

Colección mayor

FILOSOFÍA Y DERECHO

1

*Directores*

JORGE A. BACQUÉ

EUGENIO BULYGIN

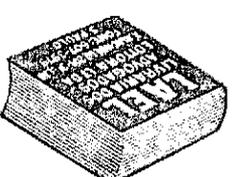
GENARO R. CARRIÓ

ERNESTO GARZÓN VAIDÉS

CARLOS E. ALCHOURRON  
EUGENIO BULYGIN

# Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales

*2ª reimpresión*



EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA  
BUENOS AIRES

1993

Título del original:  
*Normative Systems*  
Library of Exact Philosophy, Volume 5  
© 1971 by Springer - Verlag / Wien  
Traducción al castellano  
de los autores

*A la memoria  
de Ambrosio L. Gioja*

1ª edición, 1975.  
1ª reimpresión, 1987.  
2ª reimpresión, 1993.

© EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.  
Lavalle 1208 - (1048) Buenos Aires  
ISBN: 950-508-221-5

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Este libro no puede ser reproducido  
en todo o en parte,  
en forma alguna,  
sin permiso del editor  
IMPRESO EN LA ARGENTINA

reglas de inferencia, de ello no se infiere que las lagunas no existan. La adopción de la versión B) sólo autoriza a decir que un sistema incompleto (con lagunas) puede ser transformado mediante la interpretación (esto es, mediante la introducción de nuevas reglas de inferencia) en un sistema completo (sin lagunas). Pero en ambos casos se trata, como es obvio, de dos sistemas diferentes. El argumento que analizamos no autoriza a Cossio a sostener que las lagunas no existen. Lejos de apoyar su tesis, su propia argumentación — siempre que se acepte nuestra interpretación — presupone la existencia de lagunas.

## CAPÍTULO VI

### EL PROBLEMA DE LA RELEVANCIA Y LAS LAGUNAS AXIOLÓGICAS

En este capítulo se analizan algunos problemas —lógicos y axiológicos— con relación a la determinación del Universo de Casos. Esta última actividad forma parte —como lo hemos comprobado en el capítulo anterior— de la tarea de sistematización. En efecto, una vez elegida la materia e identificados los enunciados de la base del sistema, el jurista tiene que determinar cuáles son los casos posibles, a fin de poder establecer luego de qué manera el sistema soluciona esos casos.

El Universo de Casos se genera a partir del Universo de Propiedades. Según el número de las propiedades del UP, cabe hablar de diferentes niveles de UC. Entre los Universos de Casos de distinto nivel se dan ciertas relaciones interesantes, en particular la relación de ser más o menos fino (Sec. 1).

En la Sec. 2 se examina la forma en que el mismo sistema normativo soluciona los casos de los distintos Universos de Casos. La solución completa de un UC resuelve en forma completa todos los Universos de Casos más finos, pero si se elige un UC menos fino, pueden aparecer lagunas. Sin embargo, aunque un sistema, completo respecto de un UC, es también completo con respecto a todos los UC más finos, en todos ellos hay algunas propiedades que son irrelevantes para las soluciones del sistema, en el sentido de que la solución es la misma, esté o no esté presente la propiedad en cuestión.

La definición del concepto de relevancia se elabora en tres pasos en la Sección 3. Esta noción tiene mucha importancia. Cabe mostrar que para todo sistema normativo existe un UP tal, que contiene todas las propiedades relevantes y sólo las propiedades relevantes para ese sistema. Está hecho proporciona un criterio de adecuación para la elección del Universo de Casos (*tesis de relevancia*): adecuado es, en este sentido, aquel Universo de Casos que está construido a partir del Universo de Propiedades Relevantes.

Por otra parte, la cuestión de saber cuáles son las propiedades que

deben ser relevantes, es decir, que merecen ser tenidas en cuenta para dar soluciones diferentes, es un problema valorativo. Llamamos *hipótesis de relevancia* a la proposición que identifica aquellas propiedades que deben ser relevantes de acuerdo con un criterio axiológico. La hipótesis de relevancia constituye un criterio de adecuación axiológica para los sistemas normativos: la coincidencia entre la hipótesis de relevancia y la tesis de relevancia del sistema es una condición necesaria, aunque no suficiente, para que un sistema sea axiológicamente adecuado. (Secs. 4 y 5). Especial atención merece el caso en que exista una propiedad tal, que debe ser relevante (según la hipótesis de relevancia), pero no lo es para el sistema: tales casos son *lagunas axiológicas*. En la Sección 5 se elabora una definición rigurosa de laguna axiológica.

En la Sección 6 se muestra —mediante ejemplos— que la frecuente confusión entre lagunas axiológicas y lagunas normativas se debe a la deficiente caracterización de estas nociones, lo cual pone de manifiesto la necesidad de dar definiciones rigurosas de ambos conceptos. La aludida confusión se manifiesta también en la conocida distinción entre lagunas originarias y derivadas, pues estas últimas no son lagunas normativas, sino axiológicas.

1. Universos de Casos de distintos niveles

En los análisis siguientes nos vamos a referir a Universos de Casos que se generan a partir de un conjunto de propiedades (un UP). Como hemos visto (Cap. II, Sec. 2), ésta no es la única manera como puede originarse un Universo de Casos, pero para simplificar la exposición nos limitaremos a los Universos de Casos de este tipo (que ciertamente es el más común). Por otra parte, muchas de las cosas que decimos son aplicables —*mutatis mutandis*— al otro tipo de Universo de Casos.

En la definición generalizada (Cap. II, Sec. 2), todo conjunto de casos que forman una división es un Universo de Casos. Nos interesa estudiar aquí las relaciones entre los distintos Universos de Casos.

A partir de los diversos Universos de Propiedades incluidos en un conjunto de propiedades dado se pueden construir distintos UC formando distintas divisiones. Esto es así porque con cualquier número de propiedades y sus negaciones se puede formar una división. De ese modo resultarán distintos UC las divisiones formadas por una propiedad del UP y su negación, por dos propiedades y sus negaciones, etcétera.

Llamaremos *amplitud* de un Universo de Propiedades al número finito  $n$  de las propiedades que componen este UP.

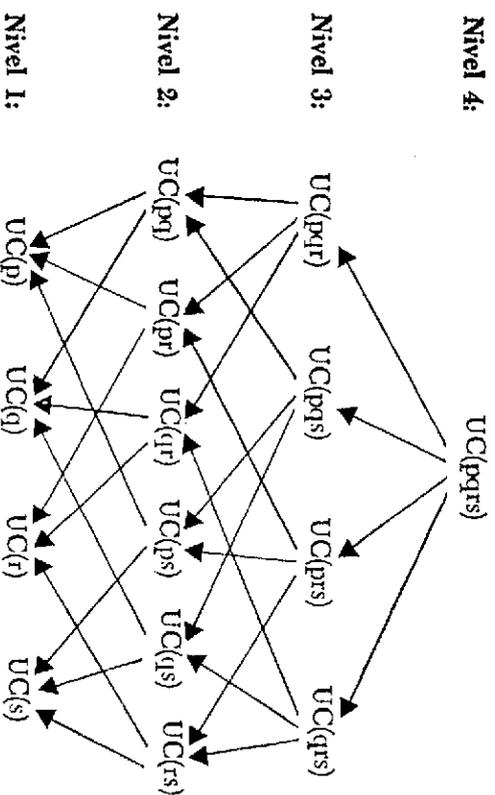
Es claro que el número  $n$  no puede ser infinito, ya que se trata

de propiedades expresables en un lenguaje  $\mathcal{L}$ , aunque las propiedades de una cosa o de un estado de cosas sean infinitas, los predicados de un lenguaje (es decir, las expresiones de ese lenguaje que nombran propiedades) son siempre finitos. Esto no quiere decir que haya propiedades inefabiles, que no puedan expresarse en ningún lenguaje, sino que en ningún lenguaje pueden expresarse todas las propiedades, aunque toda propiedad puede ser expresada en algún lenguaje.

Todo Universo de Casos es una función de un UP, esto es, de un número finito de propiedades ( $n$ ). El número  $n$ , no sólo mide la amplitud del UP, sino también el nivel del correspondiente UC.

Con los distintos conjuntos de propiedades incluidos en un determinado Universo (UP) pueden formarse diferentes Universos de Casos (UC) que pertenecerán a diferentes niveles. El siguiente diagrama muestra los UC posibles para un UP de amplitud 4, es decir, un UP compuesto de cuatro propiedades:  $p, q, r$  y  $s$ . (La expresión "UC (pqr)" se lee: el Universo de Casos caracterizado por las propiedades  $p, q, r$  y  $s$ .)

DIAGRAMA VI-1



El diagrama muestra para un UP de amplitud 4, se pueden formar cuatro divisiones o Universos de Casos de nivel 1, seis UC de nivel 2, cuatro UC de nivel 3 y un UC de nivel 4. El número de los casos de cada UC puede calcularse fácilmente mediante la fór-

mula 2<sup>a</sup> (donde  $n$  indica el nivel del UC). Por lo tanto, cada UC de nivel 1 posee dos casos; cada UC de nivel 2 tiene cuatro casos; cada UC de nivel 3, ocho casos, y el UC de nivel 4, 16 casos.

Entre los Universos de Casos pertenecientes a distintos niveles y también entre los casos de esos UC se dan ciertas relaciones que conviene puntualizar.

Las flechas que en el Diagrama 1 unen los distintos UC simbolizan la relación de (ser división) *más fina que*.

Se dice que una división  $D_1$  es *más fina* que una división  $D_2$  si, y sólo si, todo elemento de  $D_1$  implica lógicamente algún elemento de  $D_2$  y hay, por lo menos, un elemento de  $D_1$  que no está implicado por ningún elemento de  $D_2$ .

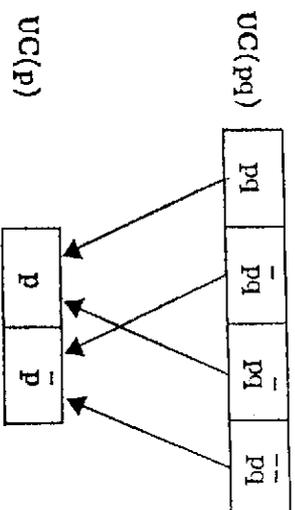
La relación de *más fina* se da igualmente entre los Universos de Casos, ya que estos últimos son divisiones (cfr. Cap. II, Sec. 2). En el Diagrama VI-1, el UC(pqrs) es más fino que el UC(pqr), este último es más fino que UC(pq), que a su vez, es más fino que UC(p). La relación va en dirección de la flecha, en el sentido de que el UC del que parte la flecha es más fino que el UC al que la flecha se dirige. Es una relación transitiva, asimétrica e irreflexiva.

Los UC que no están unidos (directa o indirectamente, esto es, a través de otros UC) por una flecha, no son ni más ni menos finos; diremos que son *incomparables*. Cabe observar que todos los UC de un mismo nivel son incomparables entre sí; pero también existen ciertos UC que pertenecen a distintos niveles y son, no obstante, incomparables entre sí. Por ejemplo, el UC(pqr) no es comparable (respecto de la relación *más fina*) con el UC(ps). En el Diagrama VI-1, sólo aquellos UC que están —directa o indirectamente (a través de otros UC)— unidos por medio de la flecha, son comparables entre sí.

De la definición de la relación *más fina que* surge que todo caso de un UC más fino *implica lógicamente* algún caso de un UC menos fino, pero no es implicado por él. (La relación de implicación lógica entre los casos de dos UC de diferente nivel va en una sola dirección.)

El Diagrama VI-2 muestra las relaciones de implicación lógica entre los casos de dos UC de diferente nivel, que están simbolizadas por las flechas.

DIAGRAMA VI-2



## \* 2. La completitud del sistema y el problema de la relevancia

La completitud, tal como la hemos definido en los Capítulos I (Sec. 6) y IV (Sec. 6), es una propiedad de los sistemas normativos *relativa* a un Universo de Casos. De aquí se desprende que un sistema completo respecto de un UC puede no serlo respecto de otro UC, aun cuando se trate del mismo UA. Veamos, ahora, cómo se comporta la completitud de un sistema con respecto a los UC de distintos niveles.

Tomemos como ejemplo dos Universos de Casos, de los que el primero sea más fino que el segundo. El primero se caracteriza por las propiedades  $p$ ,  $q$ ; el segundo, por la propiedad  $p$ . El primero, UC(pq), tiene cuatro casos; el segundo, UC(p), sólo dos.

Supongamos que un sistema normativo  $\alpha$  es completo respecto de UC(p), es decir, del Universo de Casos menos fino. Esto quiere decir que los casos  $p$  y  $\sim p$  están solucionados por  $\alpha$ , lo cual a su vez implica que entre las consecuencias deductivas de  $\alpha$  figuran dos enunciados que correlacionan el caso  $p$  y el caso  $\sim p$  con alguna solución (maximal). Supongamos que estas soluciones son  $S_1$  para  $p$  y  $S_2$  para  $\sim p$ . Esto quiere decir que los enunciados "si  $p$  entonces  $S_1$ " y "si  $\sim p$  entonces  $S_2$ " son consecuencias de  $\alpha$ .

De qué manera repercute la solución de los casos del UC menos fino sobre los casos del UC más fino?

Como muestran las flechas en el Diagrama VI-2, el caso  $pq$  implica lógicamente el caso  $p$ . Siendo el enunciado "si  $p$  entonces  $S_1$ " consecuencia de  $\alpha$ , resulta que el enunciado "si  $pq$  entonces  $S_1$ " también es consecuencia de  $\alpha$ .

Así, pues, el sistema  $\alpha$  soluciona el caso  $pq$  al correlacionarlo

indirectamente con la solución  $S_1$ . En forma similar, cabe mostrar que los demás casos del UC (pq) están correlacionados por  $\alpha$  con soluciones maximales; a saber, los casos pq y  $p \sim q$  con la solución  $S_1$ , y los casos  $\sim pq$  y  $p \sim q$ , con la solución  $S_2$ . Cabe concluir, pues, que la solución de todos los casos del UC(p) soluciona también los casos del UC(pq). Generalizando, pues, podemos decir:

(T<sub>1</sub>) Si un sistema normativo  $\alpha$  es completo con respecto a un UC<sub>i</sub>, entonces será también completo respecto de todos los UC que sean más finos que UC<sub>i</sub>.

Supongamos, ahora, que el sistema  $\alpha$  es completo con respecto al UC(pq), es decir, en relación al UC más fino. Supongamos que el caso pq está correlacionado con la solución  $S_1$ , y el caso  $p \sim q$  con la solución  $S_2$ . ¿Cuál es la solución que corresponde, en esta situación, a los casos del Universo menos fino? ¿De qué manera soluciona  $\alpha$ , por ejemplo, el caso p?

Es evidente que del hecho de que el enunciado "si pq entonces  $S_1$  sea consecuencia de  $\alpha$  no se infiere que el enunciado "si p entonces  $S_1$ " lo sea, aun cuando es verdad que "pq" implica lógicamente "p". Pero como "p" equivale a la disyunción "pq v  $p \sim q$ " y por lo tanto la implica, cabe mostrar que se puede inferir que el enunciado "si p, entonces  $S_1$  o  $S_2$ " es consecuencia de  $\alpha$ . Quiere ello decir que p está correlacionado con la disyunción de dos soluciones distintas  $S_1$  y  $S_2$ . Esto significa que frente a un caso caracterizado por la propiedad p no sabemos qué solución le corresponde, de acuerdo con el sistema  $\alpha$ . Para solucionar este caso hay que saber si está presente o ausente la propiedad q. La solución de los casos de un UC más fino *no implica*, por consiguiente, que estén solucionados los casos de un UC menos fino. Lo cual no quiere decir que los casos de una división menos fina no puedan resultar, de hecho, solucionados. Así ocurriría, en nuestro ejemplo, si todos los casos del UC(pq) estuvieran correlacionados con la misma solución. Entonces estarían solucionados también los casos p y  $\sim p$  del UC(p). Pero esto no es consecuencia lógica del mero hecho de que el UC más fino esté solucionado, sino del hecho de que está solucionado de una manera muy especial. Cabe concluir, por lo tanto:

(T<sub>2</sub>) El que un sistema normativo  $\alpha$  sea completo respecto de un UC<sub>i</sub>, no implica que sea completo en relación a los UC menos finos que UC<sub>i</sub>.

Volvamos ahora a nuestro primer ejemplo (Diagrama VI-2). La solución de los casos del UC menos fino (UC<sub>1</sub>[p]), resuelve también todos y cada uno de los casos de la división más fina

(UC<sub>1</sub>[pq]). En nuestro ejemplo,  $S_1$  es la solución para los casos pq y  $p \sim q$ , y  $S_2$  para los casos  $\sim pq$  y  $\sim p \sim q$ . Resulta, pues, que los casos en que la propiedad "p" está presente se correlacionan con la solución  $S_1$ , independientemente de que la propiedad q esté presente o no. Lo mismo sucede en los otros dos casos: si la propiedad p está ausente, la solución es la misma, esté o no la propiedad q. Esto revela que la propiedad q es irrelevante, ya que su presencia o ausencia no influye en ningún momento en las soluciones que para los casos del UC(pq) se infieren del sistema  $\alpha$ .

Generalizando esta observación, podemos afirmar:

(T<sub>3</sub>) Si un sistema normativo  $\alpha$  soluciona los casos de un Universo de Casos (UC<sub>i</sub>), entonces soluciona de tal manera los casos de todo UC<sub>j</sub> más fino que UC<sub>i</sub>, que las propiedades que caracterizan a UC<sub>j</sub> y no al UC<sub>i</sub> son irrelevantes para las soluciones de  $\alpha$  cuando  $\alpha$  es coherente en UC<sub>i</sub>.

Esta última restricción es necesaria, ya que si el sistema no fuera coherente en UC<sub>i</sub>, las propiedades de UC<sub>j</sub> que no caracterizan el UC<sub>i</sub> podrían no obstante ser relevantes para las soluciones de los casos de UC<sub>j</sub>. Considérese, por ejemplo, un sistema normativo  $\beta$  que contenga las normas " $S_1/p$ ", " $S_2/\sim p$ " y " $S_2/q$ ". Este sistema es completo (y coherente) en relación a UC(p); pero en relación al UC (p,q) —que es más fino que el UC(p)—  $\beta$  ya no es coherente, pues el caso pq está correlacionado por  $\beta$  con dos soluciones distintas ( $S_1$  y  $S_2$  son aquí soluciones maximales y, por lo tanto, mutuamente excluyentes). Sin embargo, la propiedad q no es irrelevante en UC(pq): su presencia (caso pq) da lugar a una incoherencia, mientras que su ausencia (caso  $p \sim q$ ) está solucionada en forma coherente.

Este ejemplo sugiere que la coherencia y la completitud de un sistema normativo se comportan de distintas maneras respecto de Universos de Casos más o menos finos. La completitud se mantiene en una dirección: de los Universos de Casos menos finos hacia los más finos, pero no viceversa. La coherencia, en cambio, se mantiene en la dirección opuesta: de los Universos de Casos más finos hacia los menos finos, pero no al contrario. (Acabamos de considerar un ejemplo de un sistema normativo  $\beta$  que era coherente en relación al UC<sub>1</sub>[p] e incoherente en relación al UC<sub>1</sub>[pq].)

Estas observaciones con respecto a la coherencia pueden ser generalizadas del siguiente modo:

(T<sub>4</sub>) Si un sistema normativo es coherente en un UC<sub>i</sub>, entonces es también coherente en todo UC<sub>j</sub> menos fino que UC<sub>i</sub>.

(T<sub>3</sub>) Si un sistema normativo es incoherente en un UC<sub>i</sub>, entonces es también incoherente en cualquier UC<sub>i</sub>, más fino que el UC<sub>i</sub> (aunque puede ser coherente en relación a un UC<sub>r</sub> menos fino que el UC<sub>i</sub>).

(A propósito de la relación de ser más fino entre los Universos de Soluciones, véase Apéndice, T42 y T43.)

### 3. *Propiedades relevantes e irrelevantes.*

Para definir la noción de relevancia introduciremos la siguiente convención terminológica. Extendiendo el concepto de propiedad complementaria (Cap. I, Sec. 3) a casos, diremos que *dos casos son complementarios con respecto a una propiedad p* si, y sólo si, los dos casos difieren entre sí en que p está presente en uno de ellos y ausente en el otro, siendo iguales todas las demás propiedades definitorias del caso. Así, los casos caracterizados por las propiedades pqr...n y ~pqr...n son complementarios con respecto a p.

De esta definición se desprende que un caso C<sub>i</sub> tiene un caso complementario y solamente uno, respecto de cada una de las propiedades definitorias de C<sub>i</sub> en un Universo de Casos. Por ejemplo, en el UC(pqr), el caso pqr es complementario del caso ~pqr con respecto a la propiedad p; es complementario de p~qr con respecto a q y es complementario de pq~r respecto de r.

Con la ayuda de la noción de caso complementario definiremos tres conceptos de relevancia, pues una propiedad puede ser relevante en relación a un caso, relevante en relación a un UC y relevante en relación a un UA. Los tres conceptos de relevancia —y sus contrarios: irrelevancia relativa a un caso, a un UC o a un UA— son, a su vez *relativos* a un sistema normativo y un Universo de Soluciones Minimales (USmin).

La propiedad p es *relevante en el caso C<sub>i</sub>*, de un UC<sub>i</sub> en relación a un sistema normativo α y un UA<sub>r</sub> = Df. el caso C<sub>i</sub> y su caso complementario con respecto a p en UC<sub>i</sub> tienen diferente *status* normativo en relación a α y el UA<sub>r</sub>.

Decir que dos casos tienen diferente *status* normativo en relación a un sistema normativo α y un UA<sub>r</sub> significa que hay un elemento (una solución) del USmin correspondiente al UA<sub>r</sub> que está correlacionado por α con uno de los casos y no con el otro.

La propiedad p es *irrelevante en el caso C<sub>i</sub>*, de un UC<sub>i</sub> en relación a un sistema normativo α y un UA<sub>r</sub> = Df. p no es relevante

en C<sub>i</sub>, es decir, el caso C<sub>i</sub> y su complementario con respecto a p en UC<sub>i</sub> tienen igual *status* normativo en relación a α y el USmin correspondiente a UA<sub>r</sub>.

Decir que dos casos tienen igual *status* normativo en relación a α y un USmin significa que o los dos casos están correlacionados con las mismas soluciones, o no lo están con ninguna.

La propiedad p es *relevante en el UC<sub>i</sub>*, en relación a un sistema normativo α y un UA<sub>r</sub> = Df. existe por lo menos un caso del UC<sub>i</sub> en el cual p es relevante en relación a α y el USmin correspondiente a UA<sub>r</sub>.

La propiedad p es *irrelevante en el UC<sub>i</sub>*, en relación a un sistema normativo α y un UA<sub>r</sub> = Df. p no es relevante en UC<sub>i</sub>, es decir, p es irrelevante en todos los casos del UC<sub>i</sub> (en relación a α y el UA<sub>r</sub>).

La propiedad p es *relevante en un UA<sub>r</sub>*, en relación a un sistema normativo α = Df. existe por lo menos un UC<sub>i</sub> en el cual p es relevante en relación a α y UA<sub>r</sub>.

La propiedad p es *irrelevante en un UA<sub>r</sub>*, en relación a un sistema normativo α = Df. p no es relevante en UA<sub>r</sub>, es decir, no existe ningún UC<sub>i</sub> tal, que p sea relevante en este UC<sub>i</sub> en relación a α y UA<sub>r</sub>.

Los tres conceptos de relevancia y los tres conceptos de irrelevancia están lógicamente relacionados entre sí de la siguiente manera:

Si una propiedad es relevante para un caso, será también relevante para el UC al cual pertenece dicho caso y para el correspondiente UA.

Si una propiedad es irrelevante para un UA, será irrelevante también para cualquier UC de este UA y para cualquier caso de cualquier UC del mismo UA.

En cambio, de la relevancia para un UA nada se puede inferir acerca de la relevancia para un UC determinado y de la relevancia para un UC no se infiere la relevancia para un caso determinado de ese UC. Lo mismo vale a propósito de la irrelevancia. El que una propiedad sea irrelevante para un caso no implica que lo sea para el UC, y la irrelevancia para un UC no implica que la propiedad en cuestión sea irrelevante para el UA.

#### 4. *La tesis y la hipótesis de relevancia*

El término "relevante", tal como se usa en expresiones tales como "propiedad relevante" o "propiedad irrelevante", es notoriamente ambiguo. Las definiciones de la sección precedente no pretenden

abarcar todos los significados que este término adopta en los distintos usos, sino tan sólo reflejar un significado típico. Lo llamaremos el *significado descriptivo* de "relevante".

Decir que una propiedad es relevante en el sentido descriptivo (para un caso y en relación a un sistema normativo y un universo de soluciones) es afirmar un *estado de cosas* que *de hecho* se da; ese estado de cosas consiste en que el caso en cuestión y su caso complementario *tienen* diferente *status* normativo.

Pero la palabra "relevante" es también frecuentemente usada en otro sentido, que podríamos llamar su *significado prescriptivo*. Decir que una propiedad es relevante en el sentido prescriptivo es afirmar que un estado de cosas *debe* o *debería* darse, esto es, que un caso y su complementario *deben* tener diferente *status* normativo. Así, por ejemplo, en las frases "La propiedad p es relevante para este caso, aunque el legislador no la haya tenido en cuenta" o "El legislador no tuvo en cuenta la propiedad p al solucionar el caso C, pero p es relevante", que son por cierto bastante comunes, el término "relevante" está usado en el sentido prescriptivo (si lo estuviera en el sentido descriptivo, ambas frases serían contradictorias).

La ambigüedad apuntada es capaz de producir confusiones y de hecho las produce a menudo en el discurso jurídico. Conviene, por consiguiente, trazar una distinción terminológica para evitar esta ambigüedad. Para ello, usaremos la palabra "relevante" exclusivamente en su sentido descriptivo (como lo hemos hecho en la sección anterior) y para decir que una propiedad es relevante en el sentido prescriptivo diremos que *ella debe ser relevante*. Con esto no pretendemos corregir los usos lingüísticos de los juristas, sino tan sólo evitar equívocos en nuestra exposición.

Estamos ahora en condiciones de distinguir entre dos nociones que aparecen frecuentemente confundidas en la teoría jurídica y, a fin de mantener claramente la separación, acuñaremos nombres para cada una de ellas.

Llamaremos *tesis de relevancia* de un sistema normativo  $\alpha$  para un UA, a la proposición que identifica el conjunto de las propiedades relevantes en relación a  $\alpha$  y UA.

Llamaremos *hipótesis de relevancia* para un UA, a la proposición que identifica el conjunto de propiedades que *deben ser* relevantes para UA.

Quando un UP contiene sólo propiedades relevantes y todas las propiedades relevantes (con respecto a  $\alpha$  y UA), diremos que *ese* Universo de Propiedades *satisface* la tesis de relevancia de  $\alpha$  para

UA, y lo llamaremos *Universo de Propiedades Relevantes* (UPR), con respecto a  $\alpha$  y UA. Es importante tener presente que esta *noción* es relativa a un sistema normativo y a un Universo de Acciones.

Se puede también extender la noción de relevancia a los universos de casos. Llamaremos *Universo de Casos Relevantes* (UCR) respecto de un sistema normativo  $\alpha$  y un UA, al UC correspondiente al UPR, es decir, a la división formada por todas las propiedades del Universo de Propiedades Relevantes.

Se puede probar fácilmente que para todo sistema normativo y para todo UA, existe a lo sumo un UP que satisface la tesis de relevancia, es decir, un UPR. Por lo tanto, existe a lo sumo un UCR. Es necesario incluir la cláusula "a lo sumo" porque si el sistema es categórico o carece de consecuencias normativas para un UA, entonces no hay propiedades relevantes para ese UA y, por consiguiente, no existe ningún UPR. Pero si el sistema normativo tiene consecuencias normativas para el UA y no es categórico, entonces existe un Universo de Propiedades, y solamente uno, que satisface la tesis de relevancia. Y entonces existirá también un UCR, pero no más de un UCR.

El UCR ocupa una posición de privilegio entre los posibles UC. En efecto, sabemos, en virtud de T<sub>3</sub> (Sec. 2), que todo UC más fino que UCR tiene, en relación a todo conjunto normativo  $\alpha$  coherente, propiedades irrelevantes (es decir, distinciones superfluas, que no inciden en las soluciones de los casos). Por otra parte, en todo UC menos fino que el UCR *necesariamente* hay lagunas cuando el sistema es coherente en UCR. Esta última tesis se puede demostrar mediante la siguiente reducción al absurdo: supongamos que un UC, menos fino que el UCR carece de lagunas; esto quiere decir que el sistema es completo con respecto al UC; pero entonces, en virtud de T<sub>3</sub> todo UC más fino tiene propiedades irrelevantes (para este UC) —siempre que  $\alpha$  sea coherente en UCR— y como el UCR es, por hipótesis, más fino que el UC, resulta que el UCR tiene propiedades irrelevantes, lo cual contradice la definición de UCR.

En consecuencia, podemos concluir: i) que un sistema coherente y completo con respecto al UCR es incompleto con respecto a cualquier UC menos fino que el UCR; ii) si un sistema tiene lagunas en el UCR, tendrá más lagunas en cualquier UC menos fino; y iii) si un sistema es completo con respecto al UCR, lo será también con respecto a cualquier UC más fino y, además, todas las

propiedades que distinguen al UC más fino son irrelevantes (siempre que  $\alpha$  sea coherente).

De lo cual se infiere que, a los efectos de determinar si un sistema normativo es completo con respecto a un UA, convendrá elegir como punto de referencia el UCR de ese UA (con respecto al sistema), para lo cual es necesario determinar la tesis de relevancia del sistema para el UA en cuestión.

Así, por ejemplo, en el modelo del Capítulo I, el UP formado por las propiedades de buena fe del enajenante (BFE), buena fe del adquirente (BFA) y título oneroso (TO), satisface la tesis de relevancia de los sistemas  $S_1$  a  $S_4$ , pues éstas son todas las propiedades relevantes (para el UA del modelo y para los sistemas considerados). Por lo tanto, el Universo de Casos construido a partir de este UP es el UCR.

Estas consideraciones muestran la importancia de la tesis de relevancia. No menos importante es el papel que desempeña la hipótesis de relevancia.

La hipótesis de relevancia determina el conjunto de propiedades que deben ser relevantes para un UA. La cuestión de saber si una propiedad debe o no debe ser relevante para un UA determinado es un *problema axiológico*. Por consiguiente, la hipótesis de relevancia supone un *criterio valorativo*: una propiedad relevante (en sentido prescriptivo) para un criterio valorativo puede no ser relevante (en sentido prescriptivo) para otro. Con ello no queremos decir que el criterio de valor implícito en hipótesis de relevancia sea necesariamente subjetivo (es decir, relativo a un sujeto); sólo afirmamos que toda hipótesis de relevancia supone la existencia de un *criterio axiológico determinado*.

Este criterio de valor puede ser subjetivo; por ejemplo, cuando expresa las preferencias personales de una persona (que puede ser un juez, un jurista o un simple mortal). Pero también puede ser objetivo; la objetividad, a su vez, puede ser relativa a algún otro valor o conjunto de valores, o absoluta, como acaece cuando el criterio de valor está dado por el Derecho Natural. (No tenemos por qué pronunciarnos aquí acerca de cuestiones tan debatidas como la posibilidad de juicios de valor objetivos o la existencia del Derecho Natural; estas cuestiones escapan a nuestra problemática. Lo único que interesa en este contexto es que la hipótesis de relevancia supone siempre algún criterio axiológico.)

Cabe observar que a diferencia de la tesis de relevancia que es relativa a un sistema normativo y a un UA, la hipótesis de re-

levancia sólo es relativa a un UA determinado. Podría expresarse esta diferencia diciendo que la tesis de relevancia es un *criterio* para la selección del UP y, por consiguiente, del UC para determinar las propiedades formales (completitud y coherencia) de un sistema dado, mientras que la hipótesis de relevancia es un *criterio de adecuación axiológica para los sistemas normativos*.

Diremos que un sistema normativo satisface el criterio de adecuación axiológica dado por una hipótesis de relevancia con respecto a un UA si, y sólo si, su tesis de relevancia coincide (es coextensiva) con la hipótesis de relevancia en cuestión.

Hablando en términos generales, un sistema normativo es axiológicamente inadecuado (injusto, malo) para un UA, cuando sus soluciones son inadecuadas (injustas, malas). Cuando las soluciones que se derivan del sistema son adecuadas (justas, buenas), el sistema es axiológicamente adecuado.

Pero la satisfacción de la hipótesis de relevancia es tan sólo una *condición necesaria*, pero no suficiente para la adecuación axiológica de un sistema normativo para un UA. En otras palabras, un sistema que no satisfaga la hipótesis de relevancia, es *eo ipso*, axiológicamente inadecuado; pero un sistema que la satisfaga puede, no obstante, ser inadecuado por otras razones. Es que un sistema para el cual son relevantes todas las propiedades que deben serlo (es decir, que toma en cuenta todas las circunstancias que deben ser tomadas en cuenta), puede no correlacionar los casos (o algún caso) con aquellas soluciones con las que debe hacerlo y, en este sentido, suministrar soluciones inadecuadas.

Generalizando, pues, podemos decir que un sistema normativo puede ser considerado axiológicamente inadecuado (injusto) para un UA por dos razones: 1. por no adecuarse a la hipótesis de relevancia, es decir, por "elegir mal" los casos, o 2. por no correlacionar los casos con aquellas soluciones con las que debe correlacionarlos, es decir, por solucionar "mal" los casos correctamente elegidos. Como es obvio, los dos defectos no son incompatibles: un sistema puede también solucionar mal, casos mal elegidos.

##### 5. Lagunas axiológicas

En el lenguaje de los juristas en general y muy especialmente en el de los jueces, se usa a menudo la expresión "laguna del derecho" (o "laguna de la ley") para designar situaciones en las cuales, si

bien existe una solución —por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas—, la solución existente es axiológicamente inadecuada. Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de lagunas —en el sentido que tratamos de caracterizar— cuando la solución es inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado. El uso del término "laguna" no es aquí del todo arbitrario: se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión *por no haberla previsto*, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica (lo cual puede, de hecho, ser verdad en muchos casos).

Llamaremos *laguna axiológica* a este concepto de laguna, a fin de distinguirlo de la laguna normativa. El concepto de laguna axiológica desempeña un papel muy importante en la teoría y en la práctica jurídica, por lo cual urge dar una definición rigurosa de este concepto, máxime cuando el uso indiscriminado del término "laguna" tiende a borrar importantes diferencias conceptuales, que importa destacar. Sin embargo, ésta no es una tarea fácil; en cierto modo, las primeras cuatro secciones de este capítulo no son más que largos prolegómenos para una definición de laguna axiológica.

Vamos a proponer la siguiente definición de laguna axiológica:

Un caso  $C_1$  de un  $UC_1$  es una *laguna axiológica* del sistema normativo  $\alpha$  en relación a un  $UA_k = Df.$  el caso  $C_1$  está solucionado por  $\alpha$  y existe una propiedad  $p$  tal, que  $p$  *debe ser* relevante para  $C_1$  (de acuerdo con una determinada hipótesis de relevancia) y  $p$  es irrelevante para  $\alpha$  en relación al  $UA_k$ .

Esta definición, que en realidad es menos complicada de lo que parece a primera vista, requiere, sin duda, algunos comentarios explicativos.

En primer lugar, laguna axiológica es algo que se predica (es una propiedad) de un caso. Este concepto es, además, *relativo* a un sistema normativo, a un Universo de Acciones y también a una *hipótesis de relevancia*. Obsérvese, en segundo lugar, que para la existencia de una laguna axiológica es necesario que el caso tenga una solución. De lo contrario, se trataría de una laguna norma-

tiva, y los conceptos de laguna normativa y laguna axiológica son en nuestra definición incompatibles (mutuamente excluyentes).

En tercer lugar, se exige la existencia de una propiedad que debe ser relevante de acuerdo con un determinado criterio axiológico (hipótesis de relevancia). En el caso de la laguna axiológica, la solución existente se considera axiológicamente inadecuada *porque* no toma en cuenta la propiedad conceptualizada relevante, es decir, porque el sistema no hace un *distinguo* que debe hacerse. Se tiene que tratar, además, de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo) *en este caso*. Por último, la propiedad valorada como relevante tiene que ser *irrelevante para el  $UA$  y no sólo para el caso en cuestión*. Es decir, tiene que ser una propiedad que no pertenezca al conjunto identificado en la tesis de relevancia del sistema. Porque, si la propiedad es irrelevante en el caso en cuestión, pero es relevante para algún otro caso, entonces —si bien la solución es axiológicamente inadecuada—, ya no se podrá decir que el legislador no ha previsto o no ha considerado esta propiedad y en consecuencia no se trataría ya de una laguna axiológica en nuestra definición de la expresión, aunque es posible que los usos lingüísticos de los juristas no sean muy precisos a este respecto.

Creemos que nuestra definición recoge un uso, muy común entre los juristas, del término "laguna" y, al delimitar su significado, permite trazar importantes distinciones conceptuales que habitualmente permanecen ocultas por falta de una clara distinción terminológica. En particular, permite distinguir las lagunas axiológicas de las lagunas normativas, por un lado, y de otros defectos axiológicos (políticos o éticos), por el otro.

Ya se ha subrayado que no toda solución axiológicamente inadecuada es llamada "laguna" por los juristas. Si el legislador ha considerado todas las circunstancias (que deben ser) *relevantes* del caso y después lo solucionó mal (injustamente), el resultado es un defecto axiológico del sistema, pero no una laguna. Para poder hablar de una laguna axiológica, es necesario que haya una discrepancia entre la tesis de relevancia del sistema y la hipótesis de relevancia (para el  $UA$ ). Desde luego, el hecho de que la tesis y la hipótesis de relevancia coincidan (es decir, el hecho de que el legislador haya tomado en cuenta todas las propiedades que deben ser relevantes) no asegura la adecuación axiológica de todas las soluciones del sistema. Las soluciones pueden ser injustas, aunque se hayan tomado en cuenta todas las distinciones pertinentes. Pero en esos casos no hay lagunas axiológicas.

Sin embargo, la discrepancia entre la tesis y la hipótesis de relevancia sólo es una condición necesaria, pero no suficiente para la existencia de lagunas axiológicas. Esa discrepancia puede provenir de tres situaciones distintas que conviene examinar por separado.

*Situación I:* La hipótesis de relevancia es más amplia que la tesis. Esto significa que existe por lo menos una propiedad que debe ser relevante y que no lo es para el sistema, y que el Universo de Casos de la hipótesis de relevancia —UC (Hip)— es más fino que el UC relevante (UCR).

En esta situación existe por lo menos un caso de laguna axiológica. (Más adelante tendremos ocasión de examinar ejemplos de lagunas axiológicas.)

*Situación II:* La hipótesis de relevancia es menos amplia que la tesis. Esto quiere decir que existe por lo menos una propiedad relevante que no debe serlo y que el UC de la hipótesis es menos fino que el UC relevante. Aquí el legislador —en vez de pasar por alto una distinción— ha hecho demasiadas distinciones. Ello trae como consecuencia que algunas soluciones sean injustas, pero este caso no es una laguna axiológica.

Consideremos como ejemplo el sistema  $S_1$  del modelo, es decir, el sistema de Freitas. Supongamos que de acuerdo con una hipótesis de relevancia la buena fe del enajenante sea considerada como irrelevante para la procedencia de la reivindicación. En tal caso, la solución dada por el sistema de Freitas al caso 2 (véase la Tabla I-4 del Cap. I, Sec. 3) es injusta: la solución debería ser la misma que en el caso 1, o sea, FR. Pero esta situación difícilmente podría considerarse laguna.

*Situación III:* La tesis y la hipótesis de relevancia son distintas, pero incomparables. Lo cual significa que hay propiedades relevantes que no deben serlo, y propiedades irrelevantes que deben ser relevantes. (En tal caso, el UCR y el UC (Hip) son incomparables.)

Esta situación no ofrece interés autónomo, ya que no se trata más que de una combinación de las otras dos situaciones. Por lo tanto, en esta situación pueden presentarse casos de laguna axiológica y también casos de inadecuación axiológica (injusticia), que no son lagunas.

Como ejemplo podríamos considerar una hipótesis de relevancia (para el modelo del Cap. I), para la cual no debe ser relevante la buena fe del enajenante y, en cambio, debe ser relevante la

inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad. (Esta es, en términos generales, la hipótesis de relevancia que propone Dassen en el artículo citado.) En la medida en que el sistema (o los sistemas  $S_1$  a  $S_4$ ) no contemple la propiedad de estar inscrito en el Registro, habrá lagunas axiológicas; pero, además, habrá soluciones deficientes por otras razones: por haber otorgado relevancia a la buena fe o la mala fe del enajenante.

## 6. Las lagunas axiológicas en la teoría jurídica

Tal vez no sea exagerado afirmar que en la teoría jurídica se observan dos tendencias perniciosas. Por un lado, muchos juristas tienden a confundir las lagunas axiológicas con las lagunas normativas; por el otro, existe la tendencia a no distinguir claramente entre lagunas axiológicas y otros desacuerdos valorativos.

La confusión entre las lagunas axiológicas y las normativas se debe, en buena medida, al uso indiscriminado y poco feliz del término "laguna" (en combinación con la ya aludida ambigüedad de la palabra "relevante"). Desgraciadamente, la confusión no es sólo terminológica, sino conceptual. Esta confusión es casi tradicional en la doctrina alemana, de la que vamos a extraer algunos ejemplos.

La mayoría de los autores alemanes insisten en la necesidad de distinguir entre defecto (ético o político) de la ley y laguna, lo cual parecería revelar la intención de separar las cuestiones valorativas de las cuestiones lógicas. Sin embargo, al definir el concepto de laguna recurren nuevamente a criterios valorativos, borrando con el codo la distinción trazada con la mano. Un buen ejemplo en este sentido nos suministra Karl Engisch. Ya en su primera aproximación al problema encontramos el reflejo de la ambigüedad básica, cuando Engisch describe la laguna como una "insuficiencia insatisfactoria dentro de un todo" (*unbefriedigende Unvollständigkeit innerhalb eines Ganzen*)<sup>1</sup>. Antes de hablar de insuficiencia insatisfactoria, habría que definir primero qué se entiende por insuficiencia (*Unvollständigkeit*). La cuestión de saber si una insuficiencia (en el sentido de falta de solución) es insatisfactoria o no, es un problema valorativo, que presupone ya el concepto de in-

<sup>1</sup> Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, p. 135; trad. castellana de Garçon Valdés, Ernesto, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Madrid, 1967, p. 172.

suficiencia. Y la cuestión acerca de la existencia o inexistencia de una solución no es un problema valorativo. Al no separar, pues, estas dos cuestiones, Engisch no logra encontrar un criterio satisfactorio para distinguir las lagunas normativas de las axiológicas, a pesar de tener la intención de hacerlo y de haber realizado esfuerzos en ese sentido. Así, por ejemplo, hablando de una solución dada por el derecho positivo, dice: "Si no estamos de acuerdo con esta solución, podemos hablar en verdad de una laguna político-jurídica, de una laguna crítica, de una laguna no auténtica, es decir, de una laguna desde el punto de vista de un futuro derecho mejor (*de lege ferenda*), pero no de una laguna verdadera y auténtica, es decir, de una laguna en el derecho vigente (*de lege lata*)".<sup>2</sup> Dos líneas después, Engisch manifiesta expresamente su intención de limitar su definición del concepto de laguna a las lagunas *de lege lata*. Así, pues, su definición parece apuntar a lo que llamamos laguna normativa: "Lagunas son insuficiencias del derecho positivo (escrito o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y admite una decisión judicial complementaria del derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la ley ni el derecho consuetudinario suministran una respuesta inmediata a una pregunta jurídica"<sup>3</sup>.

Sin embargo, el ejemplo que Engisch cita como un típico caso de laguna y que debería servir para ilustrar su definición, es un patente caso de laguna axiológica (presencia de una solución insatisfactoria) y no de laguna normativa (ausencia de una solución). Se trata del conocido fallo del Tribunal del Reich alemán del 11/3/1927, referente a la interrupción del embarazo por indicación médica.

El Cód. Penal vigente a la sazón en Alemania reprimía el aborto en forma genérica (art. 218), sin contemplar el caso de aborto por prescripción médica para salvar la vida o la salud de la mujer. Un médico que practicó el aborto para evitar el suicidio de una mujer, que según el informe psiquiátrico tenía tendencias suicidas a raíz del embarazo, fue sometido a proceso y absuelto por el Tribunal del Reich sobre la base de una supuesta laguna del Cód. Penal, que fue llenada por el Tribunal mediante la aplicación extensiva del art. 54 del mismo código, referente al estado de ne-

ALGUNOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO 163

cesidad. (Este artículo habla del peligro inminente para el autor del hecho o un pariente del mismo y, por lo tanto, era a todas luces inaplicable, ya que el médico que practicó el aborto no estaba en peligro, ni era pariente de la mujer.)

Engisch admite que el caso del médico encuadra perfectamente en el art. 218 y, sin embargo, afirma que se trata de una laguna típica. Esto contradice abiertamente su propia definición de laguna; según ella, hay laguna cuando el derecho no da respuesta alguna a una pregunta jurídica; en el ejemplo, en cambio, la ley da una respuesta, sólo que esa respuesta le parece a Engisch (y al Tribunal) insatisfactoria (injusta). Y la solución del código es injusta porque no toma en cuenta una distinción que tanto a Engisch como al Tribunal les parece relevante: la distinción entre aborto común y aborto atenuado por la intención de salvar la vida de la mujer. En otras palabras, tenemos aquí un conflicto entre la hipótesis de relevancia del Tribunal y la tesis de relevancia del código, es decir, un conflicto valorativo. Se trata, por consiguiente, de un caso típico de lo que hemos llamado laguna axiológica.

La misma ambigüedad oscilante entre cuestiones lógicas y axiológicas encontramos en otros autores, como Bierling<sup>4</sup>, Binder<sup>5</sup>, Sauer<sup>6</sup>, Larenz<sup>7</sup>, Bartholomejczik<sup>8</sup>, etcétera. Esser dice directa-

<sup>4</sup> Bierling, Ernst Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, t. IV, 1911, p. 383: "Solo se puede hablar de una laguna del Derecho cuando las normas (legales, contractuales o consuetudinarias) existentes no satisfacen por completo la intención de determinadas relaciones jurídicas o grupos de relaciones jurídicas."

<sup>5</sup> Binder, Julius, *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 984: "Existe una laguna en el Derecho cuando una exigencia de Derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias sociales y económicas que nos vienen dadas, no encuentra satisfacción en el Derecho."

<sup>6</sup> Sauer, Wilhelm, *Juristische Methodenlehre*, 1940, p. 288: "Existe una laguna cuando la ley calla 'precisamente cuando se espera una norma jurídica para un hecho...' Una norma es 'esperada' cuando hace posible un resultado en el sentido de la 'ley jurídica fundamental', esto es, de la idea del Derecho."

<sup>7</sup> Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960, trad. castellana de Gimbernat Ordeig, Enrique, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, p. 295: "Sólo se puede fijar el límite entre una laguna de regulación y un 'detecto' únicamente en sentido político-jurídico (*de lege ferenda*), preguntándose si el 'carácter incompleto' viene dado ya desde el punto de vista del fin immanente a la ley, o sólo desde una consideración independiente y crítica frente a la ley. En los dos casos se trata, como lo han subrayado correctamente Heck y Binder, sobre todo, de una cuestión de valoración y no meramente de valoración." (continúa en página siguiente)

<sup>8</sup> Bartholomejczik, Horst, *Die Kunst der Gesetzesauslegung*, Frankfurt a/M, 1960, p. 82.

<sup>2</sup> Engisch, ob. cit., p. 138, trad. cast., p. 176.

<sup>3</sup> Engisch, ob. cit., p. 136-137; trad. cast., p. 174.

mente: "Ya la sola (y decisiva) pregunta de si hay que admitir la existencia de una 'laguna' en la ley, constituye un juicio valorativo y una decisión de la voluntad" (1)<sup>9</sup>. Si la existencia de las lagunas depende de la decisión de la voluntad, toda discusión racional del tema se hace, obviamente, imposible.

El hecho de que muchos autores se refugien en fórmulas tan vagas como vacuas, apelando al sentimiento jurídico (*Rechtsgefühl*), a principios supralegales (*übergesetzliche Grundsätze*), al fin inmanente de la ley, a la idea de la corrección (*Richtigkeitsgedanke*), a la idea del Derecho (*Rechtsidee*), o la naturaleza de las cosas (*Natur der Sache*)<sup>10</sup>, revela claramente la presencia de una perplejidad básica.

mente de una constatación lógico-formal. El que en la ley se note la falta de una regla que *debería* contener (bien por su propio propósito y finalidad, bien en virtud de una fundamentada exigencia político-jurídico o jurídico-ética), es un juicio de valor. Pues bien, la diferencia entre 'laguna' y defecto deriva de la diferencia del criterio de valor que se ha puesto por base: éste reside, ante todo, en la misma ley como *todo de sentido* que aspira a una regulación completa en sí y materialmente armoniosa; en segundo lugar, en principios extrajurídicos de valoración. Existe una laguna de la regulación allí donde falta una regla cuya existencia puede ser esperada de conformidad con las ideas fundamentales y la teleología immanente de la regulación legal."

<sup>9</sup> Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübinga, 1956; trad. castellana de Eduardo Valenti Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, p. 322 (n. 56).

<sup>10</sup> Cfr. Carzón Valdés, Ernesto, *Derecho y "naturaleza de las cosas"*, dos volúmenes, Córdoba, 1970. Curiosamente, muchos autores que parecen distinguir entre lagunas lógicas (ausencia de solución) y lagunas axiológicas (presencia de una solución insatisfactoria), no consideran necesario dar una definición medianamente exacta del primer concepto. Cfr., por ejemplo, Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübinga, 1959, § 58, p. 336 y ss.; Nawatsky, Hans, *Allgemeine Rechtslehre - System der rechtlichen Grundbegriffe*, 1948, p. 142 y ss. Para la crítica de Nawatsky véase Klug, Ulrich, *Rechtstheorie und Rechtsgelung* en "Festschrift für Hans Carl Nipperdey", München, Berlín, 1965, ps. 76-77. Pero tampoco es satisfactoria la definición de Klug; para Klug sólo hay laguna cuando un caso no está solucionado y existe una norma que dice que el caso en cuestión debe ser solucionado. Esto significa una restricción excesiva del concepto de laguna, que lo hace prácticamente inaplicable.

\* En cambio, se encuentra una concepción de laguna muy interesante en Fiedler, Herbert, *Juristische Logik in Mathematischer Sicht*, ARSP, 1966, III/1, ps. 93-116, reproducido en la versión castellana de Eugenio Bulgryn y Ernesto Carzón Valdés en Fiedler, Herbert, *Derecho, Lógica, Matemática*, Bs. As.,

No es de extrañar que frente a esta situación, bastante lamentable, otros pensadores hayan optado por cortar el nudo gordiano, negando totalmente la existencia de lagunas normativas, que no serían —en su opinión— más que otras tantas ficciones tendientes a ocultar el hecho de que los juristas (y en especial, los jueces) —encubriendo con el piadoso manto de la ciencia sus valoraciones políticas y éticas—, proclaman la necesidad de llenar una laguna cuando en realidad pretenden alterar el derecho existente. El representante más notable de esta tendencia es, sin duda, Hans Kelsen II.

Pero el que se haya abusado del término "laguna" no demuestra la inexistencia de lagunas normativas, y en todo caso, antes de hablar de la inexistencia de las lagunas, hay que definir el concepto de laguna, puesto que si no sabemos a qué entidad se refiere esa palabra, mal podremos decidir la cuestión acerca de la existencia o no de ella.

La tesis de que todo orden jurídico es necesariamente completo se estudiará en el Capítulo VII. Lo que interesa destacar aquí es que Kelsen no distingue entre lagunas axiológicas y otros desacuerdos valorativos. Nos encontramos, pues, ante la segunda de las dos tendencias a que aludimos al comienzo de esta sección. Esta teoría es incapaz de dar cuenta de un uso muy difundido de la palabra "laguna" que hemos tratado de caracterizar bajo el nombre de "laguna axiológica".

En la doctrina alemana suele distinguirse a veces entre lagunas primarias (originarias) y lagunas secundarias (derivadas). Lagunas primarias —se sostiene— son las que existen en un orden normativo desde el momento de la creación de él; las lagunas secundarias aparecen con posterioridad, ya sea a consecuencia de una

1969. La concepción de Fiedler es muy similar a la expuesta en el presente trabajo. Lamentablemente, Fiedler no ha desarrollado sus ideas, pero sus ejemplos pueden fácilmente adaptarse a la terminología usada en este libro.

<sup>11</sup> Como precursor de Kelsen en este sentido puede ser considerado Zitelmann, Ernst, *Lücken im Recht*, 1902, trad. castellana de Posada Carlos G., *Las lagunas del derecho* en "La ciencia del derecho" (autores varios), Losada, Bs. As., 1949.

Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. cast. de Moisés Nílvé, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 176 y ss.; *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, 1958, ps. 174-177; *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Viena, 1960, p. 251 y ss.

modificación de la situación fáctica (por ejemplo, mediante el progreso técnico) o a causa de un cambio en las valoraciones.<sup>12</sup>

¿De qué manera pueden aparecer lagunas en un orden normativo completo? No es difícil contestar a esta pregunta. Dado que el concepto de laguna normativa (incompletitud) es relativo a un UC y un US, una modificación en alguno de esos elementos puede ocasionar la aparición de lagunas normativas, por ejemplo cuando se elige un UC menos fino que el originario, o un US más fino. En esto no parece haber ningún misterio.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, cuando se habla de lagunas secundarias o derivadas, no se trata realmente de lagunas normativas, sino de lagunas axiológicas o lagunas de reconocimiento. Para ilustrar este aserto consideremos un bien conocido ejemplo de laguna derivada, que ya fue analizado por Zitelmann en su famoso trabajo *Lücken im Recht*.

El Código de Comercio alemán regulaba de distinta manera la celebración de los contratos entre presentes y entre ausentes (como lo hace también nuestro Código Civil). La invención del teléfono planteó la cuestión de saber qué disposiciones debían aplicarse a los contratos celebrados por teléfono. Esto es un ejemplo típico de lo que los juristas llaman laguna derivada, originada en un invento técnico. Sin embargo, es claro que en este caso no hay ninguna laguna normativa, como ya lo señaló Zitelmann. La invención del teléfono puede crear dos clases de problemas, ninguno de los cuales puede atribuirse a la presencia de lagunas normativas. El primer problema consiste en saber cómo clasificar los contratos celebrados por teléfono: ¿deben considerarse como contratos entre presentes o entre ausentes? Hemos dado el nombre de "lagunas de reconocimiento" a esta clase de problemas (cfr. Cap. II, Sec. 4). Aquí sabemos que el caso tiene una solución, pues la clasificación de los contratos en contratos entre presentes y contratos entre ausentes es exhaustiva; pero no sabemos cómo es esa solución porque no sabemos a cuál de las dos categorías conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes pertenece el caso en cuestión.

Este problema de clasificación podría fácilmente solucionarse (parece obvio que un contrato celebrado por teléfono es un contrato entre ausentes), si no fuera por una complicación que da

<sup>12</sup> Cfr. Englisch, Karl, *Der Begriff der Rechtslücke*, "Sauerfestchrift", 1949, p. 85 y ss.; Karl Larenz, ob. cit., y Klug, Ulrich, *Observations sur le problème des lacunes en droit*, "Logique et Analyse" 10, 98-115 (1967).

lugar a dificultades de otra índole. Supongamos que se decidiera considerar los contratos celebrados por teléfono como contratos entre ausentes. En tal caso sería razonable hacer una distinción entre dos formas de contratos entre ausentes —contratos celebrados por correo y contratos celebrados por teléfono—, a fin de tratarlos en forma diferente. Puesto que en los contratos telefónicos la oferta y su aceptación son simultáneas, parece mucho más razonable aplicar a este modo de celebrar contratos las reglas que regulan los contratos entre presentes. Nos encontramos aquí frente a un típico caso de laguna axiológica. Lo que ha sucedido es que la invención del teléfono ha producido una "necesidad" de modificar el derecho, tomando en cuenta una circunstancia que no había sido y hasta aquel momento no pudo haber sido tomada en cuenta por el derecho: se trata, pues, de un conflicto entre la hipótesis de relevancia y la tesis de relevancia del Código de Comercio alemán vigente a la sazón. Lo que no hubo nunca ahí, ni antes ni después de la invención del teléfono, fue una laguna normativa.

No cabe duda de que una nueva propiedad puede llegar a existir como resultado de avances tecnológicos. Pero su presencia sólo puede crear un problema cuando esa propiedad sea valorada como (prescriptivamente) relevante. Lo cual muestra que las llamadas lagunas derivadas son, en realidad, lagunas axiológicas. Tales lagunas no surgen como se pretende de dos modos diferentes<sup>13</sup>, sino de un solo modo: a través de los cambios en las valoraciones. Los cambios fácticos sólo pueden dar lugar a lagunas axiológicas cuando van acompañados de nuevas valoraciones.

<sup>13</sup> Cfr. Larenz y Englisch, obras citadas.