



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política

Filosofía del Derecho

Curso 2016/2017

LAS LAGUNAS DEL DERECHO

Francisco Javier Vicente Ávila

Dirigido por: Don José Antonio Ramos Pascua

Febrero de 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política

Filosofía del Derecho

LAS LAGUNAS DEL DERECHO

THE GAPS IN LAW

Francisco Javier Vicente Ávila

sevi@usal.es

Dirigido por: Don José Antonio Ramos Pascua

Resumen

Las lagunas del derecho son un concepto familiar en la esfera legal, pero al mismo tiempo se trata de unas grandes desconocidas para la sociedad. Por ello, lo que el trabajo pretende es mostrar dicho tema desde su comienzo, sin dejar de lado teorías de grandes autores de la filosofía del derecho intentando ofrecer al lector una definición lo más clara posible dada la complejidad del concepto, así como también un recorrido sobre el problema de las mismas y haciendo hincapié para ayudar así a una global comprensión de las diferentes clases de lagunas existentes en el ordenamiento jurídico y la clasificación de las mismas. La importancia de este tema, radica en la necesidad que tiene el sistema jurídico de presentarse como un ente que se considere lo más pleno posible, coherente y unitario a la vez, convirtiéndose estos rasgos en imprescindibles para el ordenamiento jurídico, viéndose afectado no solo con la presencia de las lagunas en la ley, sino además con el silencio sobre la forma de solucionarlas.

Palabras clave: Ordenamiento jurídico, Derecho, laguna, ley, caso concreto.

Abstract

The loopholes of law are a familiar concept in the legal sphere, but at the same time they are great strangers to society. Therefore, what the paper intends is to show the topic from the beginning, without leaving aside theories of great authors of the philosophy of law, trying to offer to the reader a definition as clear as possible, taking in account the complexity of the concept, as well as a journey on the problem and emphasizing to help in this way a global understanding of the different kinds of gaps existing in the legal order and the classification of them. The importance of this subject lies in the need for the legal system to present itself as a body that is considered as complete as possible, coherent and unitary at the same time, making these features essential for the legal order. Affected not only by the presence of loopholes in the law, but also with the silence on how to solve them.

Keywords: Legal order, Law, gap, law, concrete case.

ÍNDICE

Introducción.....	1
<u>Capítulo I: El problema de las lagunas del derecho</u>	
1. Teorías que niegan la existencia de lagunas	4
2. Teoría del espacio jurídico vacío	5
3. Teoría de la norma general exclusiva	7
<u>Capítulo II: Sobre el concepto de laguna del derecho</u>	
1. Definición	11
2. Causa de las lagunas de ley	13
3. Clases de lagunas	14
4. Laguna y suplencia de ley, diferencia entre ambos términos	19
5. Efecto de las lagunas de ley en el ordenamiento jurídico	20
<u>Capítulo III: Métodos de integración</u>	
1. Integración	23
2. Autointegración	25
3. La analogía como método de autointegración	26
4. Los Principios Generales del Derecho	29
5. La equidad, elemento para la aplicación de la analogía y los principios generales del derecho	31
6. Equidad como método de integración	32
7. Heterointegración	33
Conclusiones	36
Bibliografía.....	39

Introducción

Nos disponemos a iniciar un recorrido sobre una de las cuestiones más relevantes dentro de la filosofía del Derecho, y del Derecho como elemento regulador de la sociedad. Prácticamente en todo momento nos va a acompañar el autor italiano Norberto Bobbio. Tras una exposición sobre la problemática de las lagunas en el ordenamiento jurídico nos disponemos a analizar aquellas teorías que niegan la existencia de lagunas en el ordenamiento en contraposición de aquellas que, si las aceptan, analizando aquellos argumentos que ambas proponen para defender sus teorías. Después de ello, dispondremos de una definición clara de laguna de manera que dotamos al lector de una adecuada base para así proceder a los distintos tipos de lagunas existentes en el ordenamiento jurídico y hacer una comparativa entre las diferentes clasificaciones de estas que ha hecho la doctrina a lo largo de la historia. Para una adecuada definición tanto del término objeto del trabajo como de sus diferentes clases ha sido ineludible acudir a otros conceptos jurídicos los cuales se ven afectados por las lagunas, como son la coherencia, la plenitud y la unidad del ordenamiento. En la última parte del trabajo hablamos de los medios de los que dispone el ordenamiento para dar solución a las lagunas, entre los más importantes se encuentran la analogía, los principios generales del derecho y la heterointegración, que han sido los más influyentes a lo largo de la historia, analizaremos cada uno de ellos, como se emplean, los requisitos que deben de cumplir para ser aplicados, así como los límites al uso de cada uno de ellos.

El objetivo del trabajo como no puede ser de otra forma, es introducir al lector y hacerle comprender de manera más simple la importancia de las lagunas, su clasificación y las diferentes formas existentes de superar estas. Se trata de un tema que socialmente no tiene mucha difusión pero que se trata de una materia importante cuando se presenta en la vida real.



Capítulo I: El problema de las lagunas del derecho

La existencia de lagunas jurídicas en los ordenamientos ha sido admitida desde la antigüedad. Es a partir del siglo XIX cuando se produjo una fuerte reacción en contra del dogma de la integridad y plenitud del ordenamiento jurídico, incluso se llegó a negar la existencia de las mismas por teorías que analizaremos más adelante. Hoy en día, se ha convertido en una realidad inevitable que en cierta parte limita una de las características esenciales de todo ordenamiento jurídico, la plenitud, pero que puede ser salvada.

Parece pues, imposible que tras la gran variedad de actividad legislativa existente en los tiempos que corren las normas sean insuficientes para regular todos los casos que pueden darse en las relaciones existentes entre los individuos que conforman la sociedad, pero hay que tener en cuenta que la evolución de la vida es constante y de forma continua debido al proceso de evolución de la sociedad van a surgir nuevas situaciones que de forma anticipada el derecho no podría haber prevenido, por lo que el material normativo existente hasta entonces resultaría insuficiente para resolver casos determinados que no existían en el momento de creación de la norma.

Esto no quiere decir que un caso no regulado por el ordenamiento jurídico deba quedar sin solución, pues los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de proporcionar una solución a todo caso que les es planteado. De forma que en muchas ocasiones, en vez de ser los órganos encargados de aplicar el derecho se convierten en órganos de los cuales emana el mismo, puesto que tiene la obligación de dar solución a todos los casos planteados, sino tiene regulación de la cual emitir una decisión justa, este tendrá que elaborarla.

Hasta hace recientemente poco tiempo la cuestión de las lagunas en el derecho ha sido un tema que no ha tenido mucha importancia en el derecho español, puesto que no había muchos estudios referentes a ello. Actualmente si se ha visto más interés por parte de nuestros juristas y filósofos incidir en ello.

Según Perelman: *“el problema de las lagunas tal como lo conocemos hoy, nace con la limitación del poder judicial, seguido de la admisión de la doctrina de la separación de poderes, principal garantía contra el absolutismo real 'y los abusos del Ancien Régime. después de la revolución francesa queda consagrada la preponderancia de la ley y del poder legislativo, emanación de la nación. Se reduce el papel del juez al de un simple*



instrumento de aplicación de la ley".¹ Según este autor, la limitación del juez a la hora de aplicar una solución al caso que se plantea contribuye a la creación de lagunas en el ordenamiento jurídico, pues es cierto, como veremos más adelante, que la ley no contiene solución a todos los conflictos que se pueden derivar de las relaciones sociales. El legislador no puede prever todas las controversias que pueden ocurrir en una sociedad tan variada como la actual. No se le deja al juez libre interpretación de las mismas, lo cual podría contribuir a abarcar más casos y no solo aquellos contemplados por el legislador en el instrumento legal emanado de las cámaras para su posterior aplicación.

Según autores como Engisch, *"las lagunas aparecen cuando el derecho no puede dar una solución inmediata a una cuestión jurídica."*² Por su parte, para Canaris, hay laguna *"cuando el derecho no da solución a un caso que en su totalidad exige una solución a la cuestión planteada."*³ Se podría decir que las lagunas serían algo inevitable de la incapacidad de la naturaleza humana a la hora de crear las leyes para dar respuesta a todos los posibles casos que se pueden dar en la vida real. Toda ley, por muy pensada que esta esté, inevitablemente tiene lagunas. En consecuencia, de lo dicho anteriormente, tan sólo podremos hablar de laguna para aquellos supuestos en los que no sea posible encontrar una norma que resulte de aplicación a un caso concreto.

La ausencia de una norma de manera general se denomina "laguna", por lo que el termino integridad significa *"ausencia de lagunas"*. Para Bobbio: *"un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regula cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado por una norma del sistema"*.⁴ Por otra parte, y siguiendo con el pensamiento del mismo autor, la *"no integridad consistiría en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíba un determinado comportamiento ni una norma que lo permita."* Con ello Bobbio quiere decir que, si ni la prohibición ni la permisión de un determinado comportamiento está regulado en el sistema, entonces este tiene una laguna. Para comprender mejor estas palabras debemos dar una definición de lo que Bobbio considera coherencia del ordenamiento jurídico, entiendo esta como: *"propiedad por la cual no es posible*

¹ SEGURA ORTEGA, MANUEL, "El problema de las lagunas del derecho", *Anuario de filosofía del derecho VI*, 1989 p. 286

² SEGURA ORTEGA, MANUEL, "El problema de... op., cit., p. 287

³ SEGURA ORTEGA, MANUEL, "El problema de... op., cit., p. 287

⁴ BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, Madrid: Debate; 1991, p. 221



*demostrar, en ningún caso, la pertenencia al sistema de una determinada norma y de su contradictoria”.*⁵

Dogma de la integridad

El dogma de la integridad es el principio el cual confirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que este pueda ofrecer al juez una solución al caso planteado sin que este tenga que recurrir a la equidad. Este dogma comenzó poco a poco siendo considerado por el antiguo Derecho Romano como aquel derecho por excelencia enunciado en el *Corpus Iuris*, al cual se consideró en su momento que no había que agregarle ni quitarle nada, pues se consideró que el intérprete del mismo estaría en la capacidad de dar solución a los problemas planteados.

Hoy en día este dogma se ha convertido en parte del componente de una concepción estatista del derecho, pues hace de la producción normativa del estado un monopolio del Estado. Según crecía el Estado moderno, las fuentes del derecho se iban agotando, por lo que se volcó sobre el origen de derecho estatal, por lo que no se reconocía otra fuente que no tuviera un origen de manera directa o indirecta con el soberano. Al emanar todo el derecho del Estado, este debía regular todos los casos que fueren planteados ante él, por lo que no cabría la posibilidad de que en este cupiera laguna alguna que lo debilitara. La posibilidad de admitir lagunas en el derecho, es decir, que este no fuera completo, significaría la incursión en el mismo de un derecho paralelo, por lo que se rompería dicho monopolio del estado en la creación de normas, aquí encontramos la afirmación de dicho dogma y que este vaya de forma paralela al monopolio legislativo por parte del Estado. Para la sustentación de este monopolio de creación del derecho por parte del Estado, el derecho debe servir para todo uso, de lo contrario sería incompleto.

1. Teorías que niegan la existencia de lagunas

Frente a lo expuesto anteriormente, donde hemos visto la problemática de la existencia de las lagunas en el ordenamiento jurídico, así como opiniones y argumentos de autores que así lo defienden, también existe la postura opuesta, autores y teorías que niegan la existencia de tales lagunas en el ordenamiento jurídico, vamos a analizar dos de ellas, la teoría del espacio jurídico vacío y la teoría de la norma general exclusiva.

⁵ BOBBIO, N., “Teoría general...”, op., cit., p. 222



2. Teoría del espacio jurídico vacío

Se trata de una corriente de pensamiento libre, de libre investigación del derecho. Esta se presenta a los estudiosos del derecho como una encarnación del derecho natural, el cual se consideraba derrotado desde la escuela histórica, pues admitir esta significaría tumbar el muro de la legalidad como defensa del individuo y abrir de par en par las puertas al arbitrio y a la anarquía. El concepto de integridad en esta época no era visto como un mito, sino todo lo contrario, como una exigencia de justicia, la certeza.

En un primer momento el argumento esgrimido por los positivistas consistió en el *espacio jurídico vacío*, enunciado por uno de los firmes defensores de esta teoría, Karl Bergbohm, cuyo razonamiento resume Bobbio de la siguiente manera: *“toda norma jurídica representa una limitación a la libre voluntad humana; por fuera de la esfera regulada por el derecho, el hombre es libre de hacer lo que desee. El ámbito de actividad de un hombre puede, por tanto, considerarse dividido desde el punto de vista del derecho, en dos compartimentos: aquel en el cual está vinculado por normas jurídicas y que podemos denominar el espacio juicio pleno, y aquel en el cual es libre y que podemos llamar espacio jurídico vacío”*.⁶ Deducimos pues, que para Berghom existe vínculo jurídico o existe plena libertad, que puede aumentar o disminuir con la creación y derogación e leyes que regulen más o menos casos.

Llevando esta teoría al caso que nos ocupa, las lagunas del derecho, llegamos a la conclusión de que un caso estará sujeto a las normas jurídicas siempre y cuando estas lo regulen de forma expresa, de lo contrario, al no estar regulado lo encuadraríamos en la esfera que no pertenece al ámbito jurídico, por lo que sería jurídicamente irrelevante.

Entonces llegamos a la idea que esta teoría nos quiere mostrar, que el ordenamiento jurídico no tiene espacio para las lagunas, el derecho se presenta como un ente íntegro y completo en el que no hay lugar para las lagunas. Según este razonamiento allí donde el derecho llega no hay lagunas, pero allí donde no llega nos encontraríamos en el espacio jurídico vacío, no en una laguna, sino en aquella actividad que es irrelevante a los ojos del derecho. No hay un espacio intermedio entre la existencia o no de lagunas en este pensamiento, pues todos los casos se encuadran en dos esferas, en lo jurídicamente

⁶ BOBBIO, N., “Teoría general...”, op., cit., p. 230



relevante y en lo jurídicamente irrelevante, ningún caso puede quedar fuera de estas dos esferas, negando así la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico.

Siguiendo con la teoría de Bergbohm, Romano se atiene a lo esencial de la teoría de este, pues el autor italiano tiene la concepción de que el derecho de un Estado no puede contemplar todas las relaciones que tienen lugar dentro del ámbito de aplicación de este, sino solo a aquellas que ofrecen un interés para el Estado y aquellos fines que este persigue, esto viene a decir que; *“exigen materias que no caen dentro del ámbito del Estado porque este se desinteresa de ellas, de tal forma que no hay motivo para tenerlas en cuenta.”*⁷ Según el razonamiento de Romano, las materias que no integre el ordenamiento jurídico han de considerarse jurídicamente irrelevantes, formándose así un campo en el cual no se reconocen ni derechos ni obligaciones para el individuo.

Romano afrontará esta cuestión desde dos puntos de vista diferentes, el primero de ellos desde el normativo, en el cual afirma que el derecho no es completo ni incompleto, sino que simplemente hay materias que son reguladas por el y otras que no lo son, estas últimas serían jurídicamente irrelevantes. Se puede deducir que asume que el ordenamiento jurídico es limitado, pero ello no significa que tenga laguna. Desde una perspectiva institucional, en la cual Romano sí que acepta la existencia de lagunas, dice que el Estado se compone de partes que son dependientes unas de otras y se puede dar el caso de que alguna de ellas decaiga, de tal manera que el ordenamiento queda mutilado.

Por su parte Engisch tiene una interpretación que se aproxima a la anterior, para el: *“esta teoría puede ser reforzada mediante un concepto muy interesante: el concepto de espacio no sometido a regulación jurídica. Este concepto posibilita la siguiente argumentación: el todo jurídico se extiende sobre determinados campos, y en este sentido es hermético. Junto a los campos que están jurídicamente regulados hay otros a los que el Derecho no llega, como, por ejemplo, el campo del puro pensar o de las relaciones de la vida social. Estos campos se encuentran en el espacio no sometido a regulación jurídica; sin embargo, aquí no tenemos lagunas, sino algo que se encuentra completamente fuera del Derecho.”*⁸ Como se puede observar, para Engisch existen dos

⁷ ITURRALDE SESMA, M.V., “Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas”, Boletín oficial del Estado, BOE, 1988, p. 348-353

⁸ SEGURA ORTEGA, MANUEL, “El problema de... op., cit., p. 291



esferas, la jurídica que es completa y la no jurídica la cual tiene una existencia propia e independiente.

Manuel Segura Ortega, en su artículo, “*el problema de las lagunas del derecho*” publicado en el Anuario de Filosofía del Derecho VI (1989) critica esta concepción, pues motiva que dicha concepción no se corresponde con la realidad, lo argumenta en base a tres argumentos. En primer lugar, la separación que hace Engisch tan tajante entre lo jurídicamente relevante y lo indiferente al derecho no es posible hacerla, puesto que en ocasiones una esfera incide en la otra. En segundo lugar, hace referencia a las instituciones, pues la sociedad en su proceso de evolución implica la transformación de las instituciones de forma constante, por lo que las regulaciones, lo jurídicamente relevante, nunca puede ser completo. Y tercer lugar, es que, partiendo de la división de las dos esferas, la esfera de lo jurídicamente relevante no es completa, pues es cierto que dentro de esta hay ocasiones en la que no se encuentra solución alguna.

La conclusión a la que podemos llegar tras analizar los puntos de vista sobre esta teoría de varios autores, es que hoy día no existe argumento alguno con el que podamos defenderla, puesto que debemos aceptar que el ordenamiento jurídico es una realidad cambiante que evoluciona con los cambios que se producen en la sociedad la cual regula adaptándose este a ella y viceversa.

3. La teoría de la norma general exclusiva

El pensamiento seguido por los autores que son firmes defensores de esta teoría lo podemos resumir de la siguiente manera: “*Una norma que regula un comportamiento no sólo limita las reglamentaciones y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas que se derivan de esa reglamentación para aquel comportamiento, sino que al mismo tiempo excluye de aquella reglamentación todos los demás comportamientos*”.⁹ Siguiendo este razonamiento podemos llegar a una fácil conclusión; siempre que se cree una norma particular, esta irá acompañada de otra norma general exclusiva, en la que se engloban los comportamientos que no son recogidos por la norma particular que regula un determinado comportamiento.

Según esta teoría de la norma general exclusiva, no existe ningún espacio de la actividad humana que quede al fuera de la regulación jurídica y que haya de ser

⁹ BOBBIO, N., “Teoría general...”, op., cit., p. 233



calificado como jurídicamente vacío. Hay diversos autores que defienden esta tesis, uno de ellos es Zitelman, para el cual: *“En la base de toda norma particular que sanciona una acción con una pena o con la obligación de resarcir daños, o que atribuye cualquier otra consecuencia jurídica, está siempre sobreentendida e implícita una norma fundamental, general y negativa, según la cual, prescindiendo de estos particulares casos, todas las otras acciones están exentas de pena o de resarcimiento puesto que toda norma positiva, con la que se atribuye una pena o un resarcimiento es, en este sentido, una excepción a la norma fundamental general y negativa”*.¹⁰ Lo que este autor quiere decir es que para que una acción produzca efectos jurídicos esta debe estar prevista en las normas que componen el ordenamiento jurídico, si el hecho en sí no está regulado por dicho ordenamiento, este no producirá efectos y no sería necesario regla alguna que lo regulara. Según esta argumentación, al aparejar un comportamiento de una determinada manera, se excluye de esta valoración todos los demás comportamientos no previstos en ella. Por lo que los no previstos en ellas se encuentran previstos en la norma general exclusiva.

El profesor italiano Donati dice lo siguiente respecto a esta teoría: *“Dado el complejo de las disposiciones que, previniendo determinados casos, establecen para éstos la existencia obligaciones, del conjunto de las disposiciones se deriva al mismo tiempo una serie de normas particulares inclusivas y no norma general exclusiva: una serie de normas particulares dirigidas a establecer para los casos particulares considerados determinadas delimitaciones, y una norma general dirigida a excluir cualquier limitación para todos los demás casos no considerados particularmente. Por fuerza de esta norma todo caso posible encuentra en el ordenamiento jurídico su regulación. Dado un caso determinado, o existe en la legislación una disposición que particularmente lo considere, y de ésta se derivará para el mismo caso una norma particular, o bien no existe y entonces caerá bajo la norma general indicada”*.¹¹

En referencia a lo dicho anteriormente Donati, expone en su obra *“Il problema delle lacune dell’ordenamiento guiridico”*, el ordenamiento jurídico como un ente orgánico completo compuesto de:

- a) Una serie finita de “normas particulares inclusivas”

¹⁰ BOBBIO, N., *Teoría general...*, op., cit., p. 234

¹¹ BOBBIO, N., *Teoría general...*, op., cit., p. 234



- b) Una serie de normas suplementarias a las precedentes.
- c) Una norma general exclusiva.

Para Donati es necesario la existencia de la norma general exclusiva, puesto que llena las lagunas dejadas por las otras normas, de tal manera excluye así la posibilidad de que pueda existir en el ordenamiento jurídico laguna alguna. En este sentido podemos decir que la existencia de la norma general exclusiva, que defiende con esta argumentación Donati, recoge los casos que no están expresamente previstos por el ordenamiento jurídico, aquellos que no producen efectos y no se encuentran dentro de este. Por lo que podríamos decir que esta tesis de la norma general exclusiva defendida por Donati recoge aquellos casos no regulados en el ordenamiento jurídico a los que hace referencia Zitelamn y que hemos visto con anterioridad. Esta norma es vista por Donati como constitutiva de una relación jurídica definida.

Otro autor italiano, Brunetti, en su aportación a la teoría de la norma general exclusiva, distingue dos problemas:

- a) el problema de la completitud del *ordenamiento jurídico*, y
- b) el problema de la completitud del *ordenamiento legislativo*.

En referencia al primero de ellos, sostiene que no puede hablarse de laguna en el ordenamiento en sí misma, es decir, no hay carencia de norma, sino que lo cabe es una laguna en el sentido ideológico, la falta de un derecho ideal (con esta teoría podemos entender mejor las lagunas en los diferentes ordenamientos jurídicos de los diferentes países del mundo, así como su cultura) y esto puede ser debido a que no exista una manifestación perfecta del Estado. Con el fin de que fuese concebible una laguna en el ordenamiento jurídico, Brunetti sostiene que sería necesario hacer un juicio acerca de la licitud u obligatoriedad sobre esa cuestión para valorar si es un hecho es debido o no debido y si este podría encontrar alguna base en el ordenamiento jurídico. Con ello adonde Brunetti quiere llegar es a sugerir la aplicación por parte del juez del argumento *a contrario*, considerar como permitidos todos aquellos comportamientos que no están ni permitidos ni prohibidos por las normas que componen el ordenamiento jurídico.¹²

¹² ITURRALDE SESMA, M.V., “Análisis de algunas cuestiones ...”, op., cit., p. 348-352



Esta teoría también tiene su punto débil, pues se desprende que está bien fundamentada ya que todo lo que dice lo dice con rigor, pero en la misma no se dice que en un sistema jurídico, aparte de las ya explicadas, norma particular y aquella que le sigue como si de una sombra se tratara, norma general excluyente, también hay otra clase de norma que no es mencionada por esta teoría, se trata de la norma inclusiva. Se trata de una norma en la cual, en caso de laguna el juez, deber recurrir a aquellas normas que regulan casos similares al que es objeto de discusión y que no encuentra una solución contenida en las normas particulares que regulan determinados comportamientos ni tampoco en la norma general excluyente que sigue a esta, la característica de esta norma inclusiva es regulara de manera similar aquellos casos que no son comprendidos en la norma particular y si en la norma general exclusiva, es decir, si en la resolución de un caso no regulado aplicamos la norma inclusiva este se resolverá de manera idéntica que si lo hiciera la norma particular, en caso de aplicar la norma general exclusiva el caso no regulado se resolvería de modo opuesto que si utilizamos la norma particular o norma inclusiva. En última instancia, la decisión de utilizar una norma u otra para la resolución del caso recae sobre el intérprete, sobre este también recaerá la decisión de aplicar la norma general exclusiva en el caso de que hubiese laguna en el sistema jurídico o bien aplicar la norma general inclusiva, en la primera opción operaría *argumetum a contrario*, en la segunda, el *argumetum a simili*.

Pero si para un caso que no se encuentra regulado le podemos aplicar tanto la norma general exclusiva como la norma general inclusiva nos encontraríamos ante la fórmula de que para todo caso existe una solución jurídica, en esta ocasión debemos aplicar otra fórmula a través de la cual hay, al menos, dos soluciones jurídicas:

- 1) Considerar el caso no regulado como diferente al regulado, con la aplicación de la consiguiente norma exclusiva.
- 2) Considerar el caso no regulado como similar al que si está regulado por la norma particular, con la consiguiente aplicación de la norma inclusiva.

Este hecho, de que el caso que no se encuentra regulado por las normas sea objeto de dos soluciones opuestas, pone aún más de manifiesto el problema de las lagunas en el derecho, al existir ambas y la decisión de tomar una u otra corresponde al intérprete de las mismas, al juez de manera general. Existe una laguna que consiste en el hecho de

que el ordenamiento jurídico no dice cuál de ambas decisiones es la correcta para solucionar dicho caso.

Como podemos observar hoy en día, toda la actividad de los hombres está regulada por alguna norma jurídica, pocas o ninguna conducta quedan fuera del ámbito jurídico, ya que estos caerían bajo la regulación de la norma general exclusiva. Por lo que, para negar la existencia de lagunas, la conclusión a la que llegamos es que la norma general exclusiva regula todos aquellos comportamientos realizados por el ser humano que no se encuentran recogidos en las normas que forman la completitud del ordenamiento jurídico. Cualquier comportamiento queda sometido a la regulación jurídica establecida, ya sea dentro del alcance incluyente de las normas particulares, o dentro del campo de exclusión establecido por la norma general excluyente.

Capítulo II: Sobre el concepto de laguna del derecho

1. Definición

La utilización del término laguna en lo que al terreno jurídico se refiere es de crucial importancia, dado que dependiendo del significado que le otorguemos este puede incidir de manera decisiva en la concepción del fenómeno jurídico y que no hagamos algunas preguntas sobre ello; ¿Cuál es su función? ¿Cuándo hay creación del derecho?

Generalmente utilizamos el término laguna para referirnos a una falta o carencia de algo en relación a un todo, el ordenamiento jurídico en este caso. La definición de laguna en la referente al ordenamiento jurídico por parte de la Real Academia Española es la siguiente: *“En los manuscritos o impresos, omisión o hueco en que se dejó de poner algo o en que algo ha desaparecido por la acción del tiempo o por otra causa”*. Por lo que la primera impresión tras leer esta definición es la ausencia de una solución a un determinado caso.

Dentro de los diferentes significados que le podemos otorgar a este término, en la referente al terreno jurídico, el cual nos ocupa, lo que sugiere es la ausencia o falta de una previsión normativa para dar solución a un caso concreto, es decir, no hay norma que regule el caso para darle una solución acorde con el sistema jurídico en el que nos



encontramos.

El término laguna sugiere la idea de ausencia o falta de previsión normativa. Frecuentemente al hablar de laguna se utilizan los términos “*laguna de la ley*” o “*laguna del derecho*”. La primera va dirigida a la ausencia o falta de norma legislativa o consuetudinaria de un Estado, mientras que el segundo de los términos mencionados hace alusión a las normas de las cuales el juez se debe servir para aplicar una solución a un caso concreto

Se trata de una situación de vacío de ley que ha sufrido una patología jurídica al omitir el texto una regulación de una situación concreta en la cual no se encuentra respuesta legal, de manera que se obliga a los sujetos que aplican la ley, llámense abogados, secretarios judiciales o jueces, a emplear técnicas para cubrir dicho vacío, tales como la analogía, la costumbre o los principios generales del derecho, tal como menciona el Código civil en su artículo 1 en los párrafos 3 y 4 que rezan lo siguiente: “3. *La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*”.¹³

Por lo tanto, solo hablaremos de laguna en aquellos casos en los que no sea posible encontrar una norma que resulte aplicable a un caso determinado. Para autores como Bobbio existe laguna “*cuando en un determinado ordenamiento jurídico falta una regla a la cual juez pueda referirse para resolver una determinada controversia*”.¹⁴ Por su parte, para Manuel Segura ortega, la definición más apropiada de laguna del ordenamiento jurídico es la siguiente: “*es la ausencia de regulación por parte del Derecho de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la actividad integradora del juez*”.¹⁵ Podemos observar como aquí ambos autores dan cabida forma indirecta a la aplicación de métodos integradores para la superación de estas lagunas,

¹³ BOE, Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, texto consolidado última modificación, 6 de octubre 2015

¹⁴ BOBIO, N., “Lacune del diritto” en *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1963, Utet, vol IX, p. 418

¹⁵ SEGURA ORTEGA, MANUEL, “El problema de... op., cit., p. 289



algunos de estos pueden ser la heterointegración o autointegración, los cuales analizaremos posteriormente con más detenimiento.

2. Causas de la laguna de ley

Los motivos por los que surgen estas lagunas legales pueden ser muy variados, ya que se generan tanto en el mismo momento de la creación de la norma, como por la evolución que crean nuevos casos que encontramos planteados en la ley al momento de aparecer los mismos. Pueden surgir nuevos casos no previstos por el legislador, incluso dentro de las hipótesis previstas legalmente cuyos matices impiden la aplicación de la norma general, así lo podríamos encontrar en el *Digesto*: “*neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur*”¹⁶

Otra de las causas por las que pueden aparecer lagunas en el ordenamiento jurídico puede ser el incumplimiento por parte del legislador del mandato constitucional. Cuando exista en el ordenamiento jurídico una antinomia entre normas de igual jerarquía y los criterios para resolver la mismas no permitan la aplicación de ninguna de las normas en conflicto surge el supuesto de que se invalida la norma existente que da solución al caso produciéndose de este modo un vacío normativo, nos encontramos ante una laguna de colisión en esta situación.

Lo mismo sucede si las normas están mal redactadas, es decir, tienen deficiencias técnicas en el lenguaje, como pueden ser los conceptos jurídicos indeterminados, vagos u ambiguos que hacen que sea muy difícil o incluso imposible hacer la interpretación correcta al caso concreto. También las causas políticas dan lugar a lagunas jurídicas, ya que es evidente las diferencias entre los intereses del legislador y los de un determinado sector social donde se encuentran supuestos que pueden ser susceptibles de ser regulados pero que no se encuentran normados. Dicha remisión normativa hace que se creen lagunas cuando una norma remite a otra y viceversa, ocasionando así la indecisión.

¹⁶ ARCE Y FLÓREZ VALDÉ, J., *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid 1990, p. 29.



3. Clases de lagunas

Antes de meternos en el asunto de la clasificación de los diferentes tipos de lagunas existentes, es preciso mencionar las características que debe tener el ordenamiento jurídico, las cuales son las siguientes; unidad, coherencia y plenitud.

Al hablar de unidad decimos que esta existe cuando cada tipo de norma dependiendo de su fuente de producción, va a hacer igual a las que siguen en su misma forma, aunque el contenido que la otra norma regule sea otra materia diferente.

De la coherencia diremos que existe cuando entre las diferentes normas y materias reguladas por el ordenamiento jurídico no se contradigan entre ellas, lo cual nos llevaría a un conflicto de leyes.

En referencia a la plenitud diremos que esta se da cuando cada caso tiene una norma que lo regula. Estas tres características nos llevan a la conclusión de que un ordenamiento jurídico es completo o se encuentra libre de lagunas cuando la persona encargada para dar solución a un caso, el juez, encuentra en el sistema normativo una solución al supuesto planteado.

Para los juristas prácticos, se dice que existe una laguna jurídica cuando un determinado caso exige una solución jurídica y esta no es posible encontrarla dentro del entramado normativo del ordenamiento jurídico al no existir la norma que contemple tal situación.

A continuación, expongo los diferentes tipos de lagunas que nos podemos encontrar en los ordenamientos jurídicos, sin hacer una clasificación en bloque como algunas de las que veremos más adelante, todo ello con el objetivo de hacerle al lector más comprensible en que consiste cada una de ellas para posteriormente ver las diferentes clasificaciones doctrinales que han realizado algunos de los autores de la filosofía del derecho.

Laguna de colisión, realmente en este caso no estaríamos hablando de una verdadera laguna, sería más bien un tipo de antinomia existente en el ordenamiento jurídico, puesto que lo que nos explica este concepto es que hay dos normas que regulan un determinado caso, por lo que la aplicación de una norma excluiría a la otra. Se trata de una laguna de fácil superación, pues para ello estableceríamos los criterios de jerarquía, en la que la norma de mayor rango prevalece sobre la de inferior rango; o bien el de que



la ley especial prevalece sobre la general, o; que la ley posterior, la “más nueva” prevalece sobre la “más antigua”. En este caso no estamos hablando de que el caso planteado no tenga solución, sino de que son aplicable dos soluciones y se produciría un conflicto de normas del ordenamiento jurídico.

Denominamos *laguna técnica* a aquella situación que se produce en el momento en el que el propio legislador establece una norma general sin incluir en el texto legal su expresión directa sobre el desarrollo legislativo. Conte define este tipo de laguna de la siguiente manera “*ausencia de una norma cuya validez es la condición de eficacia de otra*”.¹⁷ En buena medida este tipo de laguna coincide bastante con lo que la doctrina jurídica ha denominado lagunas *intra legem*, la cual analizaremos más adelante. A modo de ejemplo, podemos señalar como laguna técnica aquella en la que una norma hace remisión a otra y esta no se pronuncia sobre el asunto tratado.

Por su parte, las *lagunas lógicas*, son aquel tipo de lagunas en las que, al tratar un determinado caso concreto, ninguna norma de las que se compone el ordenamiento jurídico da ninguna solución al caso planteado. Estas existen debido al llamado “*Principio de clausura*”, que funcionan de tal manera que todo aquello que no está expresamente prohibido en la norma está jurídicamente permitido. Partiendo de ello, podemos afirmar que el derecho vigente es el aplicable y que un acto carezca de regulación no significaría la existencia de laguna, sino que está permitido al no estar expresamente prohibido en la norma del ordenamiento jurídico.

Por su parte, las *lagunas semánticas*, son aquellas en las que se produce una situación de incertidumbre debido al alcance de los términos legales a la hora de su aplicación. Para autores como Alchourrón y Bullygin estas son “*lagunas de reconocimiento*” ya que las definen como “*aquellos casos en los que, por falta de determinación semántica de los conceptos se caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión*”.¹⁸

En lo que al concepto de *laguna normativa* respecta, encuentra a los autores argentinos Alchourrón y Bullygin sus máximos desarrolladores. Se define este tipo de laguna en función de la completitud de la norma, lo cual por ente también incluye la completitud del ordenamiento jurídico del que se trate. Para estos autores existe laguna normativa

¹⁷ITURRALDE SESMA, M.V., “Análisis de algunas... op., cit., p. 351

¹⁸ RODILLA, M., “*Teoría del derecho*, Salamanca: Ratio Legis; 2013. p. 347



cuando hay algún caso que no está relacionado con ninguna solución normativa. Se podría decir entonces que un caso al no estar regulado por las normas que componen el ordenamiento jurídico hay laguna, en este caso lo que no quieren hacer entender estos dos autores es que hay que redefinir el concepto de laguna, puesto que este nos puede llevar a irrelevancias y una noción más definida del término nos daría lugar a microsistemas jurídicos o normativos. Lo que Alchourrón y Buligin nos quieren decir es que la virtud de la definición es la precisión con que se haga esta.

Se llama *laguna axiológica* a aquella que se da cuando de la creación de una norma la solución que esta da al caso que se la va a plantear es injusta. Se considera así, puesto que el legislador a la hora de crear la norma no ha tenido en cuenta todas aquellas propiedades en el momento de creación de la norma y que de haberla tenido el resultado de la norma habría sido distinto, llevaría una solución diferente al supuesto que cupiese aplicar la norma. Según los autores mencionados en el apartado anterior, Alchourrón y Bulygin, la noción de laguna axiológica sería la siguiente: “*un caso de un universo de casos es una laguna axiológica del sistema normativo α con relación a un universo de acciones si y sólo si ese caso es correlacionado por α con una solución del universo de soluciones y existe una propiedad p tal que p debe ser relevante para ese caso de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia y p es irrelevante para α en relación con la tesis de relevancia*”.¹⁹

Dentro de la doctrina de las lagunas del derecho encontramos diferentes posturas acerca de ellas, algunas de las cuales son las siguientes:

- *Doctrina de Del Vecchio*: En la cual autor defiende que en el sistema jurídico no hay cabida para las lagunas por el simple hecho de que los jueces en su ejercicio de aplicar las normas pueden llenar ese vacío existente
- *Doctrina de Alchourron y Bulygin*: Como hemos podido observar anteriormente, estos dos autores defienden que existe laguna cuando en un determinado sistema normativo la solución dada al caso no se relaciona con el supuesto planteado.
- *Doctrina de Bobbio*: Este autor hace una distinción de las diferentes lagunas de la siguiente manera:

¹⁹ RODRÍGUEZ J.L., “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1999, p. 354



1. *Subjetivas*: Serían aquel tipo de lagunas imputables al creador de la norma, que suele ser el legislador, a su vez se distinguen en:
 - a) *Voluntarias*: Sería aquel supuesto en el legislador dejaría sin contemplar un aspecto esencial para la creación de la norma, por lo que la regulación de dicha materia no sería muy minuciosa ni exhaustiva, por lo que se dejarían muchos aspectos de la misma a la interpretación del órgano encargado de aplicar la norma al caso que corresponda.
 - b) *Involuntarias*: Cuando la falta de regulación de la materia contenida en la norma es por negligencia del legislador, ya sea por diversos motivos, porque lo creyó poco probable que ese supuesto sucediera, no quiso regularla, etc.

2. *Objetivas*: En este caso, a diferencia del anterior se trata de lagunas que el legislador en el momento de creación de la norma, que se integrará dentro del ordenamiento jurídico, no pudo prever puesto que se trata de un hecho o situación posterior a la creación de la norma debido al desarrollo de las relaciones sociales y la evolución de la misma.

Lagunas:

- *Praeterlegem*: Son aquellas lagunas que surgen como consecuencia de que las normas se ciñen a un caso concreto y dejan todo un abanico de supuestos sin contemplar

- *Intralegem*: Estas tiene lugar cuando la norma la encontramos formulada de un modo más general y aunque regule la situación a la que debe dar una solución, no lo hace de manera completa, es decir, estamos ante un caso en el que existe una norma para dar solución a un caso de terminado, pero la dicha norma lo hace de manera incompleta y no marca el camino para llegar a las consecuencias que se quieren.

Por su parte, Manuel Segura Ortega expone en su trabajo “El problema de las lagunas del derecho” otro punto de vista doctrinal sobre la clasificación de los diferentes tipos de lagunas. En primer lugar, hace una clasificación entre lagunas primarias y secundarias; las primarias serán aquel tipo de lagunas que van a existir desde el mismo momento en que se crea la norma legislativa, es decir, el legislador en el momento



mismo de creación de la norma se olvida de un determinado aspecto que esta debería regular para la correcta solución de un caso determinado. Las secundarias van a ser aquellas lagunas que van a surgir con posterioridad a la creación de la norma, estas aparecen como consecuencia de los progresos técnicos ya que estos posibilitan la creación de nuevas situaciones que en el momento de creación de la norma no pudieron o no fueron previstas por el legislador, como dice Engisch *“esto es aplicable, tanto al cambio de valoraciones como al cambio de circunstancias de hecho con respecto al objeto de la regulación; no pocas veces se producen lagunas en la regulación jurídica a posteriori cuando debido a fenómenos económicos (inflación) o progresos técnicos (avión, cine, discos, radiotelefonía, televisión, cirugía de cerebro, fecundación artificial) se plantean problemas jurídicos para los que la regulación existente hasta ese momento no proporciona ninguna solución satisfactoria”*.²⁰ En las lagunas secundarias habría lugar para hacer una subdivisión de las mismas entre aquellas que surgen a través de una modificación de las relaciones de hecho y en particular de progresos técnicos y las que resultan de modificaciones de valor, en otras palabras, cuando se produce un cambio de valoraciones sociales.

En segundo lugar, podemos hablar de lagunas voluntarias e involuntarias, aquí tiene especial transcendencia la voluntad del legislador. Ya que en las lagunas involuntarias no hay duda, se trata de un olvido u omisión del legislador en el momento mismo de creación de la norma de incluir un precepto que debería ser regulado por esa norma para dar solución a un caso concreto. No ocurre lo mismo en la lagunas voluntarias, pues aquí para el legislador le es imposible formular demasiadas reglas tanto minuciosas como particulares por lo que opta por establecer una regla general dentro de la norma dejando así una amplia interpretación para el juez a la hora de dar una solución a un caso concreto que se deba resolver con la aplicación de norma, Engisch es partidario de esta teoría al afirmar *“que no se puede hablar de lagunas «cuando el legislador, mediante conceptos normativos indeterminados o cláusulas generales (o cláusulas de interpretación libre), concede un amplio margen a la decisión . Pues aquí tenemos sólo un `relajamiento' que pretende obtener un ajuste de la decisión a las circunstancias especiales del caso concreto y a las cambiantes concepciones de la comunidad jurídica”*.²¹

²⁰ SEGURA ORTEGA, MANUEL, “El problema de... op., cit., p. 306

²¹ SEGURA ORTEGA, MANUEL, “El problema de... op., cit., p. 306



Para el profesor Miguel Ángel Rodilla existe otra distinción de los diferentes tipos de lagunas existentes, esta incluiría las lagunas técnicas, normativas, axiológicas y semánticas, las divide en:

- Lagunas *originarias*: que serían aquellas existentes desde el mismo momento de creación de la norma, es decir, la norma se insertaría dentro del ordenamiento jurídico de manera que no se podría imponer las soluciones en ella existentes a todos los casos planteados, puesto que no tiene solución para ello.
- Lagunas *sobrevenidas*: que son aquellas que se producen tras haber entrado la norma dentro del ordenamiento jurídico, posterior a su creación. Esto es debido a que ha habido un cambio en la sociedad o en las circunstancias en las que la misma fue redactada. Esta clase de laguna la denomina Bobbio como objetiva.²²

Como podemos ver en estos dos últimos tipos de clasificación doctrinal hay diferencias entre los autores, puesto que para lo que Manuel Segura Ortega son lagunas primarias y secundarias, para el Profesor Miguel Ángel Rodilla son lagunas originarias y sobrevenidas. La clasificación hace cada uno de las lagunas es distinta pero el contenido de ambas es el mismo.

De otra manera si comparamos el punto de vista de Norberto Bobbio con el de Manuel Segura Ortega en relación a dicha clasificación, vemos que ambos coinciden en la misma, puesto que asignan el mismo nombre a cada tipo de laguna, tanto a la voluntaria como a la involuntaria.

4. Laguna y suplencia de ley, diferencia entre ambos términos

Hay diferencia entre uno y otro término, pues la laguna de ley supone que el ordenamiento jurídico no posee solución alguna al caso planteado, mientras que por el contrario en la suplencia el ordenamiento si da solución a dicho caso, lo que ocurre es que la norma la cual regula dicha solución es poco clara al respecto y necesita del auxilio de otro cuerpo legal para esclarecer la solución a aplicar al caso, por lo que la suplencia de ley no implica vacío legal alguno como si hace la laguna. En España el derecho supletorio con carácter general es el derecho civil.

²² RODILLA, M., “Teoría del... op., cit., p. 348



La supletoriedad solo cabe aplicarla cuando es necesario integrar una omisión en la ley o para interpretar alguna de sus disposiciones de manera que se integre con los principios contenidos en otras leyes, si la referencia de una ley a otra es expresa, situación que se da en la legislación española, debemos de entender que dicha aplicación de la supletoriedad se hará en los que casos que la primera ley no regule.

Siendo esto así, la referencia a leyes supletorias determina las fuentes a las que, cuando una ley sea incompleta para resolver un determinado caso, acudirá para subsanar sus defectos, pero esta debe hacerse en los términos que la legislación establece puesto que el fin de la misma es dotar de coherencia al ordenamiento jurídico. Este mecanismo funciona sobre todo en leyes muy especializadas en una determinada materia en relación con las leyes de contenido general.

Este carácter supletorio puede derivar en un método de integración del derecho, pues el reenvío de una ley especializada a una de carácter general para que esta fije los principios que le serían de aplicación a la ley suplida implica un principio de economía e integración legislativa, puesto que evita la reiteración de tales principios, así como puede ser la posibilidad de consagrar dichos principios a la ley suplida, la especializada en este caso.

Debemos señalar para no caer en equívocos que la supletoriedad de las leyes tienen que cumplir unos requisitos para que se pueda dar esta figura jurídica como pueden ser; que el ordenamiento que es objeto de suplir lo señale de manera expresa y manifieste el estatuto supletorio, que dicho ordenamiento que es objeto de ser suplido prevea la institución jurídica que se trata, y que no obstante, dicha previsión, las normas las cuales van a ser suplidas, resulten insuficientes para la aplicación a la situación concreta planteada por la carencia de la reglamentación necesaria, y que las disposiciones que van a suplir a estas deficiencias no sean contrarias a las bases esenciales del ordenamiento jurídico. Si falta alguno de estos requisitos no podrá operar la supletoriedad de una norma respecto de otra.

5. Efecto de las lagunas de ley en el ordenamiento jurídico

Debido a estos vacíos o lagunas jurídicas puede que los derechos de los ciudadanos se vean afectados, ya que queda en manos de los juristas el tomar decisiones sobre las herramientas que se deben de utilizar para dar solución al caso y esto puede derivar en

errores o arbitrariedades. Es por ello que se hace necesario la realización de un análisis de las lagunas de ley, pues solo si conocemos la incidencia de esta sobre el ordenamiento jurídico y la sociedad de forma general obtendremos así las soluciones para colmarlas. Uno de los efectos más preocupantes que crean las lagunas en el ordenamiento es el principio de seguridad jurídica, puesto que el ordenamiento está pensado para dar soluciones a todas las circunstancias que se presentan en una sociedad y que son merecedoras de tutela jurídica con fundamento de plenitud y completitud y este efecto no deja de ser una cuestión que inquieta y tiende a afectar a la seguridad jurídica.

No solo se ve afectado el principio de seguridad jurídica con la aparición de lagunas en el ordenamiento jurídico, también se ve afectado el principio de legalidad cuando la norma falta o no es clara, es por ello que este principio debe ser salvado de manera diferente. Es decir, no a través de la aplicación de normas preexistentes, ya que en la ausencia de estas radica el problema de las lagunas. Esto perjudica al ordenamiento en el caso de las lagunas ideológicas o axiológicas, pues, aunque se consideran lagunas que no son solucionables por el intérprete, generalmente el juez, pues estas perjudican la noción que tiene la sociedad de lo que es la justicia.

La importancia de la existencia de normas para dar solución a todos los casos que se presenten para ser resueltos por el derecho es muy importante, pues la inexistencia de las mismas o vacíos legales correspondientes a tal cuestión afecta al ordenamiento jurídico vulnerando su propia existencia. Estas deficiencias afectan a la plenitud, coherencia y unidad del ordenamiento jurídico de la misma manera que es afectada una norma cuando las lagunas provocan la ausencia de regulación de un caso concreto. La eficacia de estos derechos por las omisiones legislativas que en ocasiones surgen como incumplimiento por parte del legislador de un mandato constitucional que impone la obligación de legislar.

Capítulo III: Métodos de integración

Podríamos afirmar que la ciencia del derecho es una realidad tanto histórica como cultural que ha sido creada por el hombre en el proceso de su autorrealización con el objetivo de aplicarlo en la solución práctica de problemas y necesidades que invaden la



vida colectiva del planeta. Pero hemos de ser conscientes de que para el legislador es muy difícil prever todas las relaciones que los seres humanos podemos tener entre sí para que este pudiera regularlas todas en el instrumento legislativo.

En la función jurisdiccional aparecen continuamente inconvenientes a la hora de aplicación de la ley en la que los vacíos legales son la causa más común. De este hecho surge lo que podríamos denominar el problema de las lagunas en la ley y su posible solución a través de la integración del derecho, por los encargados de aplicar las leyes, generalmente los jueces, por medio de sus diferentes métodos los cuales analizaremos a continuación

La cuestión de la integración del derecho ante las posibles lagunas legales que nos podemos encontrar a lo largo de la historia ha sido un tema que no ha tenido demasiada repercusión entre los estudiosos del derecho, ha sido en el siglo XX cuando se intuyó cierta proliferación doctrinal que fue frenada en los años posteriores tanto en el plano científico como teórico, resultando en la actualidad un problema constatable que puede ser solucionado.

La importancia que tiene la integración del derecho radica en la necesidad que tiene el ordenamiento jurídico de conformarse como un ente que se pueda considerar lo más pleno posible, coherente y unitario, esto es así debido a la aparición de lagunas y el silencio latente a la hora de solucionarlas.

En lo que se refiere a la aplicación práctica del derecho las lagunas pueden presentarse ante cualquiera de los operadores jurídicos, pero son los jueces quienes se encuentran de forma más habitual con esta disyuntiva y tienen mayor protagonismo a la hora de solucionarlas que cualquier otro operador jurídico. Al ser la vía judicial una de las principales, por no decir la principal, a la hora de dar solución a los conflictos legales que se tratan. Se encuentran frente una situación ante la que no tienen normal legal para poder aplicar, pero aun así el sistema jurídico les obliga a dar una solución fundada en derecho a la cuestión que les ha sido planteada en base al principio *non liquet*.²³

²³ Este principio se basa en la obligación que tiene el juez de emitir un fallo ante cualquier caso o situación que se le presente, aunque no aparezca regulado en la ley. El artículo 1.7 del Código Civil dice lo siguiente: "Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

Por todas estas cuestiones de las que venimos hablando, la integración se presenta como una herramienta fundamental para dar solución a las lagunas, para evitar que estos vacíos lesionen los derechos de los que son titulares los ciudadanos, pues la toma de decisiones a la hora de resolver los casos queda a la libre disposición de estos operadores y ello podría derivar en soluciones arbitrarias y errores que afectarían a los intereses de las personas y por consiguiente a la confianza que la sociedad deposita en el Derecho.

1. Integración

Hoy en día hemos llegado a la conclusión de que las leyes no son suficientes para dar solución a los infinitos problemas que se plantean a los ciudadanos en sus quehaceres diarios. Aunque la aspiración del legislador es recoger en el texto legal todas las hipótesis posibles, hemos de admitir que siempre quedan fuera de ellas aquellos casos no imaginados por este. Son a estos casos a los que llamamos lagunas de ley.

La solución a este problema es la integración, y esta se produce en aquella situación en la que el operador jurídico, a la hora de dar solución a un caso no la encuentra dentro del ordenamiento y en las fuentes que este le proporciona, por lo que puede hacer uso de una serie de elementos que se pueden encontrar dentro o fuera del cuerpo normativo relacionado para poder dar una respuesta adecuada y no lesionar el derecho de la persona o personas interesadas.

Para colmar estas lagunas la solución principal está en las manos del legislador si lo miramos desde un sentido estricto, pero se trataría de una pretensión muy difícil que puede que no llegue nunca a suceder. Pues se trataría de un proceso bastante complejo en el que tomarían parte cuestiones de índole política, así como determinadas prioridades legislativas.

Por esto, los operadores jurídicos tienen un papel, podríamos decir emprendedor en esta cuestión, pues van a ser ellos quienes creen nuevas normas que van a colmar las lagunas y así dar acceso a una solución a un caso para el que el ordenamiento jurídico no la preveía. Hemos de aclarar que crear una norma no es lo mismo que integrar derecho, crear una norma es competencia del órgano legislativo,²⁴ mientras que la segunda es

²⁴ La Constitución Española de 1978, dispone en su artículo 81.2 lo siguiente: "La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto." Así como en el 82.1 reza lo siguiente: "Las Cortes Generales podrán



competencia de los juristas, donde el juez es su principal estandarte. Con relación a esta cuestión Ferrari Yaunner expone lo siguiente: *"No sería loable afirmar que los jueces son solo autómatas aplicadores de la ley, pues su actividad ante las lagunas es ardua y compleja, contentiva de una cuota de discrecionalidad indiscutible, pero discrecionalidad con límites, con los límites que impone el ordenamiento y la preservación de la legalidad"*.²⁵

Por su puesto, los jueces tienen un poder discrecional a la hora de aplicar las normas del ordenamiento jurídico, pero ello no significa que estos posean la potestad de crear normas, pues su función es la interpretación y aplicación de las mismas acorde al sistema. Hemos de resaltar que la aplicación de estas no es función exclusiva de los jueces, pues en la inmensa mayoría de los casos puede ser un particular, o un funcionario público el que aplica el derecho al proceder acorde con lo que la norma estipula. Lo que si podemos afirmar es que los jueces tienen la última palabra en los conflictos que se les plantean, quedando abierta la posibilidad de poder recurrir al poder judicial si la solución dada por estos vulnera algún derecho o cuando se produce un conflicto entre dos o más personas y este no pueda resolverse de otra forma diferente.

La problemática de la plenitud del derecho, característica fundamental del ordenamiento jurídico, así como las lagunas existentes y los medios para colmarlas es lo que conocemos como integración del derecho. El término integración proviene del verbo *"integrar"*, cuyo significado es componer un todo con sus partes integrantes.

Puede dar la apariencia de que la integración jurídica se basa solo en la aplicación de métodos utilizados por los jueces para colmar lagunas, pero no es así, vas más allá, busca la certeza jurídica para que los ciudadanos que acuden a los tribunales vean en el derecho la salvaguarda de sus derechos e intereses.

Pues bien, la integración del derecho se llevará a cabo completando aquellos preceptos a través de la elaboración de otros que no se encuentran recogidos en ese momento en el ordenamiento jurídico del estado. En primer lugar, se ha de buscar una solución justa a través de los diferentes métodos de integración, acudiríamos a la analogía en un primer momento, y si esta no puede resolver la laguna existente acudiremos a los principios

delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior."

²⁵ GALIANO MARTIAN D. y GONZÁLEZ MILIAN D., "Integrating Law in the Face of Legal Voids - An Unavoidable Need in Favor of Applying Law Appropriately", *Díkaion*. 2012, p. 437



generales del derecho. En estos casos será el juez de aplicar dichos métodos, pero solo resolverá la laguna para un determinado caso concreto, la autoridad que debe actuar para dar una solución completa a este problema mediante la integración del derecho debe ser el legislativo, ya que es potestad de este el crear y modificar normas para hacer del ordenamiento jurídico un sistema más completo y dotarlo de la una de sus características fundamentales, la plenitud.

A modo de conclusión sobre la integración del derecho debemos decir que se trata de un método complejo, que se caracteriza por hacer un exhaustivo análisis del caso concreto que se plantea ante la autoridad judicial y a través de él se trata de alcanzar una solución lo más justa posible sin lesionar los derechos de los ciudadanos para que estos no pierdan la confianza en el derecho.

2. Autointegración

La presencia de lagunas en el derecho es algo tan obvio que tanto la doctrina como los ordenamientos positivistas han tenido que establecer unas normas para permitir a la actividad jurisdiccional superar dichas carencias normativas. Así, llegamos a la sistematización de dos métodos que han sido aceptados por multitud de ordenamientos jurídicos como métodos para colmar las lagunas existentes en sus normas, hablamos de la autointegración y de la heterointegración.

En la autointegración, el propio ordenamiento jurídico acude a sus propias soluciones, es decir, en el caso planteado no tiene solución posible, revisa las soluciones dadas a casos similares para los que si tiene solución y aplica esta al caso no planteado en la ley. Este método se conoce analogía, en el caso de que esta no pueda aportar la solución justa deseada acudiríamos a los Principios Generales del derecho, ambos métodos los analizaremos a continuación de manera más detenida.

Bobbio define este método de la siguiente forma; *“la autointegración está presente cuando los mecanismos de integración o sus fuentes se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, en su interior funcional, sin tener que salir de él para completarlo.”*²⁶

²⁶ GALIANO MARTIAN D. y GONZÁLEZ MILIAN D., “Integrating Law in...op., cit., p. 440



3. La analogía como método de autointegración

La definición que la Real Academia Española de Lengua nos da de la palabra analogía, aplicado al ámbito jurídico, es la siguiente; “Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”.

Se trata del procedimiento a través del cual se le atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento jurídico que uno que si está regulado y es similar a este. Es el método más típico e importante de los procedimientos interpretativos de un sistema normativo.

La analogía es una de las herramientas de las que ley otorga a los encargados de aplicar las leyes para sufragar las posibles lagunas contenidas en el ordenamiento jurídico aplicando una norma a un supuesto de hecho diferente del que esta misma regula. Para ello, se basa en la similitud entre dichos supuestos, se trata de una técnica adecuada para una realidad social que es cambiante y dinámica.

Remontándonos al Derecho Romano encontramos que se utilizó el criterio de la analogía para la resolución de casos en los que las glosas no tenían una solución al caso concreto planteado. La glosa da la fórmula general de la analogía que no es otra que *procedam de similis ad similia*.

La importancia de la analogía según De Castro Bravo, “*aumenta con los glosadores, que la empleaban para acudir al príncipe (ultiman recursos) a fin de pedirle que decidiera una cuestión legalmente no prevista.*”²⁷ La analogía fue utilizada en el Renacimiento como recurso último y tenía como función escoger entre dos disposiciones contrarias entre sí. Este papel de la analogía fue cambiando con el dominio de los pandectitas alemanes.

Como método de autointegración del derecho, la analogía se compone de un procedimiento lógico, trata de dar una solución al caso planteado y no previsto en la ley con soluciones a casos si planteados en esta y que se asemejan al planteado, pero no regulado por esta. El método de la analogía es en la actualidad el más utilizado para suplir las lagunas del ordenamiento jurídico.

²⁷ GALIANO MARTIAN D. y GONZÁLEZ MILIAN D., “Integrating Law in...op., cit., p. 437



El método de la analogía consiste principalmente en generalizar las normas particulares existentes y aplicar así el principio obtenido a los casos que no se encuentran previstos en la ley pero que si son similares a los que esta regula. Hassel²⁸ compara dos situaciones jurídicas y aplica a la no legislada las soluciones dadas para las que tienen caracteres semejantes. Así con este procedimiento, enfrenta dos situaciones jurídicas similares a las que trata de dar soluciones idénticas, pero estas difieren en su esencia y no podría aplicarse el método analógico.

Como método para la superación de lagunas jurídicas, la analogía consiste en la resolución de conflictos que no se encuentran directamente regulados en el ordenamiento jurídico mediante la aplicación de normas del propio ordenamiento que sí que regula otros casos que son muy similares al planteado. Para ello, el juez tiene en su buen hacer la responsabilidad de valorar tanto la solución recogida en la ley como el caso no recogido en la misma. Debe actuar con diligencia, para no poner con ello en entredicho la seguridad jurídica.

De esta manera, la analogía trata de atribuir a situaciones que son casi idénticas, donde una si se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico y la otra no, las consecuencias jurídicas que la norma señala como aplicable al caso que si se encuentra regulado. Sería una formulación analógica de una nueva norma, en la que la disposición es igual al de aquel precepto, pero que los supuestos son semejantes, no iguales.

Sería interesante en este contexto atender a la clasificación de la analogía que hace Fernandez Bulté,²⁹ para él hay dos tipos de analogía, *analogía legis*; conocida como aplicación de normas legales a casos semejantes, y en *analogía iuris*, identificada como la búsqueda de soluciones que se encuentran en los principios generales del Derecho, específicamente en aquel o aquellos que regulen o se refieran, de manera más parecida, a la situación de hecho que ha sido presentada. Es el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto por parte del sistema.

Analizando ambas definiciones de los diferentes tipos de analogía vemos que existen diferencias entre ellas, por lo que es necesario aclarar para un mejor entendimiento cuándo y por qué se utilizaría cada una de ellas en las diferentes situaciones que en las

²⁸ GALIANO MARTIAN D. y GONZÁLEZ MILIAN D., "Integrating Law in...op., cit., p. 441

²⁹ FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, p. 224

que sean aplicables; la *iuris* utiliza la técnica de aplicación de los Principios Generales del Derecho y estos, según el artículo 1.1 de nuestro Código Civil solo actuarían en defecto de ley o costumbre; *“Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*.³⁰ Por su parte, la *legis*, utiliza como técnica de aplicación la ley, que como establece el artículo citado anteriormente es la fuente primaria de con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico.

Actualmente en nuestro ordenamiento se establece la aplicación de la analogía en el artículo 4.1 del Código Civil que reza lo siguiente; *“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.”*³¹

Por otra parte, la voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía se da cuando hay una prohibición de usar este método para casos determinados o para ciertas materias recogidas dentro del ordenamiento jurídico. También puede ocurrir el siguiente caso; que aun dándose los supuestos para que se pueda aplicar la analogía, esta no proceda, se encuentre vedada, debido a que las normas aplicables por este método solo se pueden aplicar en un determinado ámbito temporal en el que se encuentren vigentes o por ejemplo, el caso de las normas penales, en las que se excluye la analogía puesto que no se puede calificar como delito aquello que no encuentre expresamente regulado como tal, así lo dice el artículo 4.2 del Código Civil, que dispone: *“2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.”*³²

En las normas excepcionales no es loable la utilización de la analogía, pues ellas se caracterizan por suponer excepciones de los criterios generales mantenidos y refrendados por el ordenamiento para la normalidad de los supuestos, de donde se inferiría que su contradicción con esos principios o criterios generales las priva de la fuerza expansiva que la analogía representa.

A partir del método de la analogía como autointegración del derecho este crece, puesto que se alimenta de su propio contenido a través de un desarrollo lógico y dialéctico.

³⁰ BOE, Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código... op., cit.,

³¹ BOE, Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código... op., cit.,

³² BOE, Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código... op., cit.,



Pero ciertamente no es el único método de autointegración, a continuación, vemos otro método importante, los Principios Generales del Derecho.

4. Los principios generales del Derecho

El término “*principio*” deriva del latín *principium* que quiere decir; comienzo, fuente, fundamento. Si nos fijamos en el Diccionario de la Real Academia de España este es definido como: “*Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*”. Pero nosotros tenemos que trasladar su significado, pues hablamos de principios jurídicos, de su existencia dentro del ordenamiento como verdaderos pilares en la toma de decisiones judiciales, pues nadie duda de ellos en la esfera social como exigencias éticas. Dicha cuestión adquiere complejidad al preguntarnos si estos poseen un cierto carácter normativo. Los Principios Generales del Derecho tiene su origen en Roma, no se les conocía con este nombre, pero la idea central de estos se desprende del título primero del *Digesto*, donde se puede observar que en ausencia de ley que regule un caso este se podrá resolver mediante la *naturaliusticia*.

Nos remontamos a la Francia de Napoleón, época en la que los Principios Generales del Derecho vuelven a tener importancia reconociéndoseles cierta utilidad como complemento de la ley. Napoleón es previsor y ve necesario dotar a los jueces de otro mecanismo que supla la carencia de la ley a la hora de resolver un caso planteado y no regulado en la misma. También fueron tomados en cuenta en este contexto las máximas del derecho natural con el mismo fin que los Principios Generales del Derecho, así como la equidad natural, con la ciencia, el Derecho romano, el Derecho común, las antiguas costumbres y, finalmente, los principios generales. Es entonces a partir de este momento cuando se empiezan a recoger estos en los diferentes cuerpos legales a lo largo del mundo, por primera vez en el Código Civil austríaco de 1811, hasta que finalmente se recogen en el Derecho Internacional.

Los Principios Generales del Derecho expresan la dirección general, así como los rasgos más característicos y esenciales de la regulación jurídica de dicho ordenamiento. Citando a Fernández Bulté, los Principios Generales del Derecho son: “*aquellas apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, las cuales son cambiantes,*

pues están en constante desarrollo y dependen de las condiciones históricas del territorio donde se desenvuelvan.”³³

Los Principios Generales del Derecho pueden verse como criterios o entes que vienen a expresar un juicio deontológico acerca de la conducta humana que debe regir una situación, cada cual expresa la conducta que sería deseable que llevaran los seres humanos en sus relaciones entre sí.

El juez o interprete del derecho puede utilizar cuantos principios considere necesario para dar solución a un caso no regulado en las normas, siempre con el fin obtener una respuesta lo más justa posible dentro de la interpretación de los mismos y que la misma no caiga en la arbitrariedad. Puede darse el caso de que algunos principios se contradigan entre sí a la hora de ofrecer una solución a un caso de laguna, este suceso de contradicción entre principios se conoce como tensiones, pero las mismas no descartan la eficacia de uno de ellos. El intérprete cuando suceda esto debe actuar con diligencia y estudiando el caso, para así realizar un juicio minucioso y valorativo para garantizar con la solución que se imponga la seguridad jurídica y la legalidad de la justicia. Deberá exponer por qué ha elegido un determinado principio para aplicar una solución determinada al caso planteado y no otro dejando claro la imposibilidad de aplicar aquel en defecto de éste.

En opinión de Bobbio, los Principios Generales del Derecho son las normas más generales del sistema jurídico, pues es ineludible que los Principios Generales del Derecho son normas como todas las demás.³⁴

En definitiva, podríamos considerar que los principios son directrices de carácter heterogéneo y vital dentro de la vida del Derecho. Los principios dotan de seguridad jurídica, ya que, aunque no tengan el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica claramente establecida (como es el caso de las normas), lo que hacen es guiar la discrecionalidad del juez. De tal manera que por muy abstractos o generales que sean, van a conducir a los jueces en direcciones reconocibles y dentro del camino del Derecho, evitando así que la discreción judicial caiga en la arbitrariedad.

³³ FERNÁNDEZ BULTÉ, J., “Teoría de... op., cit., p. 234.

³⁴ BOBBIO, N., “Teoría general... op., cit., p. 251



5. La equidad, elemento para la aplicación de la analogía y de los Principios Generales del Derecho

En primer lugar, acudimos al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua para tratar el significado de este término, en el cual encontramos, entre otros, estos dos:”
“*Bondadosa templanza habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley*” y “*Justicia natural, por oposición de la letra de la ley positiva*”.

A lo largo de la historia han sido muchos los significados de este término, el más moderno y utilizado hoy día es el concepto en el cual gira en torno dos ideas; la aristotélica, que es adaptada a un caso concreto y a sus circunstancias, y la cristiana, la cual se cierce a la ley para las circunstancias de un caso concreto. Por tanto, hay un concepto general de equidad adaptado al Derecho a través de una apreciación de los elementos de hecho que pueden concurrir en un caso, y un concepto restringido con adaptación a las particularidades del caso concreto.

Resulta entonces complicado que podamos hablar de igualdad en lo que se refiere en el ámbito jurídico, pues es casi prácticamente imposible que se den dos situaciones que sean realmente iguales. Por ello, lo más correcto en el ámbito que nos ocupan sea hablar de equidad como entendida esta como justicia del caso particular que corrige la severidad de la ley con carácter general y no se refiere de manera particular a un supuesto concreto. La equidad es la adaptación de la ley genérica a las exigencias de la vida en la sociedad en un momento determinado y a los cambios que se producen en la misma. Según Hassel la equidad es: *"la justa rectificación de lo justo rigurosamente legal"*.³⁵

La característica general del término equidad, en contraposición del criterio general de justicia está en que se tiene en cuenta el sentido humano que debe de tener el Derecho positivo y la adopción y adecuación de estas a los casos particulares. Se trata de un medio muy valorado en el que se trata de evitar la rigidez de la aplicación de la norma con carácter general al caso particular en el que se halle una injusticia.

³⁵ GALIANO MARTIAN D. y GONZÁLEZ MILIAN D., “Integrating Law in...op., cit., p. 445



Ahora bien, la equidad como elemento integrativo del Derecho tanto en la analogía como en los Principios Generales del Derecho, nos ayuda para descubrir y aplicar en caso de laguna legal el principio jurídico que mejor concuerde o sea aplicable a las circunstancias del caso concreto.

La equidad es un concepto que siempre debemos tener en cuenta a la hora de aplicar la administración del Derecho en caso de litigio, es un elemento el cual ha de tenerse en cuenta al aplicar el Derecho para integrar y buscar soluciones en el mismo. Esto demuestra que se trata de un verdadero juicio de valor realizado por el órgano encargado de decidir, se trata, por tanto, de una realidad que está formada por unos valores éticos unidos a la cultura social e histórica de la sociedad.

6. Equidad como método de integración

El término equidad proviene del latín *aequitas*”, cuyo significado es igualdad. No se trata de un concepto que se sea contrario a la justicia, es más una determinación de la justicia abstracta. La equidad trata de hacer la justicia más justa aplicada esta aun caso concreto puesto que no existe tipificación directa aplicable a dicho caso concreto. Se considera que la equidad constituye una solución que realiza una función puente entre lo que dice la ley y la sentencia judicial como fuentes propias de derecho.

Existen diferentes tipos de equidad, podemos distinguir entre:

- *Equidad correctiva*: es una manifestación de ponderación en relación con la aplicación de la norma, la misión que se le encomienda es la de corregir los posibles defectos que pudiera ocasionar una norma al ser aplicada en casos particulares y concretos que no son previstos por el legislador.
- *Equidad sustantiva*: se trata de un verdadero criterio integrador propiamente dicho, pues es considerado como un mecanismo de sustitución a la posible negligencia del legislador. En este caso la equidad sirve como base para la determinación de una decisión judicial o administrativa. Se emplea en tres casos:
 - a) Cuando las propias normas facultan al juez para que este decida sobre un caso determinado atendiendo a su leal saber y entender. Es una facultad discrecional.
 - b) Para el caso en que las leyes permiten al funcionario público dar significado concreto a aquellos conceptos que tiene un significado



elástico, como puede ser el orden público o la moral social.

- c) Cuando el propio ordenamiento permite al juez tener en cuenta aquellas circunstancias particulares que rodean el caso concreto.

Esta modalidad de la equidad como método de integración del derecho es consecuencia de la permisividad legislativa, puesto que se da la posibilidad de que el juez pueda modular el derecho vigente de un estado conforme a la realidad social de ese momento. La equidad también es conocida con el sobrenombre de “*la justicia del caso individual*”, ya que se trata de un estado intermedio entre lo políticamente correcto y lo moralmente justo.

Expuesto lo anterior, podemos diferenciar algunas de las funciones de equidad como método de integración de las lagunas del derecho:

- La equidad es uno de los métodos con los que podemos suplir las lagunas de ley, se trata de un mecanismo que adapta la ley para la aplicación de esta a casos particulares.
- Se trata de la correcta aplicación de la ley, pues una aplicación literal de la norma a un caso que no es recogido por ella podría llevar a una solución injusta, la función de la equidad es equilibrar a esa solución entre lo justo y lo correcto.
- Se trata de un criterio racional, implica cierto margen de discrecionalidad lógico jurídico que ayuda a la función judicial.

7. Heterointegración

La heterointegración es un método para sufragar las lagunas del Derecho que consiste principalmente en acudir a recursos externos del ordenamiento jurídico que constituyen fórmulas que se encuentran fuera de la ley. En esta ocasión, el ordenamiento jurídico tiene que acudir a recursos externos para llevar a cabo la función de integración. Se trata de un método que ha sido llevado a cabo por sistemas jurídicos poco desarrollados, estos consideran que es mejor acudir a un ordenamiento más perfecto que el suyo para colmar sus propias lagunas que utilizar los métodos de autointegración y dar así una mala solución al caso planteado o poner en riesgo la seguridad jurídica. Se trata de un proceso que ha sido muy utilizado a lo largo de la historia en el desarrollo de los diferentes ordenamientos jurídicos que conforman la gran variedad de ordenamientos a

lo largo del globo terráqueo.

No se excluye la idea de que un ordenamiento recurra a otro para completarse así mismo, pero debemos de distinguir entre:

- a) El reenvío a ordenamientos precedentes en el tiempo; es el caso en que un ordenamiento recurre al Derecho Romano, que es la matriz
- b) El reenvío a ordenamientos vigentes contemporáneos; es el caso en que por ejemplo, el derecho estatal recurre al derecho canónico

De esta manera, podemos decir que la heterointegración asume varias formas diferentes;

a) el recurso a la costumbre se podría considerar como una fuente subsidiaria de la ley a aplicar, diferenciamos entre una distinción que puede ser amplia y restringida. Afirmamos que se trata de una aplicación amplia de la norma cuando se afirma lo siguiente: *“La costumbre tiene vigencia en todas las materias no reguladas por la ley”*, por el contrario, decimos que la costumbre tiene una aplicación restringida al afirmar que; *“La costumbre tiene vigencia sólo en los casos en que está expresamente vigente en la ley”*. b) el recurso al poder creativo del juez, realmente se trata del método de heterointegración más importante, se denomina *derecho judicial*. Normalmente, los ordenamientos jurídicos anglosajones suelen recurrir a este modelo de integración de manera más habitual que los sistemas jurídicos continentales donde se no se reconoce este sistema de forma oficial salvo en los casos expresamente señalados en la ley donde se permite al interprete fallar, pero siempre mediando con equidad.

Actualmente este método está en desuso y no se admite, puesto que hoy día se entiende que cada ordenamiento jurídico debe autointegrarse. Se trata de un procedimiento que no es completamente coherente, ya que durante el proceso se está produciendo una mezcla de costumbres y de tradiciones históricas lo cual podría generar en una solución que no sería acorde con los valores que debe regir todo ordenamiento jurídico, que como hemos dicho a lo largo de esta exposición son la coherencia, la unidad y la plenitud.

Como método, la heterointegración acude a fuentes externas como pueden ser la costumbre o la jurisprudencia y valores como la equidad de la que hemos hablado anteriormente por que todo ello sirve para aplicar en el supuesto de laguna legal, la analogía y los Principios Generales del Derecho. Aunque esté en desuso y no aprobado

actualmente como método para sufragar las lagunas de ley debemos establecer unos límites, y es que no podemos obviarla de manera general, pues hay que establecer un orden de prelación entre la autointegración y la heterointegración, siendo la primera de ellas el principal método a aplicar en caso de que nos encontremos frente a lagunas en el Derecho.

Conclusiones

Las lagunas son circunstancias en las que el legislador en el momento de crear una norma no previó normas aplicables o que contienen alguna imperfección legislativa, pero en ambas situaciones tenemos que darles las garantías jurídicas puesto que pueden lesionar la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico. Tal situación puede provocar dificultad y confusión para el ciudadano que acude a la justicia en busca de una solución que ampare y proteja sus derechos, haciéndose de esta manera imprescindible los métodos para colmar dichas lagunas y dar así una solución fundada en derecho al caso que plantea frente a la justicia.

Con el paso del tiempo nos hemos ido dando cuenta de que ningún ordenamiento jurídico está exento de lagunas y aceptando la condición de que este está en una constante evolución. Como he señalado a lo largo de la exposición, hay autores que defienden la inexistencia de lagunas en el ordenamiento, así como autores que si defienden la existencia de las mismas. Tras un análisis de cada una de sus teorías llegamos a la conclusión de que en el ordenamiento jurídico siempre ha habido y siempre habrá lagunas, pues el derecho se conforma en relación a la sociedad que regula y si ésta evoluciona, él lo hará con ella para así poder regular de manera más completa todas aquellas situaciones que pueden afectar y que forma parte del día a día de los ciudadanos.

Ahora una vez elaborado el trabajo, se puede observar la evolución de las lagunas en el ordenamiento a lo largo de la historia. Pues vemos en las teorías que las niegan argumentos que a día de hoy no se sostiene en pie por si solos, mientras que por otra parte vemos de manera más argumentada y convincente aquellas teorías que si las aceptan. En mi opinión, me inclino por las teorías que las aceptan, pues pienso que el ordenamiento no puede regular aquello que no existe, ya que de ser así daría una imagen equivocada a la sociedad pudiendo llegar a provocar inseguridad en esta.

A pesar de los problemas que pueden causar las lagunas en el ordenamiento jurídico, tenemos métodos para dar solución a las mismas de manera rápida y concisa para lesionar o causar confusión durante el menor tiempo posible a los derechos del ciudadano cuyo caso a resolver presenta una laguna del ordenamiento.



Actualmente el método más utilizado para la resolución de lagunas en los ordenamientos jurídicos suele ser la analogía, es decir, aplicar al caso no regulado una solución dada en ese mismo ordenamiento a un caso no igual pero que se asemeja lo suficiente al no regulado cuya solución no lesiona ningún derecho y es correcta respecto al uso de la costumbre de la sociedad en la que se realiza. La utilización predominante de este método tiene su por qué, y es que es preferible resolver así un caso no regulado porque ello contribuye a la evolución de ese ordenamiento jurídico en lo referente en la materia en la cual se produce la laguna.

No debemos olvidarnos de la utilización de los Principios Generales del Derecho como método integrador para la resolución de lagunas, pues este tiene una importancia relevante, ya que, por su propia naturaleza flexible y general, constituye una fuente inagotable de normas para colmar las lagunas. A ello debemos de sumar la ventaja de que cuando los utilizamos recurrimos a nuestros propios valores ético-políticos, con especial relevancia a los valores de nuestra carta magna, donde viene recogidas las convicciones sociales y morales dominantes. Nuestro propio Código Civil nos remite a los mismos en su artículo 1.4: “*Los principios se aplicarán en defecto de ley y costumbre*”, es decir, en caso de laguna.

Aunque el método más utilizado para dar solución a las lagunas sea la analogía, pienso que la heterointegración es un método que debería de estar más presente en la resolución de estas, pues desde mi punto de vista es fácil que un caso que no se encuentre regulado en un ordenamiento halle un caso similar fuera de sus fronteras que en sí mismo, lo que supondría utilizar la heterointegración para resolverlo, para así dar una solución más ajustada a dicho caso y así enriquecer el ordenamiento propio, pues el derecho no debe cerrar sus fronteras a los ordenamientos externos para así enriquecerse y seguir creciendo. Ahora bien, debemos de limitar el uso de este método a la hora de aplicarlo a cualquier ordenamiento jurídico, pues el ordenamiento jurídico al que se acude para dar solución a un caso concreto no regulado debe compartir valores con el ordenamiento propio al cual se pretende aplicar dicha solución, es decir, que se trate de una democracia liberal donde se respeten los derechos humanos, puesto que si integramos una solución de un ordenamiento jurídico con el que no compartimos ciertos valores, la misma puede llevar a equívocos y a una incongruencia del ordenamiento

debilitando así nuestro propio Derecho.

No podemos pretender un sistema jurídico pleno que regule aquellas situaciones que nunca pensamos que podrían llegar a ocurrir, por tanto, mientras estas situaciones no lleguen a ser reales, el ordenamiento jurídico no tendrá motivo para recogerlas y configurarlas conforme a la ley.

Francisco Javier Vicente Ávila

En Salamanca, a 1 de febrero de 2017

“La ley es la seguridad del pueblo, la seguridad de cada uno de los gobernados y la seguridad de cada uno de los gobernantes. Las leyes, como las casas, se apoyan unas en otras”

Edmund Burke

Bibliografía

SEGURA ORTEGA, MANUEL, “El problema de las lagunas del derecho”, *Anuario de filosofía del derecho VI*, 1989

BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991

ITURRALDE SESMA, M.V., “Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas”, Boletín oficial del Estado, BOE, 1988

RODILLA, M., *Teoría del derecho*, Salamanca, Ratio Legis; 2013

BOE, Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, texto consolidado última modificación; 6 de octubre 2015

BOBBIO, N., “Lacune del diritto” en *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1963, Utet, vol IX

ARCE Y FLÓREZ VALDÉ, J., *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990

RODRÍGUEZ J.L., “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1999

GALIANO MARTIAN D. y GONZÁLEZ MILIAN D., “Integrating Law in the Face of Legal Voids - An Unavoidable Need in Favor of Applying Law Appropriately”, *Dikaion*. 2012

FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Universitaria, La Habana, 2009

ALZAMORA VALDEZ, MARIO, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Lima, Talleres gráficos P.L., 1963

GARCÍA TOMA, V., *Introducción a las Ciencias Jurídicas*, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2001

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política

Filosofía del Derecho

LAS LAGUNAS DEL DERECHO

THE GAP OF LAW

Dirigido por: José Antonio Ramos Pascua

Francisco Javier Vicente Ávila
sevi@usal.es