

# Las lagunas en el Derecho y el neoconstitucionalismo

Héctor FUENTES CURRAS\*

**SUMARIO: 1. El Derecho como sistema y sus propiedades estructurales 2. Lagunas en el Derecho: Una bandera discutida 2.1. Tesis sustantivista 2.2. Tesis desintegradora 3. Posiciones contemporáneas: Propuesta de BULYGIN y réplica de BAYÓN 3.1. La tesis de BAYÓN 4. Un ejemplo práctico de la relevancia de la cuestión de las lagunas en el Derecho 5. La influencia del neoconstitucionalismo como causa de la superabundancia de principios que hacen relevantes casos no regulados**

## 1. El Derecho como sistema y sus propiedades estructurales

Desde la Ilustración, se haya muy difundida entre los juristas, la idea de que el Derecho objetivo no constituye un conjunto desordenado y caótico de normas, sino que más bien se trataría de un conglomerado que tiene carácter de sistema. La noción de sistema resulta, a su vez, una noción discutida. Sin embargo, es posible rastrear en la significación que del término hacían los estoicos que este designaba primariamente un orden<sup>1</sup>. Así, el sistema aparece como un conjunto de elementos funcionalmente relacionados entre sí, en el

---

\* **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Filosofía del Derecho.

Este artículo fue redactado para la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* en un número homenaje a mi eximio Maestro y amigo Dr. José PEÑA SOLÍS, jurista de extraordinaria lucidez y profesor magnífico, por quien tengo la más alta admiración y estima y con quien tengo impagables deudas profesionales y personales.

<sup>1</sup> *Vid.* voz «sistema» en: FERRATER MORA, José: *Diccionario de Filosofía*. Editorial Ariel. Madrid, 2004.

que la función –el hecho de que los elementos están en función de otros– aparece como consecuencia precisamente del orden del sistema.

Por la naturaleza de sus elementos, los sistemas pueden ser clasificados de sistemas reales y sistemas conceptuales. Los sistemas reales son aquellos cuyos elementos son objetos empíricos, en cambio, los sistemas conceptuales están integrados por entidades ideales o mentales.

Los sistemas normativos serían una especie del segundo género a los que, regularmente, se atribuye la característica de que el tipo de orden que lo informa es deductivo, lo que aplicado al Derecho implica que el sistema es un conjunto ordenado de enunciados jurídicos con una base axiomática y con ciertas consecuencias lógicas<sup>2</sup>.

Los juristas tampoco están de acuerdo en los compromisos conceptuales que se asumen al admitir que el Derecho objetivo constituye un sistema<sup>3</sup>. En efecto, eminentes teóricos debaten sobre cuáles son sus propiedades estructurales. Para proponer ejemplos concretos de esta divergencia en la determinación de las propiedades del sistema jurídico<sup>4</sup>, BOBBIO ha señalado que las propiedades de un ordenamiento jurídico son la unidad, la coherencia y la plenitud. Así, la unidad se verifica en el sistema cuando es posible predicar en él la existencia de criterios que permiten considerar parte de un mismo sistema una pluralidad incontable de normas. La propiedad de la coherencia pretende suministrar

<sup>2</sup> ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 5ª, reimp. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2006, p. 103.

<sup>3</sup> Esto sin dejar de admitir que, a pesar de que dilucidar los sentidos en los que los juristas sostienen que el Derecho es un sistema, fue uno de los principales problemas de la filosofía del Derecho contemporánea (incluyendo a KELSEN, AUSTIN y HART), la aceptación de sus consecuencias no resulta unívoca.

<sup>4</sup> La diferencia entre orden jurídico y sistema jurídico ha sido trabajada magistralmente por ALCHOURRÓN y BULYGIN en los siguientes términos: el sistema jurídico ha sido propuesto por ellos como un conjunto de normas con una misma base axiomática, y el orden jurídico como una sucesión de sistemas jurídicos sin que haya ruptura del hilo de la legalidad. Véase: BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel: *Normas y sistemas normativos*. Marcial Pons. Madrid, 2005, pp. 41-49.

información acerca de la imposibilidad de que coexistan en un mismo sistema, una norma y su contradictoria. Por último, la plenitud en que el Derecho tiene una norma para regular cada caso.

Pero, en cambio, para BULYGIN y MENDONCA, las propiedades típicas del sistema jurídico son la coherencia, la independencia y la completitud. La coherencia implica que no hay soluciones incompatibles correlacionadas; la independencia, que no existen soluciones normativas redundantes correlacionadas, y la completitud en el sentido de que ningún caso tiene ausencia de solución correlacionada<sup>5</sup>.

A pesar de las diferencias, la mayor parte de los teóricos están conformes en sostener que la completitud o la plenitud es una propiedad estructural de los sistemas jurídicos y que, aunque la pregunta por la reputada plenitud del ordenamiento jurídico tampoco es absolutamente clara, hay acuerdo en que esta cualidad refiere a la ausencia de lagunas.

En efecto, la pregunta por la plenitud del sistema nos lleva a una primera ambigüedad sobre su significado y las posibles acepciones propuestas traen a su vez aparejadas más ambigüedades. Una de las más discutidas en el Derecho es precisamente la laguna.

## **2. Lagunas en el Derecho: Una bandera discutida**

Ahora bien, el concepto y la existencia de lagunas en el Derecho es una bandera discutida. En efecto, el primer gran desacuerdo está referido a su misma existencia. Al respecto, coexiste una pluralidad de tesis que pueden resumirse, *ab initio*, en dos grandes bloques: las tesis sustantivistas y las tesis desintegradoras.

Lo anterior merece una precisión adicional, y es que detrás de cada gran discusión del Derecho hay casi siempre una incomprensión que debe ser atendida previamente para purificar los términos de la discusión y diluir la posibilidad de una discusión aparente o falsa, que no permita compartir un terreno común, como nos ha enseñado la tradición analítica.

---

<sup>5</sup> BULYGIN y MENDONCA: ob. cit., p. 49.

Las tesis sustantivistas defienden la existencia de lagunas como auténticos fenómenos de ausencia de regulación en el Derecho y las tesis desintegradores, por su parte, sostienen que las lagunas del Derecho no son tales y que no son más que el producto de confusiones conceptuales o conclusiones de razonamientos teóricos erróneos.

### 2.1. *Tesis sustantivistas*

La tesis tradicional, característicamente sustantivista, identifica a las lagunas con «los casos que no tienen una regulación legal»<sup>6</sup>, en el sentido de ausencia de previsión normativa para ciertas situaciones. El punto crítico de estos casos es precisamente el hallarse planteado frente al juez una cuestión en la que se identifica que el Derecho no ha atado a un cierto supuesto de hecho, ninguna consecuencia jurídica. Por tanto, el procedimiento destinado a llenar dichas lagunas sería precisamente el de integración. En esta posición, son lagunas todos los casos no regulados, indistintamente de si resultan relevantes o no.

TOSTA refiere que la doctrina tradicional<sup>7</sup> ha distinguido entre interpretación e integración, aduciendo que en la primera actividad existe mayor certeza en el acto de creación de la norma particular por existir precisamente un dispositivo jurídico al cual apegarse. La situación sería sustancialmente distinta en la integración, supuesto en el que la creación judicial de la norma individual para el caso concreto, estaría menos determinada por existir una regulación de mayor generalidad, erigiéndose en una actividad más compleja, menos cierta y con mayor margen de error. En tal sentido, MOUCHET y ZORRAQUÍN –citados por TOSTA–, recurriendo a su vez a las tesis de GÉNY, consideran que el juez debe llenar la laguna regulando el caso como lo habría hecho el legislador si tuviese que resolver la cuestión. Debemos decir que, de fondo, este intento de GÉNY por imponer límites objetivos al juez para evitar la arbitrariedad no salva la cuestión del subjetivismo que trata de precaverse. Este procedimiento clásico es de alguna manera retomado contemporáneamente por la tesis de la

<sup>6</sup> TOSTA, María Luisa: *Guía de introducción al Derecho*. UCV. Caracas, 2012, p. 247.

<sup>7</sup> De acuerdo a la autora, son dignos representantes de dicha corriente MOUCHET y ZORRAQUÍN, quienes se hacen eco de las opiniones de GÉNY en la materia.

ponderación, que explicita la naturaleza y extensión de los principios subyacentes al sistema.

Es probable que la tesis sustantivista más famosa en la actualidad en Latinoamérica sea la sostenida por BULYGIN y ALCHOURRÓN en *Normative systems*<sup>8</sup>. La posición de BULYGIN respecto de las lagunas está estrechamente relacionada con su tesis acerca del principio de plenitud hermética y su naturaleza como norma de clausura. Para él, la tesis que expresa la inexistencia de las lagunas en virtud del principio de no prohibición es, en sentido estricto, el producto de una confusión conceptual entre norma y proposición normativa. Recordemos que el principio de plenitud hermética o de prohibición tendría el siguiente contenido «todo lo que no está prohibido está permitido».

Para BULYGIN tal principio resulta doblemente ambiguo y, por tal razón, es complejo determinar su alcance y sus consecuencias lógicas. El prestigioso profesor bonaerense, retomando la tesis que expuso en: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, junto con ALCHOURRÓN, y luego desarrollada juntos más ampliamente en *Normative systems*, expone esta doble ambigüedad así: la primera resulta de no entender si tal principio resulta de una norma jurídica o de una proposición normativa y la segunda es que, si se admite que es una proposición normativa, la palabra «permitido» se puede emplear como una «permisión» en un sentido fuerte –o permiso protegido– y en un sentido débil –como permiso no protegido–<sup>9</sup>.

En efecto, el autor sigue aclarando que si se entiende el principio de prohibición o plenitud hermética como una norma jurídica, tal situación resultaría en una situación contingente, toda vez que una regla de ese tipo estaría vigente en los ordenamientos o sectores de los ordenamientos que explícitamente lo prevean. Si es entendida como proposición normativa y por «permitido» se

<sup>8</sup> Traducido al español bajo el título: *Sistemas normativos, introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. 2ª, Editorial Astrea. Buenos Aires, 2012.

<sup>9</sup> Por «permiso protegido» o «permisión en sentido fuerte» se entiende un tipo de permiso efectivamente protegido por una norma y «permisión en sentido débil» como no prohibido ni ordenado por ninguna norma.

entiende una permisión protegida, tal proposición sería falsa, pues no cabe suponer que de la ausencia de prohibición se establezca una permisión fuerte y, en cambio, si se entiende como permisión en sentido débil, esto es, como permiso no protegido, se estará profiriendo una tautología que no aporta conocimiento necesario sobre los ordenamientos jurídicos existentes, pues aporta tanto como «lo que no está prohibido está prohibido». Quedando en esta situación el principio de prohibición o de plenitud hermética, no cabría hacer reposar en él la inexistencia de lagunas. Dicho en otros términos, el llamado principio de no prohibición no implicaría necesariamente la imposibilidad del juez de declarar con lugar una demanda a pesar de que no haya una regulación expresa del caso en la ley, como habría sugerido KELSEN.

## 2.2. Tesis desintegradoras

El paradigma quizá más citado para abonar la tesis de la inexistencia de lagunas en el Derecho es la propuesta por KELSEN<sup>10</sup>. La tesis kelseniana respecto de las lagunas es tajante y asombrosa. KELSEN se limita a decir que en el Derecho no hay lagunas auténticas en el sentido en que no hay imposibilidad de decidir un caso por ausencia de norma vigente que lo regule expresamente. En efecto, sostiene que todo litigio implica que una parte hace valer una pretensión frente a la otra parte y la decisión del juez depende del hecho de que una norma vigente y válida aplicable al caso contenga el deber jurídico afirmado por la parte actora. Esta sería la consecuencia de ese principio reflejo de la prohibición: desde el momento en que el Derecho estatuye una conducta como obligatoria para los hombres les garantiza la libertad allí donde no les prescribe ninguna obligación.

En ese sentido, el principio de plenitud hermética se erige como consecuencia lógica de la prohibición misma; no es una norma jurídica, sino un corolario conceptual que se desprende de cualquier ejercicio de regulación de la conducta.

Asimismo, señala que lo que ha sido entendido como laguna tradicionalmente resulta de una solución del Derecho considerada inconveniente o injusta, pero

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 14ª, Editorial Porrúa. Trad. Roberto José VERNENGO. México D.F., 2005.

inicialmente aplicable a un caso concreto, de modo que se considera que el legislador no pensó en alguna propiedad específica del caso concreto y que, de haberla previsto, habría generado una solución diferente. En ese sentido, considera KELSEN que lo que se llama laguna en estos casos, no es más que el resultado de la comparación que hace el intérprete entre el Derecho positivo y su solución –bien sea negativa o positiva– y un derecho ideal tenido por mejor y más justo. A esto se le llamará «laguna ideológica»<sup>11</sup>, que coincide, en un sentido estructural, con la «laguna axiológica» de la que posteriormente hablará la doctrina.

Por otro lado, KELSEN se refiere a un tercer tipo de laguna, llamada «laguna técnica», que, de acuerdo a la opinión de la doctrina, existe cuando el legislador ha omitido la regulación de algo que necesariamente debió haber sido regulado para hacer técnicamente posible la aplicación de la ley. Para KELSEN, esta acepción de laguna no es más que, o la diferencia entre el Derecho positivo y el derecho deseado, o la indeterminación propia de la generalidad de la ley, dejando al órgano inferior encargado de aplicarla completar ulteriores determinaciones<sup>12</sup>.

Para KELSEN, las lagunas carecen de existencia teórica. Sostiene, asimismo, que los legisladores, imbuidos por esta tesis errónea, habían dispuesto en los códigos civiles normas para solventar eventuales lagunas, cuando lo que en verdad ocurre es que se le concede al juez la competencia para crear una norma al caso cuando la solución que ofrezca el Derecho positivo le resulta injusta o indeseada. Es asunto de buen legislador, para KELSEN, poner en manos del juez la posibilidad de corregir aquellos casos que, por la generalidad de la ley, resulta insoportable su aplicación, corriendo el peligro de que el juez emplee su poder creador en casos que al legislador primitivo le habría resultado agradable ver aplicada su ley.

---

<sup>11</sup> KELSEN, Hans: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Trad. Luis LEGAZ Y LACAMBRA. Madrid, 2005, p. 83.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 86.

### 3. Posiciones contemporáneas: Propuesta de BULYGIN y réplica de BAYÓN

La posición de BULYGIN respecto de las lagunas está estrechamente relacionada con su tesis acerca del principio de plenitud hermética y su naturaleza como norma de clausura, como se sostuvo previamente. Para él la tesis que expresa la inexistencia de las lagunas en virtud del principio de no prohibición es, en sentido estricto, otro síntoma de la confusión conceptual entre norma y proposición normativa.

Aquí debemos hacer solo una aclaratoria adicional. En *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, BULYGIN y ALCHOURRÓN sostienen que no todo caso no regulado por el Derecho es una laguna –aunque las lagunas sean casos no regulados–, sino que serían casos no regulados, pero con elementos fácticos a los que el Derecho, de alguna otra forma –a través de principios, por ejemplo–, les atribuye relevancia normativa.

La conclusión práctica de la tesis anotada es que, en los casos no expresamente regulados con todas las particularidades que serían deónticamente relevantes, el orden jurídico no hace recaer sobre el juez el deber de decidir en un sentido o en otro, sino que le deja en una situación de discrecionalidad, lo que pondría al juez en la posición de una auténtica creación judicial del Derecho, resultando falso que necesariamente lo que «no está prohibido está permitido».

#### 3.1. La tesis de BAYÓN

La réplica de BAYÓN<sup>13</sup> es compleja, pero profundamente esclarecedora. Para el iusfilósofo español, en principio, resulta contraintuitivo para los juristas sostener que todo caso no regulado constituye una laguna, pues, como apunta NINO,

<sup>13</sup> El profesor Juan Carlos BAYÓN desarrolla las ideas consideradas en este acápite en su contribución: «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», presente en la obra: BULYGIN, Eugenio; BAYÓN, Juan Carlos y ATIENZA, Manuel: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, p. 27.



ningún jurista llamaría incompleto a un sistema jurídico que no regula el «movimiento de un dedo meñique»<sup>14</sup> y concluye, con él, que se estará en presencia de una laguna cuando el Derecho no contuviera una solución que «*debería contener*», lo que evidentemente es una cuestión valorativa, no alejándose de la tesis kelseniana de que las lagunas son siempre axiológicas o ideológicas.

Así, BAYÓN comienza precisamente por atacar esta afirmación de BULYGIN que niega que, en el caso de que el Derecho no establezca regulación alguna, tal conducta es permisible, pues el juez tendrá también en ese caso discreción para decidir en la forma que estime conveniente. Para dilucidar el asunto con claridad cita la definición de laguna proporcionada por RUIZ MANERO señalando:

Un cierto caso constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico si y solo si 1. ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y 2. el balance entre los principios jurídicos relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida<sup>15</sup>.

Esta última mención que realiza RUIZ MANERO, a BAYÓN le parecerá clave para distinguir aquellos silencios de ley que no pueden ser llenados por el juez, y serán precisamente aquellos casos que resulten indiferentes del balance de los principios jurídicos subyacentes de ese sistema jurídico.

Más allá de su examen de la tesis de equivalencia pragmática y de la tesis de la asimetría con relación a lo que el Derecho considera permisible, me parece de resaltar que, más allá de toda confrontación entre lo que debemos entender por laguna o no, detrás de su comprensión, no están simplemente los casos no regulados –muchos pueden resultar indiferentes a los ojos del Derecho–, sino que se considera laguna un caso sin solución explícita atribuida, pero que tendría o debería tenerla, lo que deja asfaltado el camino para considerar que el tema de las lagunas es siempre un asunto inicialmente valorativo. Dicha

<sup>14</sup> Carlos Santiago NINO, citado en BAYÓN: ob. cit., p. 33.

<sup>15</sup> BAYÓN: ob. cit., p. 57.

«valoratividad» resultaría aplicable a los dos tipos de laguna más conocidos: Laguna normativa y laguna axiológica. La primera, consistente en el universo de casos sin solución normativa explícita a pesar de que debería contenerla y, en cambio, reservando el vocablo laguna axiológica para los casos en los que el Derecho sí establece una consecuencia para cierto tipo genéricos de supuestos sin haber considerado una cierta propiedad que desde el punto de vista del interprete debió considerarse importante, haciendo inadecuada la solución que no la toma en cuenta.

El tema de las lagunas deja en manos del juez una gran facultad creadora que debe ser reconocida, y aquí cobra vigencia el otro punto destacado por BAYÓN, respecto de la objetividad del Derecho y su relación con la interpretación, reconociendo que los límites de esta no se encuentran únicamente en las convenciones puramente lingüísticas que tenemos que les conceden significado literal a las formulaciones normativas, sino más esencialmente, a las prácticas argumentativas que aceptamos en relación con la justificación de las decisiones de los aplicadores de Derecho<sup>16</sup>. Así resulta de los ordenamientos contemporáneos por el alto grado de abstracción de muchas de las entidades normativas –reglas, principios y valores– que aceptemos en nuestros razonamientos y justificaciones sobre nuestras prácticas normativas aportar soluciones finales diferentes de las previstas inicialmente en el ordenamiento jurídico de manera más o menos explícitas.

Y esta cierta apertura del Derecho –o al menos de ciertos subsectores del mismo– permite que el mismo esté abierto y moviéndose entre calificaciones normativas *prima facie* y calificaciones definitivas haciendo que conductas no expresas ni inicialmente prohibidas estén, a pesar de todo y en el nivel de las decisiones últimas de los aplicadores, definitivamente prohibidas. Esto, sin embargo, no es admisible en todos los subsectores del ordenamiento jurídico, siendo el ejemplo paradigmático de esta posibilidad de ampliación el Derecho Penal liberal que contiene una norma de clausura determinante: el principio de legalidad *nulla crimen sine lege*, que lo hace un subsistema normativo cerrado, en el que toda conducta estaría deónticamente calificada, o más

<sup>16</sup> BAYÓN: ob. cit., p. 49.

precisamente, donde no es admisible una solución distinta de las contenidas en las calificaciones iniciales explícitas contenidas en la legislación. Tal situación se aprecia asimismo en el Derecho Administrativo sancionador.

Este último punto resulta verdaderamente importante. BAYÓN distingue que en el Derecho es posible identificar soluciones normativas *prima facie* y soluciones normativas finales o concluyentes. Esta distinción estriba en la existencia de dos niveles: un nivel de soluciones genéricas, contenidas generalmente en la legislación, pero de las que no depende necesariamente y, últimamente, las decisiones de los órganos aplicadores del Derecho quienes pueden en ciertos casos, generar soluciones distintas a las contenidas en la legislación produciendo así el segundo nivel. Las del primer grupo las llamaremos «soluciones explícitas iniciales» y a las segundas, a las contenidas en las decisiones para resolver un caso, «soluciones concluyentes». Esto supone que habrá mayor posibilidad de divorcio entre las soluciones *prima facie* y las concluyentes cuanto más extendido esté en un sistema jurídico la facultad de revisión de las prescripciones explícitas iniciales a la luz de los principios y valores subyacentes al sistema. Un ejemplo típico de este ejercicio es el control concentrado y difuso de la constitucionalidad que puede hacer que una conducta inicialmente prohibida quede como permitida o, por el contrario, que una solución que inicialmente estaba permitida termine como prohibida por la ponderación de los principios.

Para concluir este punto de la existencia de las lagunas y pasar a la segunda parte de la reflexión, he de sostener que gran parte de la discusión entre sustantivistas y deflacionarios se debe –no en todos los casos, pero sí en la mayoría de ellos– a un malentendido en cuanto a los niveles del discurso, tornando la discusión en meramente aparente. Para esclarecer el asunto habrá que poner en práctica las recomendaciones de la filosofía analítica de hacer un esclarecimiento previo de las cargas semánticas inferenciales presentes en los términos que usamos para saber primero «si estamos hablando de lo mismo».

Para KELSEN, existe una laguna cuando no es posible decidir un caso por falta de solución expresa en el ordenamiento jurídico. Él escribe en un momento en

el que el ordenamiento no contiene exigencias internas y positivas de solución –más allá de la posibilidad de eliminar una norma por contrariedad a la Constitución, en cuyo caso habrá una exigencia interna negativa–, y de tenerlas no era el juez el llamado a resolverlas, sino el legislador. Es preciso recordar también que, en el momento en que KELSEN desarrolla su teoría, las constituciones tenían componente orgánico predominante y un tenue y limitado aspecto axiológico o dogmático. En ese sentido, es sencillo para él concluir que si la pretensión procesal para ser procedente debe contener una exigencia otorgada efectivamente por un derecho subjetivo, en caso de no existir la previsión de tal derecho subjetivo y más, del deber correlativo que implica, entonces la pretensión deviene en improcedente y el juez debe declarar sin lugar la demanda. Para KELSEN «el tema de que frente a una solución injusta, el juez pueda decidir apartarse» del Derecho para crear una solución *ex novo*, no consiste en una laguna, sino, técnicamente, en una competencia distinta dada al juez de crear la solución que considere más justa para el caso concreto.

Para BAYÓN y BULYGIN, la preocupación teórica y práctica surge precisamente de la existencia de ese universo de casos no explícitamente regulados que habilitan al juez a decidir discrecionalmente. Las exigencias principistas que superabundan en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, producto del éxito de ciertas corrientes iusfilosóficas, generan así vacíos que hacen incompleto al sistema y que esfuman en la práctica la seguridad jurídica inicial de conocer cuál será la respuesta judicial precisa.

Así pues, la diferencia de fondo entre los autores comentados es que se refieren de manera idéntica a fenómenos y preocupaciones diferentes: la preocupación de BULYGIN y BAYÓN es dar cuenta de esta falta de regulación que, por exigencias de los principios que subyacen en el sistema, no puede por sí misma ser justificación suficiente para desestimar la demanda y la preocupación de KELSEN es demostrar que esto es simplemente una competencia extra del juez y que así, entonces, el Derecho es lógicamente completo. Unos llaman laguna a lo que KELSEN llama «competencia de creación judicial del Derecho».

#### **4. Un ejemplo práctico de la relevancia de la cuestión de las lagunas en el Derecho**

Ese poder en manos de los jueces resulta especialmente delicado en caso del control concentrado de la constitucionalidad, que en nuestro ordenamiento tiene una gran amplitud.

Un caso en Venezuela, en el que se ha hablado de laguna del Derecho y que ha tenido una enorme relevancia para el desarrollo de los eventos políticos de los últimos años es el de la sentencia N° 2 del 9 de enero de 2013 en la que la Sala Constitucional<sup>17</sup>, en ponencia conjunta de los magistrados –a pesar de que tal posibilidad no aparece consagrada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia– declara que no había ausencia absoluta del presidente de la República, Hugo Chávez Frías, si no se presentaba el 10 de enero de 2013 para su juramentación ante la Asamblea Nacional.

En efecto, dicho procedimiento se trata de un recurso de interpretación del contenido y alcance del artículo 231 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, precisamente ante el cuestionamiento de quién debería asumir la presidencia de la República si el presidente no se presentaba el 10 de enero de 2013 para su juramentación por estar internado en Cuba recibiendo tratamiento contra el cáncer que lo aquejaba.

La Sala Constitucional no hizo referencia expresa a estar frente a una laguna; sin embargo, el hilo de su argumentación estuvo signado precisamente por una decisión positiva en un caso para el que reconocidamente no había solución expresa. En efecto, señaló que no se había configurado una ausencia absoluta por no estar la salida del territorio nacional prevista como una causal de falta absoluta ni tampoco como falta temporal, por ser necesario para eso un decreto del Jefe de Estado que así lo dispusiera.

La cuestión era compleja: si el presidente electo no tomaba posesión del cargo, ¿qué pasaría con el Gobierno? De acuerdo al artículo 233 de la Constitución

<sup>17</sup> Vid. <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#1>.

de la República Bolivariana de Venezuela, si se producía una falta absoluta del presidente electo antes de tomar posesión del cargo, quedaba encargado de la presidencia el presidente de la Asamblea Nacional. Sin embargo, este no era el supuesto por no haberse configurado en el caso concreto la falta absoluta. Este parece ser un típico caso de laguna axiológica, que la Sala resolvió de la forma siguiente:

Recapitulando la posición sostenida a lo largo de este fallo, se concluye lo siguiente: i. Hasta la presente fecha, el Presidente Hugo Rafael Chávez Frías se ha ausentado del territorio nacional, por razones de salud, durante lapsos superiores a «cinco días consecutivos», con la autorización de la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 235 de la Constitución, la última de las cuales se encuentra plenamente vigente y fue ratificada en sesión de la Asamblea Nacional de fecha 8 de enero de 2013. ii. No debe considerarse que la ausencia del territorio de la República configure automáticamente una falta temporal en los términos del artículo 234 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin que así lo dispusiere expresamente el Jefe de Estado mediante decreto especialmente redactado para tal fin. iii. A diferencia de lo que disponían los artículos 186 y 187 de la Constitución de 1961, que ordenaban que en caso de existir un desfase entre el inicio del período constitucional y la toma de posesión, el Presidente saliente debía entregar el mandato al Presidente del Congreso y procederse «como si se tratara de una falta absoluta»; la Carta de 1999 eliminó expresamente tal previsión, lo cual impide que el término del mandato pueda ser considerado una falta absoluta (que, por otra parte, tampoco está contemplada en el artículo 233 constitucional como causal y sería absurdo en el caso de un Presidente reelecto y proclamado). iv. A pesar de que el 10 de enero próximo se inicia un nuevo período constitucional, no es necesaria una nueva toma de posesión en relación al Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, en su condición de Presidente reelecto, en virtud de no existir interrupción en el ejercicio del cargo. v. La juramentación del Presidente reelecto puede ser efectuada en una oportunidad posterior al 10 de enero de 2013 ante el Tribunal Supremo de Justicia, de no poder realizarse dicho día ante la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 231 de la Carta Magna. Dicho acto será fijado

por el Tribunal Supremo de Justicia, una vez que exista constancia del cese de los motivos sobrevenidos que hayan impedido la juramentación. vi. En atención al principio de continuidad de los Poderes Públicos y al de preservación de la voluntad popular, no es admisible que ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional y la juramentación de un Presidente reelecto, se considere (sin que el texto fundamental así lo pauté) que el gobierno queda *ipso facto* inexistente. En consecuencia, el Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa.

Este es un caso en el que se argumentó la existencia de una laguna y el juez constitucional procedió a llenarla con una solución que estimó más coherente con los valores subyacentes al sistema y que efectivamente iba en contra de las soluciones constitucionales dispuesta *prima facie*.

## **5. La influencia del neoconstitucionalismo como causa de la superabundancia de principios que hacen relevantes casos no regulados**

A modo de conclusión y de reflexión muy incompleta quiero dejar abierto un asunto que considero importante: el éxito del neoconstitucionalismo en nuestra comprensión del orden jurídico y de la influencia del texto constitucional en la predeterminación positiva de las soluciones últimas del sistema ha generado una insana tendencia a ampliar la capacidad creativa de las soluciones de los jueces.

En concreto, pretendo en estas últimas líneas situar de qué manera esta tendencia del pensamiento jurídico ha influido nuestra concepción de los valores y principios subyacentes en el sistema que, por su abundancia y poco definida carga semántica, generan un divorcio patente y numerosos divorcios entre soluciones *prima facie* o iniciales y las soluciones concluyentes, que exacerbaban la crítica acerca de la poca legitimidad democrática de las soluciones creadas por los jueces.

El neoconstitucionalismo se autoconcibe como una nueva forma de interpretar y comprender todo el sistema jurídico y que tiene como insumo primario –y propiciado– que las constituciones contengan un componente axiológico abundante, especialmente expresado en principios y en las cláusulas de derechos fundamentales.

Esta prominente dimensión axiológica de la Constitución, como ha sostenido GARCÍA AMADO<sup>18</sup>, implica un «orden de valores de carácter objetivo» y también una moral constitucionalizada que otorga a los tribunales y otros órganos aplicadores del Derecho la capacidad de otorgar una respuesta coherente con los principios, o valores consagrados, pero lo que, en criterio de muchos, es una competencia en blanco para creación judicial de Derecho.

La idea de fondo es entender la existencia de un orden jurídico que está potencialmente preconfigurado por las exigencias valorativas de la Constitución, independientemente del desarrollo que al respecto haga o pueda hacer el legislador.

El mismo GARCÍA AMADO sostiene que la ponderación, método utilizado por los aplicadores para hacer un balance de los valores o principios aplicables en el caso concreto y generar así la solución que realiza dichos valores, no cumple sus propósitos esenciales, pues, a pesar de que los defensores de la «respuesta correcta» por un objetivismo y cognitivismo ingenuo, creen que todas las soluciones están objetivamente predeterminadas, cuando es el caso que el nivel de abstracción –por no decir vaguedad o ambigüedad– hacen semánticamente indeterminadas sus soluciones, lo que genera en la práctica un desbordamiento de sus funciones –cosa que en Venezuela hemos vivido muy de cerca, en especial en estos últimos tiempos–.

Detrás de esta postura del neoconstitucionalismo, que tiene un fuerte raigambre metafísico, se oculta una visión renovada y aplicada del iusnaturalismo, o como la califica el mismo GARCÍA AMADO, de iusmoralismo.

---

<sup>18</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *¿A qué llamamos neoconstitucionalismo?*, 2016, <http://legis.pe/a-que-llamamos-neoconstitucionalismo/>.



Así, es preciso sostener que identificar lagunas es, en un sentido, un asunto profundamente valorativo –más allá, como sostiene BAYÓN, de la distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas–, pues debe identificarse, como se señaló *supra*, que donde el Derecho no ha propuesto una regulación particular allí donde «debió», en términos de exigencia de principios subyacentes, preverla. Esta valoratividad en la captación de las lagunas se ve notablemente –y a mi juicio también peligrosamente– acrecentada por ciertas tendencias del pensamiento jurídico que dan un papel muy relevante a entidades normativas sumamente abstractas que, precisamente por ello, agregan dificultad a su captación y a la determinación de sus propiedades inferenciales, por lo que identificar y solucionar las lagunas resulta en una poderosa arma que muchas veces implica no recurrir a las prácticas convencionales para determinar el significado y alcance de ciertos valores en una sociedad, sino que tras la hermosa esperanza de un ordenamiento más justo, se esconde la terrible posibilidad para que los jueces se coloquen sin controles, sobre los órganos democráticos llamados naturalmente a regular de manera directa la vida en sociedad.

\* \* \*

**Resumen:** El presente trabajo aborda el polémico tema de las lagunas en el Derecho. Concretamente, resalta las particularidades del Derecho como sistema y si sobre él pueden existir lagunas. Para ello examina doctrina y trae a colación un caso resuelto por la Sala Constitucional donde se aplicó, con matices, la tesis del vacío constitucional. Por último, reflexiona brevemente sobre el neoconstitucionalismo y sus contingencias. **Palabras clave:** lagunas en el derecho, integración, neoconstitucionalismo. Recibido: 05-03-16. Aprobado: 27-04-16.

