberán ser integradas por el intérprete³⁶.

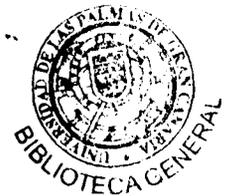
Se puede realizar otra distinción que supone atender al origen temporal de éstas, si se corresponden con el momento de la regulación legislativa serán primarias atendiendo así a un fallo del autor de la norma, o si las lagunas tienen un origen más tardío y se originan como consecuencia de la transformación de determinadas situaciones, pudiéndose calificar éstas de lagunas secundarias o sobrevenidas³⁷.

-
- 36 N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., págs. 241-242; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit., pág. 258; A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones...*, cit., pág. 147. R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Elementos para una teoría...*, cit., págs. 158-159.
- 37 F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho...*, cit., págs. 165-166, alude a una gran diversidad terminológica en las clasificaciones que se han realizado sobre las lagunas. F. DE CASTRO, *Derecho civil en España*, t. I, Madrid, 1955, pág. 533, nota 1. M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit., pág. 257.

4

TEMA

**LA PLENITUD DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO EN
EL PERÍODO PRECODIFICADOR**



1. MANIFESTACIONES MÁS DESTACADAS DE LA COMPLECIÓN DEL DERECHO

Se suele reconocer por la doctrina que existen manifestaciones del carácter de plenitud del ordenamiento jurídico ya en la etapa medieval, época en la que tras el redescubrimiento de una buena parte de la recopilación justiniana, a la que se van a incorporar preceptos del derecho canónico, los glosadores completarán añadiendo textos del derecho feudal con un fin marcadamente práctico que servirán para constituir la base del derecho común.

La elaboración que los glosadores realizaron supuso una vulgarización y consiguiente clarificación del sentido de sus preceptos consiguiéndose interesantes interpretaciones, labor que fue superada posteriormente por los postglosadores, quienes acercan este derecho más a la realidad social del momento al resaltar el derecho estatutario de los municipios italianos, y por los comentaristas, que configuran una dogmática jurídica como real, convirtiendo el derecho romano en derecho aplicable a su tiempo. El derecho justiniano quedó así relegado para pasar a adquirir importancia un derecho de juristas basado en la opinión de los doctores.

Esta perfección de los comentaristas aparecía como modelo a la hora de redactar las leyes mismas; en la medida en que este derecho se presentaba como derecho completo era muy fácil deducir que constituía un

orden jurídico que tendía a eliminar todo tipo de posibles conflictos como podrían representar la posibilidad misma de las lagunas jurídicas³⁸.

En los siglos XVI, XVII y XVIII, los juristas consideran que siempre pueden encontrar un texto, una glosa, o una interpretación sobre la que poder apoyar una decisión.

La elaboración que a partir de la escolástica, y en ocasiones entroncada en ella, se realiza es básicamente racional, supone la deducción de una serie de principios lógico-rationales que adquieren valor universal aplicables a la organización política y jurídica. La elaboración del derecho responde a un esquema prefigurado por la razón, es el derecho natural racional y su artífice, el legislador objetivo, el que debe colmar el ámbito de las diversas soluciones jurídicas; se logra de esta forma una plenitud característica muy próxima a la del período codificador, suponiendo un ideal típicamente liberal que se consigue plasmar en diversas cartas y constituciones de esta época³⁹.

Ya en las compilaciones privadas de las primeras décadas del siglo XVIII en Alemania se detectaba la pretensión tendente a que la compilación resultara idónea para colmar las lagunas jurídicas⁴⁰.

Si bien es cierto que los anteriormente mencionados se consideran antecedentes, parece existir una opinión generalmente admitida en el sentido de destacar que la codificación jurídica de finales del siglo XVIII constituye la causa inmediata real del postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico desde la perspectiva de los sistemas jurídicos continentales.

38 A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones...*, cit., pág. 141, R. SORIANO, *Compendio...*, cit., pág. 87; E. PATTARO, *La completezza...*, cit., pág. 145.

39 R. SORIANO, *Compendio...*, cit., págs. 87 y 88; E. PATTARO, *La completezza...*, pág. 145.

40 G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica*, Bologna, 1976, pág. 193.

5

TEMA

**LA INFLUENCIA DE CODIFICACIÓN SOBRE
EL POSTULADO DE LA PLENITUD DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO**

1. MOTIVOS Y CUESTIONES GENERALES

El derecho que de la Edad Media llega a los siglos XVIII y XIX, un derecho que, si bien es calificado de técnicamente perfecto, derivado de la mentalidad racionalista del iusnaturalismo moderno, se muestra heterogéneo y plural en sus fuentes, fruto de diversas y parciales compilaciones históricas, y a su vez de la división territorial y legislativa; no es de extrañar que reclame una necesaria ordenación y un culto por la ley como consecuencia de la autoridad del Estado.

Se persigue el objetivo de realizar una recopilación de todo el derecho existente guiado por la finalidad técnica de proporcionar seguridad y certeza jurídicas que permita reconocerlo como verdadero derecho aplicable a toda la población.

Ya en la codificación prusiana de fines del siglo XVIII se recogía bajo inspiración positivista un sistema de derecho basado en la creación legislativa y la vinculación del intérprete con la ley.

La recopilación que de todo el derecho existente se lleva a cabo en Francia también durante ese siglo servirá como modelo a las que sucesivamente se vienen plasmando en Europa. Tienen como base la necesidad de una revisión del derecho, y se recogerán en gran medida los principios del racionalismo iluminista de la limitación del poder judicial y de la división de poderes que permiten entender el derecho como un sistema completo, idea que se plasma en el artículo cuatro del Título

Preliminar, que supone un mandato que el legislador hace al juez para que decida siempre y en todo caso en base a la ley, deduciéndose de aquí que el derecho contiene respuestas para todos los supuestos que se presenten.

En cualquier caso, la elaboración de esta disposición legislativa responde a sucesivas modificaciones en los proyectos legislativos que en principio obedecían a una lógica distinta a la que finalmente apareció plasmada en el texto definitivo del Código Civil. Y es que el mandato preliminar que se establecía al juez en la antigua redacción de acudir a la ley natural en los casos de contradicción o de oscuridad de la ley positiva terminó degenerando en la prohibición de abstenerse de juzgar aun en los casos en que la ley resultase oscura o insuficiente para resolver la controversia jurídica de que se tratara. Así pues, partiendo del reconocimiento de la incapacidad del juez para encontrar en la ley positiva la solución adecuada a todos los problemas jurídicos, se llegó a la conclusión aparentemente contrapuesta, esto es, a la reivindicación de la ley positiva como lugar en el que pueden encontrarse, bien sea explícitamente expresados, bien sea explícitamente reconocidos, los principios y los mecanismos para superar toda hipotética laguna del derecho, permitiendo considerar a éste como fuente de solución de todas las cuestiones jurídicas⁴¹.

De esta manera, se afirma la definitiva estructura del artículo cuarto del Código Civil francés en el sentido de obligar al juez a decidir cual-

41 G. FASSÓ, *Historia de la filosofía del derecho*, volumen III, traducción al español de J. F. Lorca Navarrete, Madrid, 1985, págs. 22-24. Ch. PERELMAN, *Il problema delle lacune...*, cit., págs. 156 - 157. También, L. HUSSON, "Un débat révélateur: la discussion de l'article 4 du Code Napoléon", en AA.VV *Estudios en honor del Doctor Luis Recaséns Siches*, t. I, México, 1980, pág. 525 y ss.
I. ARA PINILLA, *Teoría del derecho*, Madrid, 1996, pág. 258. El "référé législatif" se recogió en el artículo 5º del Código Civil de 1804 al reconocer que los jueces se pronunciarán de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias.

quier controversia que se le presente sin poder alegar silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley positiva que terminó constituyendo la base real del postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico.

2. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

En efecto, hemos podido apreciar en el epígrafe anterior que el mandato que se dirige al juez, en el sentido de obligarle a dictar sentencia ante cualquier controversia que se le pueda presentar en el desarrollo de su función, constituye la base real del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico; hay que reconocer que éste también encuentra su expresión en los representantes de la denominada Escuela de la Exégesis, cuya configuración definitiva trae causa directa de la promulgación del Código de Napoleón. Se suele reconocer, bajo la denominación de la escuela de la exégesis al conjunto formado por una serie de autores franceses y belgas que, notoriamente condicionados por la promulgación y entrada en vigor en 1804 del Código Civil francés, desarrollan su actividad a lo largo del siglo XIX y de forma primordial entre los años 1825 y 1880⁴².

42 Véase al respecto A. J. ARNAUD, *Les juristas face à la société du XIX siècle à nos jours*, París, 1975, págs. 53 y ss.; C. ATIAS, *Epistemología jurídica*, París, 1985, págs. 47 y ss.; J. BONNECASE, *La escuela de la exégesis en el derecho civil*, traducción de J. M. Cájica, México, 1944; J. BONNECASE, *Introducción al estudio del derecho*, traducción de G. Guerrero, Bogotá, 1982, págs. 153 y ss.; F. GENY, "L'évolution contemporaine de la pensée juridique dan la doctrine française, en AA.VV. *Le droit privé au milieu du XX siècle*, tome I, París, 1950, págs. 3 y ss.; P. REMY, «Eloge de l'exégesis» en *Droits*, núm.1, 1985, págs. 123 y ss.; G. TARELLO, "La scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia" en AA.VV. *Scritti per il XI della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, págs. 240 y ss. reproducido en G. TARELLO, *Cultura Giuridica e política del diritto*, Bologna, 1988, págs. 69 y ss.; I. ARA PINILLA, *Teoría...*, cit., pág. 259.

En definitiva se trataba, de una serie de autores⁴³ cuyo método venía reflejado con frecuencia ya en los propios títulos de sus obras, que dejaban patente que la exposición que realizaban era conforme al Código Civil. Hay que tener en cuenta a la hora de valorar la relevancia histórica de esta escuela que, aunque no constituía en aquel tiempo una disciplina jurídica más, presentaba redimensionado en su influencia el derecho adaptado éste a las exigencias de una sociedad liberal burguesa y en su contenido, al no haberse producido todavía la segregación del mismo de disciplinas jurídicas ajustadas a las transformaciones experimentadas por el derecho en los años sucesivos que en la actualidad gozan de una total autonomía material y científica.

Por lo demás, más que explicar el derecho a través de conceptos generales, lo que hacían los epígonos de la escuela era describir directamente el texto de la ley, como evidencia la famosa expresión de Bugnet: “Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código de Napoleón”. De hecho, lo normal es que las obras siguieran el orden de materias que reflejan los títulos, e incluso en muchas ocasiones los mismos artículos del Código, consagrando de esta manera no sólo al Código, a la ley positiva, como único derecho auténtico, sino también al comentario del Código (liberado de cualquier inclinación conceptualista) como la forma legítima de explicación del único derecho auténtico. Con todo, se admitía no obstante

43 J. BONNECASE, *La escuela de la exégesis...*, cit., págs. 36 y ss. Bonnecase distingue tres fases diferentes de la historia de la escuela de la exégesis: una primera fase que va de 1804 a 1830 que supondrá la fundación de la escuela de la exégesis en la que podemos identificar las figuras de Claudio Stefano Delvincourt, Antonio Merlín, Juan Bautista Victorio Proudon, Jorge Antonio Chabot de L'Allier y Carlos María Toullier; una segunda fase que va de 1830 a 1880, que supondría la etapa de apogeo de la escuela, en la que encontramos las obras de Alejandro Duranton, Juan Carlos Florencio Demolombe, Raimundo Teodoro Troplong, Antonio Demante, Edmundo de Santerre, Victor Napoleón Marcadé, Francois Laurent, Carlos Aubry, Federico Carlos Rau, Juan José Bugnet, etc... y una tercera fase de decadencia que iría de 1880 a 1900 y agruparía a diferentes autores menores.

que los casos en que se detectaran contradicciones en el texto de la ley, el juez recurriera al análisis de los trabajos preparatorios de la ley para poder determinar la voluntad del legislador⁴⁴.

Esta idea anteriormente expuesta aparece plasmada en las obras de varios representantes de la Escuela de la Exégesis de forma expresa indicando al respecto que "... si el juez se encuentra en presencia de una ley ambigua o de leyes contradictorias, escapándose el pensamiento del legislador, tendrá motivos tan poderoso para abstenerse como para actuar y considerar esas leyes como no existentes, y por lo mismo, para rechazar la demanda⁴⁵".

A este respecto, podemos citar el siguiente texto de Demolombe: "Me parece que si en materia civil el autor invoca, en apoyo de su pretensión, una regla de derecho natural no sancionada por lo menos indirecta o implícitamente por la ley, el juez no debe concederle el beneficio de sus conclusiones. ¿Es esto decir que violará el artículo 4 y que se negará a juzgar?, no, sin duda, por el contrario juzgará que la demanda no es fundada. Notad bien, en efecto, que el texto parece no admitir el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley ... Pienso, sin embargo, que no se calumnia la ley, según las palabras de Proudhon, al acusarle de esas imperfecciones más o

44 A este respecto podemos mencionar lo expresado por I. ARA PINILLA, *Teoría...*, cit., pág. 47: "(...)esta sublimación de la letra de la ley sólo cedía en los casos puntuales en que se detectaba contradicciones en su texto para cuya solución se habilitaba también como único método adecuado el recurso al análisis de los trabajos preparatorios de la ley en busca de la determinación precisa de la voluntad del legislador, la cual, convenientemente traducida en el código constituía la regulación completa y perfecta de cualquier hipotético conflicto que debiera resolver el juez o analizar el teórico del derecho; se sacraliza de esta manera el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico en reconocimiento y aplicación del artículo 4 del Código de Napoleón que prohibía al juez abstenerse de dictar sentencia cuando no encontrara disposición directamente aplicable en el código".

45 J. BONNECASE, *La escuela de la exégesis...*, pág., 159.

menos inevitables; pero, en fin, de esto resulta que el juez no puede legalmente pretender que la ley no le dé los medios de resolver la causa que le es sometida⁴⁶”.

En esta línea, Valette ha indicado que “se ha legislado tanto, sobre todo desde hace setenta años, que sería muy asombroso encontrar un caso que permanezca por completo fuera de las prescripciones legislativas... El derecho positivo es el conjunto de reglas establecidas en cada sociedad por la autoridad pública y cuya observancia ella misma garantiza. Estas reglas son el verdadero objeto de la enseñanza del derecho, ... la equidad es algunas veces el sentimiento de un derecho cuya creación es deseada (derecho positivo del porvenir); a veces también es una especie de suplemento del derecho positivo actual aunque difícilmente se comprende cómo una legislación un poco avanzada podría olvidar ciertos deberes exteriores y positivos⁴⁷”.

De esta manera se puede decir que entre los rasgos característicos de la escuela de la exégesis⁴⁸ se observa que uno de los principales es la consagración del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico.

3. LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

Es conocido que en Inglaterra, contrariamente a lo que sucedió en Francia y en el resto de los países del sistema jurídico continental, no se produjo una codificación del derecho, ya que éste seguía siendo jurisprudencial⁴⁹.

Esta especial circunstancia comportó lógicamente una disposición diferente a la hora de plantear el carácter de la plenitud del ordenamiento jurídico.

46 C. H. DEMOLOMBE, *Cours de code de Napoléon*, T. I, Paris, 1845, pág. 134.

47 C.VALETTE, *Cours de code civil*, Paris, 1845, t. I, págs. 3-4, 34 y 35.

48 J. BONNECASE, *La escuela de la exégesis...*, cit., págs. 139 y ss.

49 Acerca de este tema se puede consultar I. ARA PINILLA, *Teoría...*, cit. págs. 48 y 49.

Se puede mencionar a los juristas Bentham y Austin como dos grandes críticos del modelo jurídico de su país.

En su obra *The limits of jurisprudence defined*, Bentham se ocupó de determinar el concepto del derecho, lo que el derecho es (o la teoría del derecho “expositiva”), y lo que debería ser (o un “arte de la legislación”); considerando que el concepto del derecho más que al ámbito científico se puede reconducir a la voluntad del soberano.

Mientras Bentham formula el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico, como uno de los caracteres específicos del derecho codificado, en su afán de trasladar al derecho anglosajón el movimiento codificador que se había extendido por el continente europeo⁵⁰, esta idea no está sin embargo presente en la obra de su discípulo John Austin, y, por el contrario, plantea un curioso sistema racional del derecho desprovisto de lo que habitualmente viene siendo considerado uno de los presupuestos fundamentales de cualquier racionalización jurídica⁵¹; y a quien se debe el estudio científico-analítico (o lógico-descriptivo) del derecho y la influencia que dicha corriente ha ejercido posteriormente.

4. LA ESCUELA HISTÓRICA

Se considera que la escuela histórica es la que mejor representa la idea evolutiva y cambiante del derecho, al considerar el fenómeno jurídico como un producto espontáneo necesariamente irracional más próximo a las características y sentimientos propios de un pueblo que a la voluntad de una autoridad. Hay que destacar que los integrantes de la denominada Escuela Histórica llegaron a determinar que la ley no podía constituir la expresión fidedigna del derecho, ya que su carácter estático contrasta con los sentimientos colectivos que integran la cultura de cada

50 J. BENTHAM, *The limits of jurisprudence defined*, New York, vol. 2, 1945, pág. 57.

51 J. AUSTIN, *Lectures on jurisprudence*, London, 1885.

pueblo. De ahí que la primera manifestación del derecho no puede ser otra que la costumbre. Ello no significa que se niegue todo valor al derecho legislativo que ciertamente proporciona seguridad y facilita el conocimiento mismo del derecho. Lo que sucede es que, bajo su consideración, esos mismos objetivos se pueden conseguir de forma mucho más adecuada a través del derecho científico, esto es, de la elaboración científica realizada sobre presupuestos históricos por los juristas.

De esta forma, y desde la consideración del derecho espontáneo o consuetudinario como la manifestación jurídica más simple, se contraponen el derecho científico como derecho propio de las sociedades jurídicamente desarrolladas al derecho legislativo propio de sociedades en las que no llega a apreciar con nitidez el carácter dinámico del derecho⁵².

En cierto sentido, la especificación jurídica que realizó Savigny, distinguiendo el derecho legislado, el derecho científico y el derecho popular, y la propuesta de elaboración doctrinal del derecho a modo de cuerpo orgánico y progresivo, permite ciertamente entender el ordenamiento jurídico como una totalidad sistemática, en el sentido de considerar que reúne todos los requisitos y mecanismos necesarios para colmar las lagunas jurídicas.

52 F. C. SAVIGNY, "Los fundamentos de la ciencia jurídica" en F. C. SAVIGNY, *Textos clásicos*, México, 1981, págs. 21 y ss. También puede encontrarse este texto en F. C. SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, traducción de Messía y Poley, Madrid, 1878. Véase también F. C. SAVIGNY, "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia", traducción de J. Díaz García, en A. F. J. THIBAUT y F. C. SAVIGNY, *La codificación*, traducción al español de J. Díaz García, Madrid, 1970, págs. 54 y ss. Además en I. ARA PINILLA, *Teoría...*, cit., págs. 51 y 52.

6

TEMA

**LA REELABORACIÓN DEL CARÁCTER DE
LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO**

1. RAZONES. LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

El carácter de la plenitud del ordenamiento jurídico adquiere una dimensión especial con la denominada jurisprudencia de conceptos.

Esta situación es planteada de forma adecuada por el jurista y filósofo Guido Fassó cuando se expresa en los siguientes términos: “Como se ve aunque la jurisprudencia de los conceptos interesa más a la historia de la ciencia jurídica que a la de la filosofía del derecho, ofrece también para ésta una gran importancia, si bien a la historia de la filosofía del derecho le interesa ante todo el fenómeno en su conjunto, es decir, la afirmación del método formalista y de la dogmática, lo que llevó a concebir el derecho como una realidad definida conceptualmente, a comprender y a explicar en sí misma indagando el fundamento de las normas, de las relaciones y de las instituciones jurídicas en formulaciones conceptuales constitutivas de un organismo lógico autónomo y autosuficiente. De ahí que una de las tesis más características del positivismo jurídico, que ya encontramos en una de las manifestaciones del mismo en la Escuela de la Exégesis, fue la plenitud del ordenamiento jurídico, es decir, la imposibilidad de la existencia de lagunas ya que el ordenamiento jurídico se autointegra...⁵³”.

53 G. FASSÓ, *Historia de la filosofía...*, cit., págs. 156-157.

Se explica así que sea en el ámbito del formalismo jurídico donde se haya producido el surgimiento de las dos principales doctrinas negadoras de la existencia de lagunas jurídicas que son respectivamente las que representan la denominada teoría del espacio jurídico vacío y la teoría de la norma general exclusiva.

2. LA TEORÍA DEL ESPACIO JURÍDICO VACÍO

Esta teoría plantea la realidad social en los términos de existencia de dos ámbitos: uno de ellos relevante al derecho y regulado por él, donde no existe nada que no regulen las normas jurídicas, será éste un espacio jurídico de plenitud absoluta. Otro ámbito carente de regulación jurídica en la medida en que resulta indiferente al derecho, donde no cabría en absoluto hablar de laguna jurídica, sino sólo de irrelevante jurídicamente⁵⁴.

Esta tesis que fue defendida también por Santi Romano⁵⁵ encontró su mejor expresión en la obra de Karl Bergbohm.

Y es que la insuficiencia cuantitativa o posibles lagunas del derecho positivo⁵⁶, se solventaban gracias a la fuerza expansiva del mismo⁵⁷. Esta idea fue desarrollada por Bergbohm, en cuya obra encontramos las siguientes manifestaciones: "El derecho es algo distinto a la actitud globalizadora. El derecho está en cualquier caso lleno, pero es su inherente fuerza expansi-

54 A este respecto N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., págs. 229 y ss. donde además expresa que "para sostener la tesis del espacio jurídico vacío es necesario excluir el permiso de las modalidades jurídicas, puesto que lo que es permitido coincidiría con lo que es jurídicamente indiferente..."; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit., págs. 246 y ss.; A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones...*, cit., pág. 142. R. SORIANO, *Compendio...*, cit., págs. 92 y 93; E. PATTARO, *La completezza...*, cit., págs. 146 y ss.

55 S. ROMANO, "Observazioni sulla completezza dell'ordinamento statale", en S. Romano, *Scritti minori*, vol. 1, Milano, 1950.

56 K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Recht-philosophie*, Leipzig, 1892.

57 *Ibidem*, págs. 380 y ss.

va la que le proporciona en cualquier momento su capacidad de crear. Ésta no es una ficción absurda sino un auténtico hecho jurídico⁵⁸”.

3. LA TEORÍA DE LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA

Este título denomina una concepción o actitud sobre la plenitud del ordenamiento jurídico que entiende que éste no tiene límites y que, por el contrario, despliega su ámbito de regulación a todas las conductas humanas sociales, ya sea regulándolas de forma positiva, ordenando, de forma negativa prohibiendo, sancionando o permitiendo; se puede decir que al lado de las normas particulares se encuentra una norma general exclusiva que establece límites al alcance de las reglas particulares excluyendo todas las conductas no recogidas en las mismas. De este modo podríamos hablar de plenitud del ordenamiento jurídico en la medida en que todos los comportamientos estarían previstos o por las normas jurídicas particulares o por la norma general exclusiva⁵⁹.

Un típico representante de esta teoría es Zitelmann, quien defendió que del ordenamiento jurídico se extraen respuestas para resolver cual-

58 *Ibidem*, pág. 384.

59 Se puede encontrar el desarrollo de esta teoría en Bobbio quien explica su aparición como planteamiento crítico frente a la escuela de derecho libre. N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., págs. 233 y ss., “... o sea, por la regla que excluye (por eso es exclusiva) todos los comportamientos (por esto es general) que no entran en lo previsto por las normas particulares (...) frente a una laguna aplicamos la norma general exclusiva, el caso no regulado se resuelve de modo opuesto al regulado; si aplicamos la norma general inclusiva el caso no regulado se resolverá de modo idéntico al regulado...”, “esta formulación requeriría nuevas precisiones por ejemplo, determinar si el caso no regulado es similar al que demanda regulación, por lo que no elimina todos los vacíos normativos. M. SEGURA ORTEGA, *Teoría...*, cit., págs. 248 y ss.; A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones...*, cit., pág. 143; R. SORIANO, *Compendio de teoría...*, cit., pág. 93; E. PATTARO, *La completezza...*, cit., págs. 147 y ss.; M. JORI y A. PINTORE, *Manuale di teoria...*, cit., págs. 185 y ss.

quier vacío normativo, ya que en realidad la ley no contiene lagunas (no es defecto de la ley) sino que se habla de lagunas por desconocimiento del derecho (por parte del juez), en este sentido, manifestó que “aunque no se diga, pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que *“son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario”*; sin embargo, ello está implícito en el orden jurídico, y con arreglo a esta explicación no hay que temer una mala interpretación si se afirma que en el fondo de todas las reglas de Derecho especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especiales aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir⁶⁰”.

También ha sostenido esta tesis Donato Donati al indicar que “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 dirigidas a establecer, para los casos particulares considerados, determinadas delimitaciones, y una norma general dirigida a excluir limitaciones 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 de ésta se derivará para el

60 E. ZITELMANN, fue el primer jurista que se refirió a esta teoría en la obra “Las lagunas del derecho”, traducción al español de C. G. Posada, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1922, págs. 122 y ss., y en concreto el texto es de págs. 554 y 555.

caso una norma particular o bien no existe y entonces caerá bajo la norma general indicada⁶¹”.

Por su parte, Hans Kelsen sostiene una tesis semejante al calificar la idea de las lagunas como una ficción creada por los juristas⁶² cuyo propósito es atribuir soluciones jurídicas adecuadas para aquellos casos en que “... la aplicación de los preceptos generales creados legislativamente pueda tener un resultado inconveniente⁶³”.

Hans Kelsen resuelve así el problema de las lagunas jurídicas señalando que “si se distinguen en este sentido una regulación positiva y una negativa del comportamiento humano por parte del ordenamiento jurídico, todo comportamiento humano está regulado jurídicamente, ya sea positiva o negativamente. En este sentido, se puede hablar entonces de una plenitud del ordenamiento jurídico. No se puede hablar así de lagunas en el derecho si con ello se quiere decir que un determinado comportamiento humano no está regulado jurídicamente y por tanto no se le puede aplicar el derecho vigente. Ello no sucede nunca porque el derecho vigente puede ser aplicado en todos los casos en que una persona está llamada a responder jurídicamente de un comportamiento realizado, esto es, cuando se debe decidir si este comportamiento representa un ilícito porque basándose en el derecho vigente se debe reaccionar a este comportamiento con una sanción establecida por el derecho vigente⁶⁴”.

61 D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, págs. 36 y 37. También, “Lacune della legge”, *Nuevo Digesto Italiano*, 1929.

62 H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit. pág. 174: “la autorización anteriormente mencionada que se concede a los tribunales para decretar una sanción no establecida por una norma general ya existente suele otorgárseles de manera indirecta, a través de una ficción. Se trata de la ficción de que el ordenamiento jurídico tiene una laguna lo cual significa que el derecho en vigor no se puede aplicar a un caso concreto porque no hay ninguna norma general que se refiera al propio caso”.

63 *Ibidem*, pág. 176.

64 H. KELSEN, *Teoría generale delle norme*, traducción al italiano de M. Torre, Milano, 1985, págs. 204-205. También en la *Reine Rechtslehre*, 1960; de esta 2ª ed. existe traducción de R. J. Vernengo, *La teoría pura del derecho*, México, 1979.

Se trata de destacar en la teoría de Kelsen que incluso los comportamientos libres lo son precisamente en la medida en que el propio ordenamiento jurídico establece esa esfera de libertad de manera explícita o implícita. Así lo encontramos en un texto suyo donde se expresa en los siguientes términos: “un comportamiento que no es objeto de una norma jurídica, esto es, que no está prescrito ni prohibido es libre. Cuando una persona es libre de observar un comportamiento que no es objeto de una norma porque no está prescrito ni prohibido jurídicamente, entonces es jurídicamente libre para comportarse de ese modo; es libre sólo dentro de los límites trazados por las normas jurídicas, las cuales ordenan, prescriben, permiten positivamente un determinado comportamiento o autorizan un determinado comportamiento, regulándolo así positivamente⁶⁵”.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 204.

7

TEMA

LA CRISIS DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

La rápida evolución que experimentó la sociedad a lo largo del siglo XIX condujo al cuestionamiento de las grandes elaboraciones formalistas del derecho que parecían dar por sentada la perdurabilidad jurídica como una de sus características fundamentales; pronto se vio que estas construcciones de categorías abstractas eran incapaces de reflejar el sentido preciso del fenómeno jurídico.

En este aspecto, resulta emblemático el tránsito experimentado por Rudolf von Ihering de la jurisprudencia de los conceptos fundamentalmente expresada en su obra *El Espíritu del Derecho Romano*, hasta la denominada jurisprudencia de los intereses, etapa a la pertenecen diversas de sus obras⁶⁶; en la que desarrolla especialmente la idea de los “fines” en cuanto “satisfacción de las necesidades immanentes a la vida misma de la sociedad...” y valores, la justicia, la moralidad, etc.

La misma dinámica social hace que el derecho sea incompleto y requiera una labor constante de integración del mismo.

66 Las más representativas son, R.V. IHERING, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, 1946. Del mismo autor *Bromas y veras en la jurisprudencia*, traducción al español de T. A. BANZHAF. Buenos Aires, 1974. También del ilustre jurista y como una de sus obras más conocidas podemos mencionar *La lucha por el derecho*, traducción al español de A. POSADA, Madrid, 1921.

Dentro del movimiento de la jurisprudencia de intereses se puede ubicar la obra de Philip Heck, quien considera que “la jurisprudencia de conceptos limita al juez a la subsunción lógica de la situación de hechos bajo los conceptos jurídicos y conforme a ello concibe el ordenamiento jurídico como un sistema cerrado de conceptos jurídicos⁶⁷; añadiendo que “la jurisprudencia de intereses aspira a un primado de la investigación y valoración de la vida⁶⁸”. Este jurista a través de dicha escuela entendió que pueden determinarse con exactitud histórica los intereses que son considerados factores causales del derecho.

Algunas obras de Heck: *El problema de la producción del derecho* (1912) y *La jurisprudencia de los intereses* (1932), constituyen una de las críticas más destacadas al principio de plenitud del ordenamiento jurídico.

Según dicho jurista las lagunas existen y atribuye al juez como garante legal la misión de complementar el derecho. De esta manera, describe la función de los juristas como sumamente relevante al considerarlos creadores y transformadores del derecho.

2. EL MOVIMIENTO DE DERECHO LIBRE

El movimiento de derecho libre constituye una de las más vivas representaciones del antiformalismo jurídico, influenciado probablemente por la obra de Géný, que constituye una crítica del legalismo, encontró sus mejores exponentes en las obras de Hermann Kantorowicz y de Eugen Ehrlich.

67 P. HECK, *Begriffsbildung und interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, pág. 2.

68 *Ibidem*, pág. 2; donde se dice que “Las leyes son las resultantes de los intereses de orientación material, nacional, religiosos, y éticos que se contraponen unos a otros y luchan por su reconocimiento. El legislador deberá limitar unos de otros, los intereses vitales que luchan entre sí”.

Kantorowicz⁶⁹ rechaza el dogma legalista al considerar que el derecho es mucho más que la ley, que además del derecho estatal y en oposición a él existe un “derecho libre” que ejerce mayor influencia sobre la sociedad y por lo tanto debe ser considerado prioritario respecto a aquél. Defiende la existencia de vacíos normativos que corresponde al intérprete cumplimentar.

Guido Fassó expresa certeramente la crítica que este movimiento doctrinal realizó al dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico desde el rechazo del dogma legalista, en los siguientes términos: “El primero de estos principios es el rechazo del dogma legalista de las escuelas llamadas clásicas del siglo XIX, para las cuales el derecho era solamente la norma constituida por la ley o extraída mediante procedimientos puramente lógico-formales del sistema de las leyes, y no era, por ello, posible que el intérprete recurriera a argumentos extralegales. Del rechazo del dogma legalista se deriva pues necesariamente el rechazo de lo que dicho dogma implicaba por sí mismo, y, por tanto, y sobre todo, el de otro principio esencial del positivismo jurídico: la plenitud del ordenamiento positivo. En efecto, el movimiento del derecho libre, aunque no sostenga que el juez pueda juzgar también en oposición con la ley, o que el derecho legislativo tenga que ser suplantado por el derecho jurisprudencial, tiene como idea central que en cualquier ordenamiento legislativo, aun cuando se declare completo, existe un espacio vacío que incumbe al intérprete llenar, lo que quiere decir que contrariamente a cuanto había sostenido el positivismo jurídico, las lagunas del derecho existen, y no pueden dejar de existir⁷⁰”.

69 H. KANTOROWICZ, *La definición del derecho*, traducción de J. M. de la Vega, Madrid, 1964. La obra que del citado autor se considera como el manifiesto de dicha escuela es *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906; “La lucha por la ciencia del Derecho”, hay ed. en español en el volumen *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949.

70 G. FASSÓ, *Historia de la Filosofía...*, cit., pág. 168.

Un autor que muestra rechazo por el formalismo jurídico y el planteamiento que este movimiento implica en cuanto a la consideración del derecho como un todo completo es el jurista austriaco Eugen Ehrlich, quien se dedicó a analizar monográficamente el tema de las lagunas jurídicas. Llevó a cabo una decidida crítica por la admisión del derecho positivo como única elaboración normativa necesaria para solucionar todas las cuestiones que se puedan prever.

Este jurista consideró la función aplicadora que del derecho realizan los órganos judiciales como actividad creadora de normas jurídicas más cercana a la del legislador que a la clásicamente entendida actividad imparcial de juzgar los litigios que se puedan plantear siguiendo el principio de la división de poderes. La creación normativa que efectúa el poder judicial es de gran importancia, no siempre suficientemente valorada según Ehrlich, en la que se puede descubrir una marcada connotación ideológica que responde a la defensa de determinados intereses, y así se deduce al hablar del concepto elástico de interpretación de las normas positivas. Considerando como presupuesto la generalidad de la ley, realizará en sus obras más destacadas *Sobre las lagunas del derecho* (1967) y *Fundamentos de la sociología del derecho* (1913), una crítica al principio de plenitud del ordenamiento jurídico reconociendo gran importancia al derecho basado en la costumbre ante la existencia de lagunas, y apelando a la variada jurisprudencia de la época que se encuentra conectada con una determinada perspectiva de la realidad social⁷¹.

Ehrlich muestra una destacada inclinación por el derecho consuetudinario, por constituir una manifestación más dinámica que la ley, pero

71 E. EHRLICH, "Über Lücken im rechte", en *Juristische Blätter*, 1888, reimpresión en *Rechts und Leben*, Berlín, 1967, págs. 80 a 155. Según la referencia del autor: "... En muchas ocasiones el juez sólo aparentemente se refiere a normas jurídico-positivas, mientras en realidad incluye en el proceso de decisión normas de carácter diferente. Los instrumentos técnicos de los que se sirve el juez más frecuentemente para enmarcar este recurso a normas no positivas son además de las construcciones jurídicas el principio de la buena fe, el concepto de naturaleza de la cosa, la analogía, la equidad, la razón, el interés, la razón subjetiva, la convicción legal".

aun así deberá observar los requisitos por ésta establecidos. Donde se puede demostrar realmente su presencia es en el proceso de decisión judicial, ya que al resultar incompleta se acudirá a la costumbre y a otra serie de elementos como al principio de la buena fe. Expresión ésta poco concreta, pudiéndose decir que actúa como instrumento que permite adecuar la ley a las circunstancias concretas de la sociedad, por considerar que el derecho vigente se encuentra ciertamente alejado de la vida real. Además de estos elementos en la práctica judicial se entiende como fuente del derecho la denominada naturaleza de las cosas, que a pesar de la imprecisión resulta un elemento válido y muy útil, siendo equivalente a las denominadas por el autor condiciones de vida que, lejos de aludir a situaciones homogéneas, implican dinamismo y evolución.

Analiza además la denominada construcción jurídica por la importante función que desempeña en el ámbito de la ciencia jurídica, al servir de inspiración de disposiciones de carácter no positivo que regulan efectivamente la vida social. Actúa como un fundamento y un límite a su vez al servir de instrumento de completud del ordenamiento jurídico, y supone una tendencia hacia el reconocimiento jurídico de las relaciones sociales que complementarán la decisión judicial.

3. LA ESCUELA CIENTÍFICA

Planteamiento metodológico novedoso que se basó en el denominado estudio científico es el realizado por Geny, autor que formuló su teoría y método jurídico en el declive de la Escuela de la Exégesis, sobre la que efectuó una decidida crítica por la excesiva sacralización del texto legal y el estudio analítico del código, procedimientos éstos típicos de los exégetas⁷².

72 En relación a esto podemos remitirnos a I. ARA PINILLA, "La función de la libre recherche scientifique en la interpretación del derecho," en *Homenaje al profesor Antonio Fernández Galiano*. Facultad de Derecho UNED. Madrid, 1995, págs. 83 a 100.

Es de esta forma que, desde la consideración que realizaron los juristas de este período por excelencia codificador al centrarse en la interpretación de las numerosas fórmulas legales, pusieron en relieve la intención legisladora, objetivo al que dedicaron buena parte de sus esfuerzos, lo que sirvió como punto de referencia a dicho autor para plantear su crítica a este denominado método tradicional⁷³.

Método tradicional que en la interpretación legislativa se resuelve por medio de los criterios gramatical o literal y lógico apoyándose en la búsqueda de la voluntad de su autor, frente a éste, el modelo que propuso Geny trata de "... excluir todo procedimiento forzado de investigación que persiga a todo trance la voluntad del legislador..."⁷⁴.

Desde su planteamiento, las consecuencias derivadas del postulado de la plenitud legislativa que ya tomaron cuerpo a partir de las corrientes racionalistas de fines del siglo XVIII defendiendo la perfecta elaboración de un sistema legislativo del que se podrían extraer las soluciones que se requieran, implica una excesiva sobrevaloración del texto legal codificado. Las consecuencias son en buena medida negativas según argumenta el propio autor: "... y mediante el mecanismo de un brutal análisis de los textos, y de razonamientos categóricos apoyados en ellos, llégase a veces a resultados extraños verdaderamente al sano instinto jurídico, cuando no desconciertan al sentido común más elemental"⁷⁵.

Decidido a poner en evidencia el error de considerar la legislación como única y suficiente fuente reveladora de derecho y de otorgar al legislador el carácter de único artífice de esta elaboración reconoció que, como toda obra humana la ley tiene una serie de limitaciones esenciales dentro de ella.

73 F. GENY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925, págs. 66 y 68. Consideró que el dogma de la plenitud se debía a la exaltación de la codificación y al fetichismo de la ley escrita en definitiva, en pág. 70.

74 *Ibidem*, pág. 69.

75 *Ibidem*, pág. 248.

Por el carácter insuficiente que manifiesta la ley respecto a la realidad social y su casuismo dicho autor, admitió de forma implícita que la plenitud es una ficción y que las lagunas existen: "... sobre todo en las bastas codificaciones que encierran infinidad de soluciones, todas las cuales no han podido madurar el pensamiento de los legisladores ni aclararlos en todos sus detalles. Y aún en nuestras leyes recientes, las que se dirigen a un limitado asunto, los defectos y dificultades que presenta el régimen puro parlamentario, dan a veces por resultado el que por temor a las dificultades que presenta un acuerdo perfecto entre los órganos legislativos, y por no retardar demasiado o dejar de acometer una reforma, deliberadamente se renuncia a esclarecer ciertos extremos delicados (que a veces se declara remitir a la jurisprudencia); de modo que la fórmula dada no revela en realidad coherencia perfecta de voluntad⁷⁶".

Sobre la base de la constatación de esta carencia legal propondrá como instrumentos útiles para completar lagunas la necesidad de acudir a la "interpretación legislativa permanente" y a otros medios "... tal como la costumbre, o bien cuando menos la intervención de la libre investigación científica, dirigida a la elaboración del sistema jurídico, capaz de dar satisfacción a todas las necesidades de la vida social⁷⁷".

Y es que la búsqueda de una solución justa permite en el campo de la interpretación y aplicación del derecho la posibilidad de buscar respuesta cuando no se encuentra en el texto de la ley, en la técnica que Geny denominó libre investigación científica, procedimiento éste que en palabras del autor "... se encuentra en muchas otras cuestiones jurídicas, y dentro de un prudente método y en provecho grande a la investigación científica, podría ampliarse a toda la esfera del derecho privado positivo⁷⁸".

Se llega de esta forma a un planteamiento que reclame una necesaria solución, la más adecuada por parte del intérprete legislativo y que sino

76 *Ibidem*, pág. 294.

77 *Ibidem*, págs. 111 y 294.

78 *Ibidem*, pág. 295.

se encuentra en las fuentes formales se enfoca hacia elementos objetivos que la ciencia puede revelar. Se puede, según este autor, calificar la actividad del juez intérprete efectivo de la ley como importante en cuanto que contribuye al desarrollo y creación del derecho⁷⁹.

Es también, considerada relevante la actividad interpretativa desempeñada por la doctrina, por realizar una función crítica que adecua las disposiciones legislativas a la rica variedad de circunstancias sociales. Así refiriéndose a ésta expuso lo siguiente: "... no es otro que el de preparar de la manera más adecuada al objeto la disposición práctica o judicial del derecho positivo. La posición del juez determina necesariamente la suya, ... el objetivo de sus esfuerzos continúa siendo esencialmente el mismo: procurar la adaptación de las reglas latentes del derecho a todos los hechos de la vida social⁸⁰".

Geny se ocupó de describir la esencia del método de la libre investigación científica que de forma subsidiaria a otras fuentes, estudiando los

79 *Ibidem*, págs. 522 a 524. Debido a que su actividad requiere un adecuado examen de sus antecedentes y de su contenido por estar muy conectada con la actividad del legislador, y debe actuar supliendo esta, así lo expresó Geny en los términos siguientes: "A priori, la investigación encomendada al juez en el terreno del derecho a descubrir, nos parece muy análogo al que incumbe al legislador mismo. Salvo esta circunstancia... que aquella interviene con ocasión de una situación de hecho concreto y para adaptar el derecho a esa situación, las consideraciones que deben guiarla son, desde luego, el principio superior que debe atenderse exactamente de la misma naturaleza que las que dominan la acción legislativa misma, toda vez que se trata de una y otra parte de satisfacer del mejor modo, por regla apropiada, la justicia y la utilidad social. Además, ante el silencio y la insuficiencia de las fuentes formales, yo no vacilaré en indicar, como línea general de dirección para el juez, ésta : que debe formar su decisión de derecho en vista de las razones que tendría presente el legislador si se propusiera regular la cuestión". A pesar de esto, opina dicho autor que la actuación judicial es diversa de la legislativa, calificando a aquélla de libre al "... no someterse a la auto-ridad positiva..."

80 *Ibidem*, pág. 525.

elementos objetivos que determinarán la solución exigida por el derecho positivo en concordancia con el sentir social⁸¹.

Añadió además dicho representante un elemento destacado a la organización jurídica que sirve de criterio de valoración jurídica tal es el fin que tiene como guía la voluntad humana y que ya fue adelantado por Ihering. A estos efectos indicó que: “Será suficiente, desde luego, buscar en cada caso particular el fin propuesto, para deducir de él mismo la regla para la solución⁸²”. En la misma línea expuso que “... la organización jurídica debe tender a realizar en la vida de la humanidad un ideal de justicia, de una parte; de otra parte, un ideal de utilidad: entendiendo por ésta lo que la opinión común considera el bien del mayor número⁸³”.

En este esfuerzo por elaborar un derecho que diera respuesta a todo el entramado de relaciones sociales, se sirvió de elementos, también con-

81 *Ibidem*, págs. 527 a 549. En este fragmento se refiere a la importancia de la opinión pública, apreciación que representa un “... sentimiento general... de los interesados, podrá legítimamente sugerir al intérprete soluciones jurídicas donde encuentre dificultad”. “El intérprete está obligado a acoger las concepciones positivamente consagradas por la ley y a deducir como de toda voluntad legal y según el alcance de ésta, todas las consecuencias que ellas contienen”. El camino del descubrimiento de la interpretación más adecuada y justa encontrará argumentos suficientes en un principio que actuará como fuente del derecho positivo que es la naturaleza de la cosa, consideración ésta que permitirá centrar la solución en bases más sólidas y objetivas del derecho: “... el intérprete tiene necesidad de descubrir principios seguros, que sólo puede darle el atento examen de la naturaleza de las cosas”. Y que si es bien cierto es una noción ambigua y criticada por los juristas del siglo XVIII, “considerada como fuente del derecho positivo, descansa sobre este postulado : que las relaciones de la vida social o más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica (a lo menos posible), llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubre por decirlo así, ellas mismas la norma que deben regirlas”. Siendo esta noción la que sirve de apoyo a la interpretación sobre la base de “ la libre investigación científica : fuera y sobre la naturaleza de las cosas positivas, formada de elementos materiales móviles, existe una especie de naturaleza superior de las cosas, constituida por principios racionales y por entidades morales inmutables”.

82 *Ibidem*, pág. 537.

83 *Ibidem*, págs. 537 y 538.

siderados fundamentales como la justicia y la utilidad, cuyos contenidos se irán especificando⁸⁴.

También aludió a otros elementos que el juez puede utilizar para completar los vacíos legislativos como por ejemplo, el criterio de la equidad entendida ya como un instinto del derecho, o de acuerdo a la consideración de las circunstancias individuales siempre que suponga una resolución más justa⁸⁵.

4. EL ARTÍCULO 1 DEL CODIGO CIVIL SUIZO

La necesidad de complementar el ordenamiento jurídico ante la existencia constatada de lagunas, idea que reconocieron dos grandes juristas Eugen Ehrlich y Francisco Geny tuvo una plasmación efectiva en un texto legal que ha tenido una enorme resonancia en el tema que nos ocupa, tal es el artículo primero del Código Civil suizo en el que se atribuye la

84 *Ibidem*, págs. 538, 539 y 556. Pudiéndose deducir que en el ámbito de la investigación la justicia se entiende en una doble perspectiva, la primera se descubre en nuestra misma naturaleza y en su segundo aspecto se nos desvela al “dirigirse a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren ... teniendo su firme base en los que podemos llamar la naturaleza de las cosas positivas, representadas por el conjunto de las condiciones que forman como la atmósfera de la vida jurídica exterior”. Es labor fundamental de la jurisprudencia en su tarea de completar lagunas, descubrir el bien por la realización de la justicia aunque sea ésta más que nada una orientación que por ser susceptible de gradación se difumina en la medida que nos acercamos a la práctica y que sólo “la consideración de los hechos y la naturaleza de las cosas positivas podrá solamente precisar”. Pudiéndose decir que estos principios de justicia “... conservan en medio de las variedades y de las contingencias de su actividad, un carácter universal e inmutable”, “... lo cual no nos impide reconocer que la acción de los principios ... cuyos últimos resultados se traducirán necesariamente en puntos de vista subjetivos, que penetren, sin embargo, por sus más profundas raíces en estas entidades objetivas que constituyen todo su poder”.

85 *Ibidem*, págs. 557 a 562.

potestad de completar la ley al juez aplicador del derecho actuando subsidiariamente respecto del legislador.

Artículo que en su tenor literal expresa que: “la ley rige todas las materias a las que se refiere el texto o el espíritu de algunas de sus disposiciones. En defecto de una disposición legal, el juez resuelve según el derecho consuetudinario, y, en defecto de costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que actuar de legislador, inspirándose en la doctrina y la jurisprudencia”.

8

TEMA

MÉTODOS DE SUPERACIÓN DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS

1. AUTOINTEGRACIÓN Y HETEROINTEGRACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Los modos más corrientes de resolución de lagunas jurídicas son la autointegración y la heterointegración⁸⁶.

La heterointegración implica una búsqueda de soluciones apropiadas al supuesto que se pretende regular fuera del propio sistema (entendiendo el término sistema desde un determinado presupuesto). Se suele acudir a normas de diversa procedencia, bien a la equidad, la justicia, el derecho natural, a otros ordenamientos, etc.

Si se distingue como exponen Antonio Fernández y Benito de Castro, una heterointegración propiamente dicha de otra impropia, supondría esta última acudir a un sector del ordenamiento jurídico de que se trate, bien sea a decisiones jurisprudenciales, a la doctrina jurídica, o al derecho con-

86 La distinción entre heterointegración y autointegración se encuentra en F. CARNELUTTI, *Teoría generale del Diritto*, 1940, la versión española es de C. G. Posada, Madrid, 1941. M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*. Barcelona, 1990; N. BOBBIO, *Teoría general...*, cit., págs. 242 a 244; J. DE LUCAS, *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia 1997. págs. 162-164; A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones ...*, cit., págs. 147-149. M. SEGURA ORTEGA, *Teoría ...*, cit., págs. 260-262; R. SORIANO, *Compendio...*, cit., pág. 198.

suetudinario⁸⁷; de esta forma se completa el ordenamiento jurídico entendiéndose éste no desde su unidad total sino desde un planteamiento más amplio que contempla las relaciones de los diversos sectores disciplinares entre sí.

Merece ser destacada la función que en muchos casos realiza la equidad en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho ya que se considera que aquella modela en algunos planteamientos la rigidez del derecho. No es algo diferente de la justicia, es una particularización de la misma, es un principio que orienta la aplicación jurídica haciendo que ésta sea más flexible. Es la función metódico-hermenéutica la más conocida de este concepto jurídico.

Si consideramos los mecanismos que desde el mismo sistema jurídico aportan soluciones por medio básicamente de la analogía y de los principios generales del derecho estaremos en el procedimiento denominado de la autointegración jurídica.

2. LOS ELEMENTOS DE LA AUTOINTEGRACIÓN JURÍDICA

2.1. La analogía. Origen, terminología, sentidos de la expresión; relación con la interpretación extensiva

Uno de los procedimientos obligados del razonamiento jurídico en su función de interpretar y aplicar el Derecho es la analogía. Constituye

87 A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO CID, *Lecciones...*, cit., págs. 147-148. También en DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, 9ª ed. 1998; la heterointegración se refiere también a la posibilidad de remisión de un sector disciplinar a otro, por ej. del Cód. Civil al Cód. de Comercio..., etc. En los estudios que Emilio Betti ha realizado sobre la interpretación ha defendido con argumentos débiles que el acudir a los principios generales y a la equidad para cumplimentar vacíos normativos constituye un mecanismo de heterointegración jurídica.

un mecanismo de auto-integración de lagunas que se contempla dentro del capítulo II, sobre la aplicación, concretamente en el artículo 4.1 de nuestro Código Civil es la analogía que supone la aplicación de soluciones dadas por parte de normas que regulan un supuesto concreto a otro sin solventar, es decir nuevo, siempre que entre ambos se aprecie identidad de razón. El supuesto por regular implica la creación de una nueva norma reducida para él⁸⁸.

El término analogía tiene distintos significados, hecho que se reconoce fácilmente si se realiza un estudio de su origen y de los empleos de los que ha sido objeto; aludiendo a los autores clásicos en los que se encuentran referencias podemos enumerar a Platón, Aristóteles, quien la consideraba una “igualdad de proporción”, Santo Tomás, autor que para explicarla distinguió entre analogía de atribución y analogía de proporcionalidad, Suárez, J. S. Mill, Savigny y Ihering, quienes de alguna forma utilizaron la analogía entre el derecho y el lenguaje, Kaufmann y otros.

Se puede considerar que el término analogía no es del todo nítido y al acudir a un concepto que exprese adecuadamente su contenido debemos entender que existen distintos conceptos para aludir a dicha realidad; si con Atienza coincidimos en que al menos tres son identificables en este sentido, la analogía en cuanto relación que se establece entre conceptos, la analogía como relación entre relaciones y la analogía como argumento.

La doctrina reconoce diversos tipos de analogías, si es aplicada una ley concreta al supuesto por resolver estaremos en los casos de analogía de la ley; en cambio, la analogía es del derecho cuando lo que se aplica es

88 M. ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986. M. J. FALCÓN Y TELLA, *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, 1990. A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO, *Lecciones...*, cit., pags. 148-149. M. REALE, *Introducción al derecho*, Madrid, 1979, traducción y adaptación de J. Brufau, pág. 230.

un principio deducido por inducción siguiendo "... la orientación del sistema jurídico total o en un sector del mismo⁸⁹".

También se utiliza impropiaemente el término analogía por interpretación extensiva cuando lo que se hace es "... incluir en alguna de las normas específicas existentes el supuesto no regulado⁹⁰"; a este respecto se debe matizar la diferencia que existe en realidad entre la analogía y la interpretación extensiva, ya que si la primera representa una creación de derecho, la segunda no, ya que la aplicación se basa en la regulación de un nuevo caso por un derecho existente.

Otro sector de la doctrina distingue la analogía lógica de la axiológica siendo la primera la que determina la relación de semejanza por los elementos comunes de los supuestos y la segunda el juicio del juez que decide la aplicación de la norma por ser susceptible de analogación⁹¹.

El procedimiento de la analogía plantea su mayor dificultad a la hora de determinar la identidad de razón entre los dos supuestos que se contemplan, que supone la comparación de los dos casos de la realidad, ante los que el aplicador deberá valorar: "primero el juicio de semejanza entre ciertos elementos presentes en ambos casos, y segundo, el juicio de relevancia en la consideración de estos elementos comunes. El razonamiento sigue el modelo silogístico⁹²".

La justificación de la aplicación analógica es una cuestión más complicada y si es cierto que ésta supone la utilización de un método silogístico que se basa en la comparación de dos casos semejantes en orden a obtener conclusiones, en los aspectos particulares sigue un razonamiento

89 R. SORIANO, *Compendia...*, cit., pág. 200. Sobre los significados del término analogía se pueden consultar entre otros escritos, N. BOBBIO, Voz "analogía", en *Novissimo Digesto Italiano*, I. En cuanto a la distinción *analogia legis*, *analogia iuris*, entre otros M. ATIENZA, *Sobre la analogía...*, cit., págs. 40 y 41; y M. J. FALCÓN Y TELLA, *El argumento analógico...*, cit., págs. 132-144.

90 A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO, *Lecciones...*, cit., pág. 149.

91 R. SORIANO, *Compendia...*, cit., pág. 201.

92 *Ibidem*, págs. 201, 202.

to tópico al utilizar los juicios de valor para determinar la existencia de similitud. Hay que considerar la investigación ofrecida por Atienza en relación al argumento por analogía que sin embargo no excluye los demás conceptos de la misma⁹³.

Existen algunas teorías que no están de acuerdo en admitir (o al menos limitar al máximo) la analogía, es el caso de la denominada jurisprudencia de intereses, el dogmatismo jurídico, las teorías iusnaturalistas por asimilarla a los principios generales del derecho y la denominada libre investigación del derecho; aún así se puede reconocer su admisibilidad en sentido general.

Se puede aludir a una distinción entre analogía lógica y la jurídica que ya realizara Bobbio entre “validez lógica” y “validez jurídica” mientras que la primera dependería del principio de validez, de la existencia de semejanza entre casos e identidad de razón, la segunda a la declaración del argumento analógico por una norma del sistema.

2.2. Los principios generales del Derecho

Mecanismo subsidiario de integración jurídica de la analogía en sentido propio, lo constituye la previsión de los principios generales del derecho⁹⁴.

93 M. ATIENZA, *Sobre la analogía...*, cit., págs. 34 y ss.

94 Los principios generales del derecho se recogen en nuestro derecho positivo en el capítulo I del Cc. I. ARA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, 1990. J. BETEGÓN y otros, *Lecciones de teoría...*, cit., págs. 335 y ss. N. BOBBIO, “Sui principi di diritto”, en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1966. A. FERNÁNDEZ GALIANO y B. DE CASTRO, *Lecciones...*, cit., pág. 149. R. GUASTINI, “Sui principi di diritto”, en *Diritto e Società*, 1986. J. MORANGE, «Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1977. E. PATTARO, *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, vol. 2, Bologna, 1987, págs. 149 y ss. M. REALE, *Introducción al derecho...*, cit., págs. 139 a 142.

En Miguel Reale se encuentra la siguiente definición de los mismos: "... enunciaciones normativas de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de nuevas normas⁹⁵".

Existen diversidad de acepciones utilizadas por los juristas para aludir a los principios, por lo que algunos autores afirman que los principios pertenecen más al lenguaje de los juristas que al lenguaje de las fuentes⁹⁶.

Estos principios son (Fernández Galiano) los criterios o directrices fundamentales del orden jurídico vigente, y se encuentran bien de forma expresa o inexpressa en el ordenamiento jurídico, ya sea en normas, en instituciones, en los principios político-legislativos constitucionales y en la tradición jurídica nacional. En su actuación como principios integradores del sistema jurídico, son clasificados según los profesores Antonio Fernández y Benito de Castro en expresos o explícitos e inexpressos. Los primeros se encuentran recogidos en las normas positivas de carácter general y son mucho más abundantes que los segundos. Para los denominados inexpressos el método inductivo permite extraer criterios que guían las decisiones, se obtienen por "un proceso de abstracción que parte de las normas del ordenamiento para obtener el espíritu del sistema⁹⁷".

95 M. REALE, *Introducción al derecho...*, cit., págs. 140 y 231.

96 J. BETEGÓN y Otros, *Lecciones de teoría...*, cit., págs. 340 y ss. quienes a su vez se remiten a M. Atienza y J. R. Manero aludiendo a los principios como normas fundamentales, normas más generales..., etc.

También en G. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1970.

R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990.

97 El procedimiento para obtener principios es similar al que se emplea para perfilar la llamada doctrina legal o jurisprudencia de los Tribunales, así lo destacan J. BETEGÓN y Otros, *Lecciones...* cit. pág. 337.

A. FERNÁNDEZ-GALIANO y B. DE CASTRO, *Lecciones...*, cit., págs. 149 y ss.

R. GUASTINI, *Dalle fonti...*, cit., págs. 121 y ss.

Se puede aludir a estos efectos que en base al número de normas válidas que se puedan citar o considerar que sirven de base para inducir principios más consolidados se considerarán en relación a ese derecho.

Dentro del estudio que el profesor italiano Ricardo Guastini realizara desde un planteamiento analítico descriptivo de los principios generales del derecho, desde el empleo que los juristas realizan de dicho término y de los significados que comúnmente se suelen atribuir a los expresamente formulados están los siguientes:

- Principios para referirse a normas en la graduación jerárquica de tipo constitucional y normas que son consideradas importantes en el sistema jurídico o político de tal forma que son criterio preferente para interpretar normas singulares.
- Principios en el sentido de norma muy general, norma de carácter “programático”, que van destinadas al legislador, a la administración pública, en definitiva a los órganos de aplicación.
- También se utiliza el vocablo principio para referirse a normas de gran vaguedad (por un defecto de indeterminación semántica) y que necesitan concreción e interpretación.

Es muy común distinguir (F. De Castro) tres tipos de principios generales del derecho:

- los clásicamente derivados del Derecho natural,
- los principios sociales derivados de las convicciones y valores de la comunidad,
- los principios políticos que sirven de desarrollo de la vida social y del Estado.

En lo que respecta a las diversas funciones que tradicionalmente se asignan a los principios se destacan: la integradora, la interpretativa y la directiva; y en consecuencia a los efectos de integrar el sistema son fuente subsidiaria, el órgano aplicador debe inspirarse al decidir en los principios generales del derecho si carece de ley o de costumbre jurídica de tal forma se emplean para colmar lagunas jurídicas, y fueron incluidos en los códigos para resolver casos no previstos por el Derecho. En su función direc-

tiva estos principios informan del desarrollo de la legislación, recogidos específicamente en la Constitución y, los programáticos sirven de inspiración al legislador en la elaboración normativa. Otras funciones que comúnmente se asignan a los principios son, la explicativa, mediante la que se da a conocer el derecho, se orienta a la descripción de normas y, la normativa, si existen dudas en la atribución de significado a una disposición normativa.⁹⁸

Siguiendo la elaboración de un relevante jurista contemporáneo, Ronald Dworkin, los principios (que sin ser los considerados clásicos) tienen que tener mayor protagonismo, ya que éstos se derivan de lo convenido por los profesionales del derecho y por los ciudadanos y se deben vincular con exigencias de la justicia, equidad o moralidad, así conectan el orden jurídico y la moral social. Los principios según dicho jurista pueden ser de dos tipos: principios en sentido estricto y “policies”, que son normas que se dirigen especialmente al legislador y determinan objetivos y directrices sociales.

En lo que respecta a la importancia que adquieren los principios en el momento de la decisión y aplicación jurídica y los presupuestos que implican se puede aludir a la configuración de éstos en la teoría del derecho de Dworkin quien, los caracteriza diferenciándolos de lo que Hart entre otros denomina reglas en los siguientes aspectos:

1. Los principios establecen metas o fines, no fórmulas concretas de comportamiento.
2. Se distinguen de las directrices políticas, son preferentes los principios de los que se deducen los derechos a los objetivos sociales de las directrices políticas.
3. Los principios tienen una formulación abierta, las reglas por el contrario cerrada (por contener las excepciones a su aplicación).

98 N. BOBBIO, “Principi generali di Diritto”, en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994.

J. BETEGÓN y Otros, *Leciones...*, cit., págs. 345-346.

4. Son preexistentes a la aplicación judicial en la resolución de los casos.
5. No se aplican como las reglas según el criterio todo o nada, no se aplican de forma automática por el contrario se configuran como razones para decidir.
6. Son coherentes, por lo que su aplicación será de forma tal que resulte compatible con los demás principios, pudiéndose aplicar a un caso, varios a la vez⁹⁹.

Debido a la importancia que adquieren los principios necesariamente deben de tenerse en cuenta al decidir (Dworkin) permitiendo concluir que siempre hay una respuesta correcta, teoría con la que Hart no se mostró totalmente de acuerdo al considerar que debido a la denominada “textura o trama abierta del lenguaje jurídico”, existe un margen de discrecionalidad que permite valorar en relación a la aplicación, por lo que se puede decir que la actividad judicial es creadora de derecho.

99 R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977, hay traducción al español, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, pág. 470 y ss.; y *A Matter of Principle*, Harvard Univ. P. Cambridge, 1985.

A este respecto es necesario realizar algunas consideraciones sobre la valoración que realiza H. HART, sobre el derecho al considerar que está constituido por normas creadas por el legislador y preconstituidas a la interpretación y que las normas jurídicas están expresadas en el lenguaje natural, lo que supone que unos hechos pueden recaer en el ámbito de aplicación o no de una norma, existiendo un área donde la aplicación es cierta y una zona de incierta aplicación de la misma, denominada de penumbra.

En H. HART, *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro Carrio, 2ª edición (reimpresión), 1961, págs. 155 a 169, aquí se expresa en los siguientes términos: “La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”... y continúa “... en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas...”.

Esta cuestión en torno a las posibles diferencias que se reconocen entre reglas y principios demuestra una gran diversidad de opiniones doctrinales, podemos aludir someramente a que el cuando de la aplicación de la norma y su alcance no es demasiado nítido y la determinación de la aplicación (o excepción) de los principios y de las reglas no puede ser enumerada.

9

TEMA

**HACIA UNA CONCEPCIÓN REALISTA DEL
PRINCIPIO DE LA PLENITUD DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO**



1. PLANTEAMIENTOS GENERALES

Desde que en el siglo XX se manifestaran determinadas tendencias en el derecho que en sentido general se pueden inscribir en el antiformalismo y caracterizarse además por un anti-iusnaturalismo o al menos por el rechazo de las corrientes metafísicas (y en el mejor de los casos por un desconocimiento de los planteamientos idealistas); la idea tradicional del ordenamiento jurídico adopta otras perspectivas diferentes.

Plantear en el ámbito peculiar de las corrientes doctrinales realistas, la configuración del fenómeno jurídico supone atender básicamente al elemento empírico, dependiendo de si se trata del realismo jurídico norteamericano o norteeuropeo.

Dentro del realismo jurídico norteeuropeo la relevancia jurídica la obtendrían las consideraciones psico-sociales que el grupo siente como obligatorias, más que poder decir del ordenamiento que es un sistema que contiene en sí todas las soluciones necesarias se entiende en cambio que hay un grado importante de creación espontánea, de adaptación a las circunstancias sociales.

En el ámbito del realismo anglosajón y norteamericano, donde se considera que el derecho es lo efectivamente regulado por medio de las decisiones judiciales y que se materializa en la sociedad misma, con lo que la elaboración de soluciones es constante y el resultado que así se obtiene es de integración del derecho.

2. EL CUESTIONAMIENTO DE LA CONSIDERACIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA JURÍDICO

Un presupuesto común de las teorías realistas del derecho, ha sido el reconocimiento de la insatisfacción que producen las doctrinas jurídicas que pretenden idealizar el ordenamiento jurídico desde su valoración como sistema armónico dotado de soluciones precisas para resolver todos los problemas que se le plantean al juez, quien debe limitarse así a realizar una serie de actuaciones mecánicas dirigidas a identificar las soluciones que contiene el sistema jurídico para cada una de las controversias que puedan presentarse en la vida real.

En cuanto a la escuela liderada por N. Bobbio también denominada “Escuela analítica italiana de filosofía del derecho “o Escuela de Turín que reúne a un grupo de estudiosos heterogéneos, de los que se dice que en términos generales adoptan métodos y planteamientos comunes en torno a los temas tratados y que demuestran dos opciones prioritarias en la filosofía del derecho: una normativista, formalista, que representa un positivismo analítico o la de teoría general del derecho, influenciada por Kelsen y la otra neopositivista en la línea del análisis del lenguaje, influenciada por el realismo; será en esta opción en la que podremos inscribir a Giovanni Tarello¹⁰⁰.

100 N. BOBBIO, “Prólogo a la edición española” de *Contribución a la teoría del derecho*, de A. Ruiz Miguel, Valencia, 1980; pág. 11: “Reconozco que me he sentido fuertemente atraído por el neopositivismo y por la filosofía analítica durante los años en que comencé a ocuparme con continuidad de teoría general del Derecho y de metodología de la ciencia jurídica... Por lo demás, por la misma razón por la que no me he identificado con ningún “ismo” dominante en la filosofía italiana (...), no me he considerado nunca un neopositivista ni tampoco un filósofo analítico en el sentido estricto de la palabra”. A. RUIZ MIGUEL, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, 1983. M^a A. BARRERE UNZUETA, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*. Madrid. 1990; págs. 48, 49, 51, y 125 y ss. Al hablar del nivel metodológico en los analíticos italianos, se han reconocido dos tendencias, una de ellas descriptivista (o también denominada terapéutica) cuyos representantes más conocidos serían Tarello y Pattaro entre otros.

Hecho que es debido a que la teoría de este autor representa un ejemplo de actitud crítica en relación a las concepciones iusnaturalistas y positivistas sobre la característica de la plenitud del ordenamiento jurídico¹⁰¹. Por responder el empleo del término ordenamiento jurídico según este autor a según qué teoría del derecho esté en relevancia, pudiéndose afirmar que depende de una serie de exigencias que bien pueden ser de carácter ideológico jurídico de quien las emplea. Su utilización responde a la función de especializar un vocablo sinónimo de derecho, que tiende a presentar el sistema jurídico como un todo coherente, donde no existen contradicciones y donde se dé respuesta a todos los supuestos¹⁰².

Con la locución ordenamiento, parecen recogerse determinados principios clásicos del siglo XIX entre los que se encuentran la unidad, la coherencia, la plenitud y la indeterminación, de esta forma expresa el mencionado jurista que "... Las normas jurídicas se encuentran entre sí conectadas en un sistema que por definición es coherente y completo; el principio de indeterminación sirve en efecto, para negar que en el derecho existan propiamente hablando lagunas y antinomias; el derecho es uno y coincide con el Estado¹⁰³".

Giovanni Tarello se interesó por las más destacadas teorías del derecho en el siglo XX con referencia especialmente al aspecto que nos ocupa.

En el denominado pluralismo institucionalista romaniano, la elaboración del derecho como ordenamiento plural de la teoría general responde a la determinación o identificación de un derecho objetivo y las relaciones entre más derechos objetivos. Ahora bien, el empleo que la

101 G. TARELLO, "Il diritto come ordinamento" en la obra colectiva *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello stato contemporaneo*, (a cargo de R. Orecchia) Milano, 1976; "Sistema giuridico, Ordinamento giuridico" en S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, 1981, reeditado en 1984.

102 G. TARELLO, "Il diritto come ordinamento"..., cit., págs. 49 a 80; "*Sistema giuridico. Ordinamento giuridico*," cit., pág. 91 y ss.

103 G. TARELLO, "Il diritto come ordinamento"..., cit., pág. 122.

doctrina realiza al efecto responde a una serie de intereses y funciones que tratan de resolver conflictos prácticos pudiéndose destacar empleos ideológicos a tal efecto, que según Tarello se detectan en las doctrinas internacionalistas, eclesiástica e iuslaborista¹⁰⁴.

En cuanto a la trascendencia que la obra de Kelsen ha ejercido en la teoría general del derecho, se puede constatar la especialización que ha sufrido el vocablo ordenamiento jurídico en la década que va del veinticinco al treinta y cinco, encontrándose que en esta doctrina "... la palabra ordenamiento designa a un y a cada derecho positivo..." y manifestándose una adecuación con los dogmas clásicos del siglo pasado se habla de norma y de sistema como conjunto de normas dispuestas en graduación dinámica y coordinada que da como resultado el sistema u ordenamiento jurídico.

Es en este ámbito donde Tarello manifestó una crítica por reconocer en el ámbito de los empleos teóricos, por ejemplo del concepto de "derecho positivo", de ordenamiento jurídico, utilizados por el formalismo positivista una fuerte ideologización declarándose partidario del empleo ordinario de la locución ordenamiento jurídico antes que del tecnicizado¹⁰⁵.

En relación al movimiento liderado por Norberto Bobbio también denominado "escuela analítica italiana de filosofía del derecho" o escuela de Turín hay que constatar que, valoraron el término derecho y su referente ordenamiento jurídico como términos complejos, aunque individualizables en las diversas teorías histórico-jurídicas a partir de la teoría general; y es que, (considera Tarello) el proceso de tecnificación de dichos conceptos ha sido favorecido por esta escuela. Se manifiesta la tecnificación al incorporar los dogmas clásicos del sistema de normas dispuestas de forma unitaria, coherente y plena y al postular que la organización jurídica tiene por elementos normas, es decir "... entidades abso-

104 M. BARBERIS, "Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria" en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, diciembre, 1987, págs. 341-342.

105 G. TARELLO, *Sistema giuridico. Ordinamento giuridico*, cit. pág. 125.

Hacia una concepción realista del principio de plenitud del Ordenamiento Jurídico

lutamente indefinidas” siendo preferible dejar el vocablo “... ordenamiento al flexible y cambiante uso ordinario, donde equivaldría a derecho¹⁰⁶”.

De tal forma, Giovanni Tarello postuló que la expresión ordenamiento jurídico no puede en ningún caso ocultar la realidad del derecho que es una realidad de intereses en contraste que se va elaborando paulatinamente a través de las decisiones de los jueces, los cuales al incorporar su ideología a las sentencias reflejan el carácter aleatorio, indefinido e impredecible del sistema jurídico.

En conclusión, ante dichas circunstancias considerar el ordenamiento jurídico como una realidad coherente en la que el juez quedaría reducido al papel de intérprete mecánico de las normas, identificador de los procedimientos adecuados para resolver cualquier tipo de desconexión del funcionamiento perfecto y armónico del sistema jurídico, constituye un auténtico engaño que oculta tras el anhelo de perfección la realidad imperfecta, contradictoria y con constantes vacíos jurídicos, del conjunto de las disposiciones que integran a cada uno de los diferentes ordenamientos jurídicos¹⁰⁷.

3. LOS VALORES JURÍDICOS Y SU IMPORTANCIA COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE LAGUNAS JURÍDICAS

Es significativo que nuestra Constitución ya en el artículo primero de su título preliminar manifieste de forma especial que: “... España se constituye como un estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político...”. Se trata de elevar a un grado de consideración destacable, garantizando mediante unos principios axiológicos la base misma del sistema jurídico¹⁰⁸.

106 *Ibidem*, págs. 125-128.

107 *Ibidem*, pág. 127.

108 Hay que referirse a este respecto a G. PECES BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, 1984; L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, 1990.

Reflexionar sobre el derecho desde una doble valoración de estabilidad y dinamicidad, implica reconocer el sistema jurídico como un entramado de vinculaciones que conectan el derecho como normatividad con el poder fruto de la mayoría, de la organización interna de los grupos de poder, de las relaciones entre diversos sistemas jurídicos existentes, de organismos e instituciones, de relaciones entre particulares en las que se pueden reconocer valores que inspiran ese complejo de estructuras¹⁰⁹.

No es menos cierto que estos valores sirven de inspiración de fórmulas jurídico-positivas de un derecho nuevo con proyección de futuro pudiéndose reconocer una función completadora del derecho considerado en su conjunto y por tanto como instrumentos hábiles al efecto de cubrir lagunas del sistema.

Si como se viene aceptando por la doctrina de forma mayoritaria, la función interpretativa de cara a la aplicación de las normas jurídicas, tiene un carácter descriptivo y prescriptivo,¹¹⁰ éste se hace constatable en la necesaria complementación con apreciaciones de carácter valorativo que vendrán dadas por una serie de criterios¹¹¹.

108 Hay que referirse a este respecto a G. PECES BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, 1984; L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, 1990.

109 Se puede consultar N. BOBBIO, "Dal potere al diritto e viceversa", en *Rivista de Filosofia*, octubre, 1981, págs. 343 y ss. G. PECES BARBA, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, 1984.

110 De los autores que se decantan en este aspecto podemos mencionar G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; J. WROBLEWSKY, "Creación del derecho e interpretación," en AAVV. *El lenguaje del derecho. Homenaje a G. Carrió*, Buenos Aires, 1983, págs. 476 y ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, 1987; A. OLLERO TASSARA, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, 1982; R. GUASTINI, "Uno schema per l'analisi del discorso giudiciale," en S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, 1984; A. RUIZ MIGUEL, "Creación y aplicación en la decisión judicial" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984; págs. 10 y ss.

111 R. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984; J. WROBLEWSKY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción al español de A. Azurza, Madrid, 1985; L. PRIETO SANCHÍS, "Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, núm. 11, págs. 83 y ss.

Cuestión no menos interesante es la que nos sitúa en el tema de la consideración objetiva de los valores,¹¹² si realmente se puede llegar a una apreciación que permita deducir que éstos pueden ser considerados elementos neutros de medición, y su reconocimiento en normas jurídicas, o si por el contrario el significado que estos valores puedan tener está en función de variables materiales y de los sujetos que aprecien estos criterios. Como ha expresado Antonio E. Pérez Luño, “los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse en su aplicación¹¹³”.

Precisar lo que se entiende por estos principios enumerados en la Constitución supone introducirnos en el estudio de una serie de consideraciones relativas a la sociedad y la función que estos valores deben desempeñar dentro de ésta.

Conviene a este respecto, destacar la necesaria referencia a la dignidad de la persona humana y de los valores que no son privativos de un ideario u otro y que tendrá su adecuado desarrollo en la coordinación de la paz, la igualdad y la libertad, tomando como punto de partida la reflexión sobre la justicia que representa uno de los valores más destacados del derecho¹¹⁴.

La realización específica de estos valores se verá reflejada en el reconocimiento que los textos de derecho positivo les hayan otorgado en cada ordenamiento jurídico, pudiéndose destacar el hecho de ser referencia obligada en el ámbito de los derechos humanos y en su desarrollo legislativo detallado que se viene constatando en los sistemas consolidados democráticamente.

112 En este sentido, J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Lecciones de derecho natural como introducción al derecho*, Madrid, 1984.

113 A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, pág. 291.

114 Se puede consultar E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Madrid, 1984. E. DÍAZ, *Sociología y filosofía...*, cit, pág. 298.

La libertad es considerada por el profesor Elías Díaz un presupuesto y principio imprescindible para que se puedan realizar los demás valores y de forma especial como base para la realización de la justicia, refiriéndose a la libertad como "... libertad individual, la de todos y cada uno; y por de pronto, la libertad de expresarse en libertad y de participar activamente en la decisión colectiva, lo que supone reconocimiento de la consciencia y la voluntad individual —y la vida humana— como base de toda reconstrucción...¹¹⁵".

No hay duda sobre el hecho de que la realización auténtica de los valores reconocidos por el derecho y trasladables a la comunidad, lugar donde pueden efectivamente ser constatados, tiene como guías la libertad y la igualdad, es decir, una necesariamente equilibrada conexión entre ambas, que permitirá interpretar todo tipo de situaciones, incluso aquellas más complicadas¹¹⁶.

115 E. DÍAZ, *De la maldad estatal y de la soberanía popular*, Madrid, 1984, págs. 62 y ss.

116 A lo que tantas páginas se han dedicado y se considera un tema clásico en relación a las teorías contractualistas con una orientación novedosa hacia el cientifismo es el principio de justicia igualitaria tal y como está recogido en la singular obra de John Rawls *Teoría de la Justicia* de 1971, es interesante a este respecto los comentarios que realiza F. Vallespín en *Nuevas Teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, 1985, pág. 13. Los valores libertad e igualdad, tienen actualmente un significado de mayor alcance (aunque quizá menos emotivo) que el que se atribuía en las etapas liberales. Es importante plantear estos principios interconectados según la diversidad de significados que ostentan; un punto importante en este avance lo constituye la elaboración roussoniana (el Contrato social), que considera la libertad como autonomía, de la que surge la libertad política en desarrollo de la libertad civil o de la forma democrática de gobierno. Se avanza un paso más desde la libertad negativa o política a una libertad positiva o poder; estos son los componentes del concepto de libertad en la Declaración de los Derechos del Hombre: libertad negativa o política y la libertad como poder que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales (y concuerda con la igualdad social). En este punto encontramos en la obra de Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, págs. 42 a 51, una larga reflexión que en relación a la libertad del ser humano, permite aludir a "1. Todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la ingerencia de todo poder externo, en particular del poder estatal.

Preguntarse por la realización de los valores en general y la justicia en particular es introducirse en el estudio de los Derechos Humanos¹¹⁷; y si atendemos a una reflexión que plantea Ara Pinilla¹¹⁸ cuestionándose por la naturaleza jurídica de aquellos en cuanto a si se les puede atribuir básicamente una consideración de principios generales del derecho o de derechos subjetivos; o ambos caracteres de forma coordinada.

Si los valores o expresándonos ya en su materialización efectiva de reconocimiento constitucional, son principios generales, esto es, que sirven de inspiración, en la formulación de normas de desarrollo de una legislación general, cuya concreción deberá tener en cuenta un planteamiento de justicia, entendida ya no sólo en su sentido formal sino también material.

Se les atribuye una función de principios inspiradores en la interpretación de una buena parte de la legislación y es así como se pueden entender los valores, la justicia como principio guía e integradora resultando sumamente funcional como instrumento para cubrir lagunas, ya no extra-sistemático, sino desde el mismo sistema y es así como los operadores jurídicos y más en concreto los órganos judiciales se guiarán por principios de justicia en la búsqueda de la decisión más correcta para cada caso.

2. Todo ser humano debe participar de manera directa o indirecta en la formación de las normas que deberán después regular su conducta en aquella esfera que no está reservada al exclusivo dominio de la jurisdicción individual. 3. Todo ser humano debe tener el poder efectivo de traducir en comportamientos concretos los comportamientos abstractos previstos en las normas constitucionales que atribuyen este o aquel derecho y, por consiguiente, debe poseer en propiedad o como cuota de una propiedad colectiva bienes suficientes para una vida digna." Continúa su reflexión en la misma línea para el concepto de igualdad que es considerado extremadamente amplio, y que debe de tener dos parámetros, referidos a dos cuestiones al qué y entre quiénes.

117 G. PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, Madrid, 1992; E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia...*, cit., págs. 77 a 126.

118 I. ARA, *Las transformaciones...*, cit., págs. 32 y ss.; G. ROBLES, *Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor jurídico de los derechos humanos*, en G. ROBLES, *Epistemología y derecho*, Madrid, 1982, pág. 267.

BIBLIOGRAFÍA

- Albacar, J. L. y Martín, M. (1992). *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia.* (Tomo 1). Madrid.
- Albaladejo, M. (1987). *Curso de Derecho civil español.* (Tomo 1). Barcelona.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.* Buenos Aires.
- Alonso García, R. (1984). *La interpretación de la Constitución.* Madrid.
- Ara Pinilla, I. (1990). *Las transformaciones de los Derechos Humanos.* Madrid.
- Ara Pinilla, I. (1995). La función de la libre recherche scientifique en la interpretación del derecho. En *Homenaje al profesor Antonio Fernández Galiano.* Madrid: U.N.E.D.
- Arnaud, J. (1975). *Les juristes face à la société du XIX siècle a nos jours.* Paris.
- Atias, C. (1985). *Epistemologie juridique.* Paris.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho.* Barcelona.
- Atienza, M. (1986). *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico.* Madrid.
- Atienza, M. (2003). *El sentido del Derecho.* Barcelona.
- Atienza y Ruiz Manero (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, nº 10.
- Austin, J. (1985). *Lectures on jurisprudence.* London.
- Balaguer Callejón, F. (1991). *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional.* Madrid.
- Barberis, M. (1987). Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria. En *Materiali per una storia della cultura giuridica*, diciembre.
- Barrere Unzueta, M. A. (1990). *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la Filosofía jurídica italiana de inspiración analítica.* Madrid.

- Batle V. M. (1987) Comentario al artículo uno del Código civil. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigidos por M. Albaladejo) (Tomo I). Madrid.
- Bentham, J. (1945). *The limits of jurisprudence defined*. (Vol. 2). New York.
- Betegón, J., Gascón, M., de Paramo, J. R. y Prieto, L. (1997). *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid.
- Betti, E. (1955). *Teoría generale dell'interpretazione*. Milano.
- Bergborm, K. (1892). *Jurisprudenz und Recht – philosophie*. Leipzig.
- Bobbio, N. (1958). *Teoría della norma giuridica*. Torino. (1960). *Teoría dell'ordinamento giuridico*. Torino; refundidas en la obra *Teoría general del Derecho*. (Trad. E. Rozo Acuña) (4ª reimpr.) (1996 de la 1ª ed.) Madrid. 1991.
- Bobbio, N. (1966). Principi generali del diritto. En *Novissimo Digesto italiano*. Torino.
- Bobbio, N. (1980). Sobre los criterios para resolver las antinomias. En *Contribución a la teoría del Derecho*. (Trad. A. Ruiz Miguel). Valencia.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los Derechos*. Madrid.
- Bonnetcase, J. (1944). *L'école de L'exégèse en droit civil*. (Trad. J. M. Cajica). México. (Original en francés, 1924).
- Bonnetcase, J. (1982). *Introducción al estudio del Derecho*. (Trad. J. Guerrero). Bogotá.
- Cabanillas (1977). *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*. Madrid.
- Carnelutti, F. (1941). *Teoría generale del diritto*. (Trad. C. G. Posada). Madrid. (Original en italiano, 1940).
- Casanovas, P. y Moreso, J. J. (1994). *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona.
- Castignone, S. (1979). Il problema della validità nelle dottrine iusnaturalistiche e positivistiche. En *Introduzione teorica allo studio dell diritto*. Génova.
- Catania, A. (1987). *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*. Napoli.

- Conte A. G. (1962). *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. Torino.
- Conte A. G. (1970). Studio per una teoría de la validità. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*.
- Conte A. G. (1975). Voz Validità. En *Novissimo Digesto Italiano*. Torino.
- Deck, F. (1932). *Begriffsbildung und interessenjursprudenz*. Tübingen.
- Delgado Pinto, J. (1980). La validez del Derecho como problema de filosofía jurídica. En *Estudios en honor del doctor Luis Recasens Fiches*. México.
- Demolombe (1845). *Cours de code de Napoléon*. (Tomo I). Paris.
- Díaz García, E. (1984). *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid.
- Díez Picazo y Gullón (1998). *Sistema de Derecho Civil*. (Vol. 1, 9ª ed.).
- Donati, D. (1910). *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano.
- Ehrlich, E. (1913). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. (reimpr. 1929 y 1967). München und Leipzig.
- Ehrlich, E. (1888). Über lücken im rechte. En *Juristische Blätter*. (reimpr. en *Rechts und Leben*, Berlín, 1967).
- Espósito, C. (1964). *La validità dalle leggi*. Milano.
- Falcón y Tella, M. J. (1990). *El argumento analógico en el Derecho*. Madrid.
- Falcón y Tella, M. J. (1991-1992). La dialéctica jurisprudencial de la legitimidad. La validez y la eficacia. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 79.
- Falcón y Tella, M. J. (1994). *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madrid.
- Fariñas Dulce, M. J. (1991). *El problema de la validez jurídica*. Madrid.
- Farrel, D. M. (1972). *Hacia un criterio empírico de la validez*. Buenos Aires.
- Fassó, G. (1985). *Historia de la Filosofía del Derecho*. (Vol. 2). (Trad. J. F. Navarrete). Madrid.

- Fernández-Galiano, A. y de Castro Cid, B. (1995). *Lecciones de teoría del Derecho y Derecho Natural*. Madrid.
- García Maynez, E. (1964). Validità formale e validità materiale en senso giuridico positivo e validità oggettiva o intrínseca in senso axiológico. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*.
- Garzón Valdés, E. (1980). Algunos modelos de validez normativa. En *Estudios en honor del Doctor Luis Recasens Fiches*. México.
- Gavazzi, G. (1958). *Delle antinomie*. Torino.
- Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid.
- Geny, F. (1950). L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française. En *Le droit privé al milieu du XX siècle*. (Tomo I). Paris.
- Guastini, R. (1984). Uno schema per l'analisi del discorso giudiziale. En *Introduzione teorica allo studio del diritto*. Génova.
- Guastini, R. (1986). Sui principi di diritto. En *Diritto e Società*.
- Guastini, R. (1989 a). Concetti e criteri di validità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 4.
- Guastini, R. (1989 b). Sulla validità della Costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 3.
- Guastini, R. (1990). *Dalle fonti alle norme*. Torino.
- Guastini, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milán.
- Hart, H. L. A. (1990). *El concepto de Derecho*. (Trad. G. Carrió), (1ª ed. del año 1961, segunda edición – reimpresión). Buenos Aires.
- Hauriou, M. (1927). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. (Trad. Ruíz del Castillo). Madrid.
- Hernández Gil, A. (1971). *Metodología de la ciencia del Derecho II*. Madrid.
- Hernández Marín, R. (1989). *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*. Barcelona.

- Hernández Marín, R. (1986). *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*. Madrid.
- Hierro, L. (1981). *El realismo jurídico escandinavo*. Valencia.
- Husson, L. (1980). Un débat révélateur: la discussion de l'article 4 du Code Napoléon. En *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Fiches*. México.
- Ihering, R. V. (1946). *El fin en el derecho*, Buenos Aires.
- Ihering, R. V. (1968). *El espíritu del derecho romano, (1852-1865)*. (Trad. Sergio Sanjosé).
- Ihering, R. V. (1974). *Bromas y veras en la jurisprudencia*. (Trad. T. A. Banzhaf). Buenos Aires.
- Iturralde y Sesma, V. (1881). *La lucha por el Derecho*. (Trad. L. Rodríguez), (reeditado 1985). Madrid.
- Iturralde y Sesma, V. (1988). Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo V.
- Jori, M. y Pintore, A. (1988). *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino.
- Kantorowicz, H. (1949). La lucha por la ciencia del derecho. En *La Ciencia del derecho*. (Trad. W. Goldschmith). Buenos Aires: Losada.
- Kantorowicz, H. (1964). *La definición del Derecho*. (Trad. J. M. de la Vega). Madrid.
- Kelsen, H. (1941). *Teoría pura del Derecho*. (Trad. A. Tejerina). Buenos Aires.
- Kelsen, H. (1983). *Teoría general del Derecho y del Estado*. (Trad. E. García Maníes) (1ª ed. 1944). México.
- Legazy Lacambra, L. (1979). *Filosofía del Derecho*. (5ª ed.). Barcelona.
- Lumia, G. (1985). *Principios de Teoría e ideología del Derecho*. (Trad. Ruiz Miguel). Madrid.
- Macia Manso, R. (1967). *Reflexiones sobre la validez jurídica*. Oviedo.

- Morange, J. (1977). Une categorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*.
- Munzer, S. (1972). *Legal validity*. The Hague.
- Nino, C. S. (1976). El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría del Derecho. En *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*. Buenos Aires.
- Nino, C. S. (1985). *La validez del Derecho*. Buenos Aires.
- Ollero Tassara, A. (1982). *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*. Madrid.
- Ost, F. (1984). Considerations sur la validité des normes et systèmes juridiques. *Journeaux des Tribunaux*.
- Ost, F. (1988). Voz Validité. En *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*. Paris.
- Parejo Alfonso, E. (1990). *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid.
- Pattaro, E. (1966). Validità e verificabilità del diritto. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- Pattaro, E. (1987). *Introduzione al corso di Filosofia del Diritto* (vol. 2). Bologna.
- Pattaro, E. (1988). La completezza degli ordinamenti giuridici e i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. En *Materiali per una Storia della cultura giuridica*.
- Peces-Barba, G. (1984 a). *Los valores superiores*. Madrid.
- Peces-Barba, G. (1984 b) La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico. *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- Peces-Barba, G. (1984 c). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid.
- Peces-Barba, G. (1992). *Derechos fundamentales*. Madrid.
- Perelman, CH. (1973). Il problema dalle lacune in diritto. En *Diritto, morale e filosofia*. Napoli.

- Pérez Luño, A. E. (1984). *Los derechos fundamentales*. Madrid.
- Pérez Luño, A. E. (1995). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid.
- Prieto Sanchís, L. Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional. *Poder Judicial*, núm. 11.
- Prieto Sanchís, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid.
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*. (Trad. Rolando Tamayo S.) (1ª ed. 1988). México.
- Reale, M. (1979). *Introducción al Derecho*. (Trad. Jaime Brufau Prats). Madrid.
- Remy, P. (1985). *Eloge de l'exégèse en Droits*. (núm. 1).
- Robles Morchón, G. (1982). Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor jurídico de los Derechos Humanos. En *Epistemología y Derecho*. Madrid.
- Robles Morchón, G. (1991). La validez jurídica. En *Perspectivas actuales del Derecho. Ensayos jurídicos en tiempos de cambio*. México.
- Rodríguez Paniagua, J. M. (1975). La validez del Derecho desde un punto de vista jurídico, sociológico y filosófico. En *Sociología y psicología jurídica*.
- Rodríguez Paniagua, J. M. (1984). *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*. Madrid.
- Rodríguez Paniagua, J. M. (1987). *Métodos para el conocimiento del Derecho*. Madrid.
- Romano, S. (1950). Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale. En *Scritti minori*. (Vol. 1). Milán.
- Romano, S. (1967). *L'ordinamento giuridico*. (1ª ed. 1917), (Trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo). Madrid, 1963.
- Ross, A. (1969). *El concepto de la validez y otros ensayos*. Buenos Aires.

Inmaculada Sáinz Palacios

- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*.
- Ruiz Miguel, A. (1984). Creación y aplicación en la decisión judicial. *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- Savigny, F. C. (1981). Los fundamentos de la ciencia jurídica. En *Textos clásicos*. México.
- Savigny, F. (1878). *Sistema de Derecho romano actual*. (Trad. Messía y Poley). Madrid.
- Savigny, F. (1970). *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia*. (Trad. J. Díaz García). Madrid.
- Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano.
- Segura Ortega, M. (1989). El problema de las lagunas en el Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- Segura Ortega, M. (1990 a). *Teoría del Derecho*. Madrid.
- Segura Ortega, M. (1990 b). Sobre la noción de validez. *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- Soriano, R. (1990). *Compendio de teoría general del Derecho*. Barcelona.
- Summers (1985). Towards a better general theory of legal validity. *Rechtstheorie*.
- Tamayo y Salmoran, R. (1992). *Elementos para una teoría general del Derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*. México.
- Tarello, G. (1969). La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia. En *Scritti per il XI della morte di P.E.Bensa*. Milano (reproducido en Tarello, G. (1988). *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna).
- Tarello, G. (1976 a). *Storia della cultura giuridica*. Bologna.
- Tarello, G. (1976 b). Il diritto come ordinamento. En *Informazione e verità nello stato contemporáneo* (Dir. R. Orecchia). Milano.
- Tarello, G. (1981). Sistema giuridico, ordinamento giuridico. En *Introduzione teorica allo studio del diritto*. (Reed. 1984). Genova.

- Tebaldeschi, I. (1968). Validità ed efficacia della norma giuridica. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*.
- Thibaut, A. F. J. y Savigny, F. C. (1970). *La codificación*. (Trad. J. Díaz García). Madrid.
- Valette, C. (1845). *Cours de code civil* (Tomo I). Paris.
- Vallespín, F. (1985). *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchana*. Madrid.
- Welzel, H. (1971). EL problema de la validez del Derecho. En *Derecho injusto y derecho nulo*. (Trad. J. M. Rodríguez Paniagua). Madrid.
- Wroblewski, J. (1982). Tre concetti di validità del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- Wroblewski, J. (1983 a). Problems of objective validity of norms. *Rechtstheorie*.
- Wroblewski, J. (1983 b). Creación del Derecho e interpretación. En *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. Carrió*. Buenos Aires.
- Wroblewski, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. (Trad. A. Azurza). Madrid.
- Zitelmann, E. (1192). Las lagunas del Derecho. (Trad. C. G. Posada). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- Zuleta Puceiro, E. (1977). Jurisprudencia y fuentes del Derecho. En *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*. (Tomo I, vol.1). Madrid.

ULPGC. Biblioteca Universitaria



892452

BIG 340.114 SAI ord

Se tratan en este texto diversas cuestiones de forma pluri-disciplinar.

Desde la actual perspectiva de la complejidad de los ordenamientos jurídicos modernos y constatadas las carencias que todo ordenamiento jurídico plantea, es necesario solventar los eventuales defectos que puedan plantearse en relación a la aplicación del derecho, cuestión ésta fundamental en el ámbito jurídico y social si se quiere que un sistema jurídico funcione adecuadamente.

ISBN 84969710



9 788496 97