

# EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS. RASGOS DISTINTIVOS Y RAZONES DE LAS PECULIARIDADES DE LAS LAGUNAS CANÓNICAS

---

---

*María Victoria Hernández Rodríguez<sup>a</sup>*

Fechas de recepción y aceptación: 3 de julio de 2014, 21 de noviembre de 2014

*Resumen:* La importancia de este tema, el problema de las lagunas, 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. Se analiza a nivel de teoría general del derecho la problemática surgida como consecuencia de las llamadas *lagunas* jurídicas, que constituyen un problema que afecta al dogma de la plenitud en todos los ordenamientos jurídicos. El argumento será abordado en términos de teoría general, para pasar a examinar la misma disciplina específica contemplada en el ordenamiento canónico vigente, es decir en el c. 19 del CIC 1983.

*Palabras clave:* ley, laguna, suplencia, supletoria, interpretación, analogía, plenitud, completitud, coherencia, ordenamiento jurídico, principios generales, equidad.

<sup>a</sup> Juez en el Tribunal de Apelación del Vicariato de Roma. Docente en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia Salesiana de Roma.

Correspondencia: Via Corfinio, 18. 00183 Roma. Italia.

E-mail: mariavictoria.hernandezrodriguez@vicariatusurbis.org



*Abstract:* The importance of this issue, concerning the problem of legal vacuums, is rooted in the need of the juridical system to be presented as a global entity, at the same time coherent and united; and these features become essential for the juridical system that is affected not only by the vacuum itself, but also by silence on a possible way to find a solution. The problems sprung from legal vacuums, affecting the dogma of the plenitude in every juridical system, have been analyzed at the level of law general theory. The issue will be discussed in terms of general theory and after according to the current provisions of the canon law, i.e. c. 19 (CIC 1983).

*Keywords:* legal vacuum, applicable law, supplementary law, interpretation, analogy, plenitude, completeness, coherence, juridical system, general principles, equity.

#### 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA PLENITUD HERMÉTICA DEL ORDENAMIENTO ESTATAL

El problema de las lagunas legales deviene en un inevitable inconveniente, tanto para la teoría como para la filosofía del derecho.

La materia de la supletoriedad de la ley y, por tanto, de las lagunas, adquiere importancia histórica en relación con el llamado dogma de la plenitud hermética de los ordenamientos estatales –al que se opone la lacunosidad–, es decir, aquella convicción según la cual los sistemas jurídicos no contienen faltas y son capaces de ofrecer al intérprete una solución para cualquier caso concreto.

Un sistema jurídico –en su acepción de *ordenamiento jurídico*, con la que se hace referencia a un amplio y complejo conjunto de normas jurídicas vigentes en un determinado periodo de tiempo<sup>1</sup>, que presentan además una unidad estructural con una fuerte cohesión o unidad interna<sup>2</sup>– puede definirse *completo* cuando en el mismo a cualquier caso posible va anexa una consecuencia jurídica,

<sup>1</sup> Es decir, un complejo normativo visto en su extensión y en un momento dado de su existencia histórica, PARESCHE, E., «Diritto, norma, ordinamento, II. Il concetto di ordinamento giuridico e il problema delle lacune», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 14 (1934) pp. 346-366.

<sup>2</sup> Cf. LÓPEZ CALERA, N., *Introducción al estudio del derecho*, Granada 1987<sup>2</sup>, p. 124.



de modo que el órgano jurisdiccional puede siempre encontrar en una norma preexistente la solución de cualquier controversia sometida a su juicio.

Junto con la plenitud, que supone la unidad tanto en el plano interno como en el formal del ordenamiento jurídico, la segunda característica es la coherencia, que significa la garantía de una justicia, la más perfecta posible para los hombres de una sociedad. En efecto, el requisito de la completez o completitud (*cualidad de completo*, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*) va confrontado con el requisito de la coherencia. Así, es coherente aquel ordenamiento en el que no existen normas incompatibles, mientras se dice que es completo cuando existe siempre una norma o bien la norma incompatible con el mismo. Asimismo, es incoherente el ordenamiento en el que existe una norma que regula un determinado caso y al mismo tiempo la norma incompatible; incompleto, pues, será el ordenamiento en el que no existe ni la norma que regula una determinada *facti species* ni la norma incompatible<sup>3</sup>.

La existencia de deficiencias y lagunas ha sido admitida desde antiguo por doctrinas y legislaciones, a tal punto que Aristóteles estableció ya una antigua fórmula resucitada por algunas escuelas y legislaciones modernas, es decir, aquella según la cual cuando la ley falte, el juez debe decidir según la norma que el legislador establecería si estuviese presente. El derecho romano reconoció la existencia de lagunas en la ley y confió a la autoridad de sus magistrados y jurisconsultos la misión de llenarlas, recurriendo a la *naturalis ratio* y a la equidad. Durante la Edad Media, la concepción católica vio en el derecho natural la fuente suprema e inagotable del derecho positivo, cuyas lagunas, por otra parte, se colmaban en buen número de ordenamientos jurídicos con el llamado derecho común, integrado por normas del derecho romano y, en ciertos casos, del derecho canónico. Fue en el siglo XIX cuando, bajo el influjo del positivismo jurídico, se planteó, como tema objeto de acerasas discusiones, el problema de la suficiencia o insuficiencia de la ley como fuente de soluciones jurídicas, sostenida por aquellos, en su aspecto positivo.

Efectivamente, esta pretensión de considerar los ordenamientos jurídicos como plenos y coherentes, pretendiendo resolverlo todo con soluciones sabias, coherentes, orgánicas y sin contradicciones para todos los conflictos, donde toda

<sup>3</sup> Cf. BOBBIO, N., «Lacune del diritto», en *Novissimo Digesto Italiano* 9, Torino 1965, p. 419.



norma jurídica sería un programa o plan de conducta para los destinatarios de la misma, sin obviar ninguna situación que requiriera de tutela jurídica, recorrió varias etapas y tomó mayor fuerza al calor del gran movimiento codificador del siglo XIX, donde en busca de mayor seguridad jurídica se imponía al juez la obligación de actuar ante cualquier conflicto, aunque éste no estuviese contemplado en ninguna norma. Esta idea prevaleció sólo como una aspiración, dada la propia dinámica de las relaciones sociales, pues el tiempo demostró que siempre aparecerán nuevas situaciones que no alcanzan previsión legislativa. Igualmente, le sería difícil crear normas perfectas sin ambigüedades ni contradicciones con otras, provocando la existencia de vacíos legislativos y surgiendo, como consecuencia, las lagunas en la ley, que influyen negativamente sobre el ordenamiento jurídico, ya que dificultan su plenitud.

Por ello, para que sea pleno el ordenamiento jurídico debe tener una respuesta para cada demanda de la vida social, y ello sólo se logrará si se completa con las nuevas leyes que surgen a raíz del dinamismo de las relaciones sociales, o a través de principios universales del derecho, o aquellos que se encuentran en su interior; sólo así logrará su plenitud, aspiración que continúa latente para todos los legisladores en pos de lograr una correcta aplicación del derecho.

Plenitud, unidad y coherencia son el fundamento del ordenamiento jurídico, puesto que el derecho positivo no está integrado por una sola norma ni tampoco por un solo tipo o clase de normas<sup>4</sup>, sino que en él se encuentra una multiplicidad de normas jurídicas de variadas características y signos que difieren entre sí, ya sea por la diferencia de épocas históricas en que fueron creadas, ya por su ámbito de aplicación, su jerarquía, o por la materia que regulan, entre otras causas; multiplicidad de normas que no forman un simple conglomerado causal, sino que integran una totalidad que actúa unitariamente, requisito esencial para la eficacia u operatividad social de las propias normas jurídicas. En verdad, la unidad de las normas jurídicas no es una mera construcción ficticia impuesta por la necesidad de coherencia entre las mismas, su misión de normativizar conductas exige una mutua complementación y dependencia, por lo que no existen aisladas y dispersas, al contrario, están integradas dentro de conjuntos o sistemas

<sup>4</sup> Cf. FERNÁNDEZ GALIANO, A. - DE CASTRO, B., *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Madrid 1993, pp. 178-179.



reguladores unitarios (leyes, decretos, estatutos, reglamentos, etc.)<sup>5</sup>, dando lugar al carácter estructural del derecho que demuestra la alta organización de su contenido y el ser un medio capaz de garantizar internamente tanto la unidad, como el carácter general y obligatorio de sus normas.

Desde el punto de vista jurídico-formal, existe un conjunto de principios que en el orden técnico jurídico hacen que unas disposiciones se subordinen a otras, que la producción normativa de un órgano prime sobre la de otros, que unas puedan dejar sin vigor otras anteriores y que puedan existir leyes generales junto a leyes específicas para ciertas circunstancias e instituciones que permitan regularla de forma diferenciada, y aun así ambas tengan valor jurídico y fuerza obligatoria. En otras palabras, la necesidad de una jerarquía de las normas. Por ello, se hace imprescindible que cada norma que surja se integre al ordenamiento jurídico sin afectar a su unidad y coherencia. Para obtener la armonía externa del ordenamiento jurídico, es importante la publicidad de las normas, que consiste en darlas a conocer a través de los órganos de publicación oficial.

En síntesis, la unidad externa del sistema jurídico es el orden y la armonía en la jerarquización de las normas, es decir, que las normas inferiores se correspondan con las superiores atendiendo al dictaminado constitucional, y no solo eso, sino que además se ajusten las distintas instituciones jurídicas sin antinomias, guardando la debida relación las distintas ramas del derecho sin contradicción en su contenido o en el desempeño de sus funciones<sup>6</sup>.

La jerarquización, coherencia y unidad del sistema jurídico tienen que expresarse tanto en un plano formal, o sea, en su estructura normativa y funcional, como en un plano interno. La aspiración de lograr que en cada ordenamiento las partes se integren al todo de forma armónica se garantiza con la existencia de principios y valores que dentro de él funcionan como guías axiológicas y deontológicas, que tienden a uniformarlo desde el momento de su creación normativa, hasta su aplicación concreta en la sociedad.

Para que una norma tenga mayores probabilidades de eficacia, deberá ser clara, completa y coherente: no deberá ser ambigua, o sea, no debe dar lugar a posibles confusiones, ni abusar de tecnicismos, pues dicha norma estará elaborada para ser leída y entendida por la población en general y no todos poseen el mismo

<sup>5</sup> Cf. *Ibid.*, p. 179.

<sup>6</sup> Cf. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y del Derecho*, La Habana 2005, pp. 155-156.



nivel intelectual o capacidad para entender palabras de alguna ciencia específica, etc. El hecho de que una norma sea completa, significa que esta no tiene lagunas, que no hay vacíos en la misma. La coherencia, por su parte, tiene que ver con que no existan contradicciones entre sí o con las demás disposiciones normativas ya existentes, o con las normas de su misma jerarquía o superiores a ella. La ausencia de cada uno de estos aspectos mencionados ocasionará determinadas dificultades: problemas y conflictos de interpretación, de integración, de aplicación.

Desde el punto de vista de la concepción normativista del orden jurídico, el sentido unitario de una pluralidad de normas se encuentra en la referencia a una norma fundamental, que constituye el punto de partida de la creación del derecho. Esta norma fundamental es la que da al sistema jurídico su sentido de plenitud, es decir, un sistema que contemple y regule todos los hechos jurídicos. Del ordenamiento en su conjunto se han de extraer las reglas aplicables a cualquier caso que se presente. De ahí se deriva lo que se llama “plenitud del ordenamiento jurídico”, en el sentido de que un ordenamiento debe permitir la solución de todos los casos concretos que se presenten. La plenitud del ordenamiento jurídico no debe basarse en la consideración de que éste no presenta lagunas, que lo recoge todo; por el contrario, la plenitud es una aspiración que queda en el plano deontológico. El derecho visto en su totalidad goza de plenitud porque dentro de él se encuentran las posibles soluciones para colmar los vacíos jurídicos; por otra parte, el ordenamiento jurídico carece de plenitud porque la ley, además de contener lagunas en su interior, no evidencia los métodos o las vías para darle solución<sup>7</sup>.

La teoría de la plenitud hermética, como ya hemos señalado, se afirmó después de la difusión del positivismo jurídico y está vinculada históricamente en modo estrecho a la codificación del derecho y al liberalismo jurídico, propugnador de la doctrina del moderno Estado de derecho. De esta mencionada teoría forman parte algunos principios fundamentales: el principio de *non liquet*<sup>8</sup>, el principio

<sup>7</sup> Cf. LATORRE, A., *Introducción al Derecho*, Barcelona 1971<sup>3</sup>, p. 89.

<sup>8</sup> Es decir, la obligación de decidir cualquier controversia sometida al órgano jurisdiccional, y por lo tanto no está admitido “denegar justicia”, es decir, renunciar al juicio por falta de la norma que aplicar.



de legalidad de la jurisdicción<sup>9</sup>, el principio de la separación de poderes<sup>10</sup>, el principio de la certeza del derecho<sup>11</sup>, el principio de la irretroactividad del derecho<sup>12</sup>.

Diversas han sido las posiciones sobre dicha teoría, que sintéticamente podríamos resumir en cuatro.

La primera doctrina o posición encuentra el fundamento en el argumento de la *norma general exclusiva*. Quienes defienden esta posición, formulada por Zitelmann y Donati, consideran que todos los ordenamientos jurídicos incluyen la siguiente norma general, al menos implícitamente, de contenido negativo: todo lo que no está prohibido está permitido<sup>13</sup>. Sobre la base de esta doctrina no existe

<sup>9</sup> Este principio encuentra la propia razón de ser en un sistema jurídico completo, puesto que si el ordenamiento no fuese dotado de este carácter, se pondrían controversias no idóneas a ser decididas sobre la base de normativas ya dadas y las cuestiones surgidas necesitarían de la creación de una nueva norma por parte del juez.

<sup>10</sup> Muchas expresiones se han utilizado y propuesto para denominar este principio, sin embargo las más extendidas han sido *separación de poderes* y *división de poderes* (cf. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid 1934, pp. 212 ss; CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, México 1948, pp. 74 ss; KELSEN, H., *Teoría general del Estado y del derecho*, México 1950, p. 286). Otras denominaciones cuales *coordinación de poderes*, *reparto de poderes*, *independencia de poderes*, *interdependencia de poderes* no han logrado imponerse ya que ninguna “es jurídicamente técnica ni políticamente lógica si tenemos presente que el poder del Estado es solo uno inseparable e indivisible” (cf. QUINTERO, C., «El principio de la separación de los poderes y su valor actual en Iberoamérica», en *Memoria del III congreso iberoamericano de derecho constitucional 2*, ed. UNAM-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, p. 749). Autores y constituciones usan incluso el término *poderes* para indicar *potestad* y *funciones* respectivas que se atribuyen a cada uno de los tres órganos superiores del Estado (ejecutivo, legislativo, judicial), y por tanto se habla de separación relativa de las tres ramas (cf. BOSCH, J. T., *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Buenos Aires 1944, p. 51. QUINTERO, C., «El principio de la separación de los poderes y su valor actual en Iberoamérica» *cit.* pp. 752-753). Vareilles-Sommières distinguía entre *separación de poderes* y *separación del poder*, este último con referencia al legislativo, único verdadero poder del Estado y verdadera garantía de la libertad (cf. VAREILLES-SOMMIÈRES, P., *Les principes fondamentaux du droit*, Paris 1889, pp. 222 ss.). Habría que subrayar que Montesquieu, considerado el padre de la teoría de este principio, ni usó ni habló de división de poderes (cf. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Genève 1753, lib. XI cap. VI).

<sup>11</sup> Según este principio, cada sujeto del ordenamiento tiene que tener la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de sus propias acciones y las eventuales decisiones jurisdiccionales.

<sup>12</sup> En virtud del principio de irretroactividad del derecho, la ley no dispone sino para el futuro, y esto induce a entender que la creación jurisprudencial del derecho –no susceptible de ser en un ordenamiento completo– es necesariamente una “especie de legislación *ex post facto*” (cf. GUASTINI, R., «Lacune del diritto», en *Digesto delle discipline privatistiche 10*, Torino 1993, p. 271).

<sup>13</sup> Cf. ZITELMANN, E., *Lücken im Recht*, Leipzig 1903; DONATI, D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910.



ningún espacio de la actividad humana que quede al margen de la regulación jurídica y que, en consecuencia, haya de ser calificado como jurídicamente vacío, pues toda la actividad social de los hombres está regulada por alguna norma jurídica, ya que aquellos comportamientos que no quedan comprendidos en la regulación de las normas jurídicas particulares caen bajo la regulación de una norma general exclusiva, cuya misión específica es precisamente excluir de la regulación de las normas particulares todas las conductas que no puedan ser identificadas en el supuesto previsto por esas mismas normas. Así pues, la regulación jurídica llega a todas las conductas y no es posible que se dé ni un solo caso para el que no exista en el ordenamiento jurídico positivo algún tipo de regulación. Más allá del espacio regulado por las normas jurídicas particulares, hay un ámbito de actuación regulado por la norma general exclusiva, y esta norma, al excluir del ámbito de aplicación de las reglas particulares todos los comportamientos que esas reglas no incluyen por sí mismas, actúa como límite jurídico de su alcance. Consecuentemente, cualquier posible comportamiento queda sometido a la regulación jurídica, bien sea dentro del alcance incluyente de las normas particulares, bien sea dentro del campo de exclusión establecido por la norma general excluyente. La teoría de la norma general exclusiva rechaza la teoría del espacio vacío.

Coincide también con este planteamiento de base la doctrina de H. Kelsen al considerar que existe una regla jurídica negativa que establece que nadie puede ser obligado a observar una conducta no prescrita legalmente, puesto que en caso de ausencia de prescripción jurídica particular, habría que aplicar esa regla negativa que declara lo no prescrito como jurídicamente lícito o permitido, es decir, como de libre disposición. Y, así, todas las conductas están sometidas a regulación, quedando salvaguardado el principio de la plenitud del orden jurídico<sup>14</sup>.

El argumento del *espacio jurídico vacío* –formulado inicialmente por K. Bergbohm y defendido también más tarde por Santi Romano– se pone como fundamento de la segunda doctrina, y viene en síntesis a significar que toda conducta que no esté jurídicamente cualificada es jurídicamente neutra<sup>15</sup>. El sistema legislativo no es completo, sino solamente *terminado*, puesto que más allá de la

<sup>14</sup> Cf. KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, Madrid 1933, pp. 65-66.

<sup>15</sup> Cf. BERGBOHM, K., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892; ROMANO, S., *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena 1925.



ley queda un área de comportamientos que pueden ser libremente disciplinados por fuentes subordinadas a la ley<sup>16</sup>. Más específicamente esta teoría parte del principio de que, desde el punto de vista del derecho, el campo de la actividad humana puede considerarse dividido en dos sectores: uno en el que la actividad está vinculada por normas jurídicas y otro en el que dicha actividad es libre. El primero puede calificarse como espacio jurídico lleno y el segundo como espacio jurídico vacío. Y no existe ningún otro sector en dicho campo. O se está en el terreno de la vinculación jurídica, o se está en el de la plena libertad; no hay una tercera posibilidad.

En consecuencia, cuando una actividad o relación humana no está regulada por ninguna norma es porque no pertenece al sector jurídicamente vinculado, sino al de la actividad libre, es decir, al espacio jurídicamente vacío. Así pues, en el ámbito de la regulación jurídica, en el derecho, no existen descubiertos o lagunas. Lo único que ocurre es que en el campo social de la actividad humana hay conductas que no caen dentro de los límites de la ordenación jurídica. Pero esa situación no puede ser considerada como un vacío del ordenamiento, sino como un supuesto que está fuera del radio de acción de dicho ordenamiento.

Siguiendo la argumentación de la doctrina del espacio jurídico vacío, puede afirmarse, pues, que la acción del derecho está sometida a límites, pero no que el derecho tenga vacíos o deficiencias. De este modo, aunque no regule todas y cada una de las situaciones o actividades que se dan en la vida social, el derecho es siempre pleno, según esta teoría, puesto que aquello que no está jurídicamente regulado por él es algo que no le pertenece.

Una tercera doctrina basa el denominado dogma de la completitud del ordenamiento *giuridico* en la prohibición al juez de denegar justicia, llamado también principio de prohibición de *non liquet*; en otras palabras, la obligación de los jueces de decidir toda controversia y de decidirla sobre la base del solo derecho existente<sup>17</sup>. El juez, utilizando las herramientas interpretativas adecuadas, puede encontrar siempre una solución, ya que el código, entendido como una ley omnicompreensiva, puede dar respuesta a todos los posibles conflictos que se susciten en torno a la materia regulada por tal ley. A pesar de que la idea según la cual

<sup>16</sup> Cf. ZAGREBELSKY, G., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto* 1, Torino 1991, p. 300.

<sup>17</sup> Cf. KELSEN, H., *Teoría general del Estado y del derecho*, cit. pp. 144-146.



la ley puede responder a todos los posibles casos ha sido duramente criticada, el principio de prohibición del *non liquet* sigue vigente en la mayoría de los países<sup>18</sup>. No obstante, a pesar de sus críticas, algunos sectores doctrinales atribuyen a este principio una gran importancia en relación con la salvaguardia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>19</sup>. Cossio analiza esta teoría sosteniendo que para él no existen lagunas del derecho, porque hay jueces que con la obligación de dictar sentencias tanto en los casos previstos como en los no previstos tendrán que buscar los mecanismos que les ayuden a la solución más adecuada, ya sea dentro del propio ordenamiento jurídico ya fuera del mismo<sup>20</sup>.

La cuarta corriente de pensamiento defiende la teoría de la plenitud del ordenamiento considerando que éste, lejos de ser un sistema de normas completo, es, al contrario, un sistema capaz de expansión ilimitada. El ordenamiento jurídico no es una masa inerte de principios y de preceptos coexistentes, sino un cuerpo de normas íntimamente conexas, y los principios sobre los que se fundamentan llevan el germen de indeterminados desarrollos; es por tanto un organismo dotado de una fuerza latente elástica, de expansión y adaptación, por la que provee a su propio desarrollo y progreso e incluso a sus deficiencias, extendiéndose a regular casos no previstos especial y directamente por el legislador. Para ello, aplica esencialmente el razonamiento analógico, entendido como *analogia legis* y *analogia iuris*: es decir, el juez puede encontrar siempre una y solo una respuesta justa o correcta a la cuestión sometida a su juicio recurriendo o a una norma prevista para un caso análogo o a los principios generales del derecho, que no están formulados explícitamente en alguna fuente del derecho, sino que están implícitos en el ordenamiento jurídico, puesto que constituyen los valores que fundamentan ética y/o políticamente las diferentes normas particulares expresamente promulgadas<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Así ocurre, por ejemplo, en el caso español, ya que el Código civil, en su art. 1.7, prescribe que “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

<sup>19</sup> Reconocido igualmente en el ordenamiento jurídico español, incluso a nivel constitucional (art. 24).

<sup>20</sup> Cf. COSSIO, C., *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires 1947, p. 156.

<sup>21</sup> Cf. DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, London 1985, pp. 119-121. La teoría del Dworkin sobre el derecho como integridad es uno de los más importantes puntos de vista contemporáneos sobre la naturaleza de las leyes. Contrario al positivismo jurídico de Hart, Dworkin defiende la teoría



En conclusión, podemos afirmar que es demasiado evidente que no existen “in natura” ordenamientos jurídicos privados de incoherencias y de lagunas normativas, y quizás no han existido nunca, ciertamente no en la actualidad, cuando el sistema de las fuentes es particularmente complejo y las normas están sujetas a continuos cambios. Los *mitos* de la coherencia y de la completitud pertenecen a los presupuestos con los que actúa el jurista, llamado a interpretar el derecho y a aplicarlo en los casos concretos. Es más, se podría sostener que un ordenamiento jurídico tiene mayor exigencia de coherencia y completitud, cuanto mayor es su complejidad y su continuo cambio; en los ordenamientos modernos, en efecto, ante un contraste entre normas jurídicas o frente a una laguna de disciplina, no está admitido ni denegar justicia ni dirigirse al *príncipe* para obtener una aclaración y una integración de la norma<sup>22</sup>.

## 2. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

La existencia de las lagunas jurídicas, como hemos visto en la introducción, ha sido admitida desde la antigüedad por la ciencia y las legislaciones<sup>23</sup>. A partir del siglo XIX, hubo una fuerte reacción contra el dogma de la integridad o ple-

interpretativa, según la cual la ley es algo que deriva de una interpretación constructiva de la historia institucional de un sistema legal; además de normas o prescripciones, existen los principios: las primeras se aplican o todas o ninguna, pueden ser justas o injustas; al contrario, los principios tienen la dimensión del peso y de la importancia, y pueden ser sólo justos pues nacen de exigencias de justicia. Cf. ROJAS AMANDI, V. M., «El concepto de derecho de Ronald Dworkin», en *Revista de la Facultad de Derecho de México* 246 (2006) pp. 355-412.

<sup>22</sup> Cf. RESCIGNO, G. U., *L'atto normativo*, Bologna 1998, en particular pp. 51-57.

<sup>23</sup> Las lagunas jurídicas no fueron extrañas a la tradición romana ni ignoradas por la misma. A ellas alude, efectivamente, el emperador Justiniano en la constitución *Tanta* (21, 22) con la que dispone la promulgación del *Digesto*: lo que en nuestros días se llama plenitud hermética del orden de derecho fue también una gran preocupación de Justiniano, allí donde afirma insistentemente en el sentido de que no deben encontrarse lagunas en toda su legislación que no puedan ser resueltas por el emperador. Así mismo las antinomias o contradicciones, al decir de Justiniano, no existen dentro de la compilación.

A partir de la segunda mitad del siglo XV, se ocuparon de este argumento los juristas de la época en los tratados de interpretación de la ley. Será sólo después del evento de las grandes codificaciones cuando se convierta en un tema central de discusión entre los más ilustres estudiosos europeos. El término *laguna* fue utilizado por primera vez por Jean Calvin en el *Magnum lexicon juridicum* (1734), donde es empleado en el sentido de resarcimiento de daños (vol. II, p. 246).



nidad del ordenamiento jurídico, llegándose a negar su existencia por algunos sectores científicos, tema que originó disímiles debates tratando de explicarlo y de buscarle solución. Hoy se ha convertido en una realidad palpable que limita la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, pero que puede ser salvada. Puede parecer imposible que, a pesar de la gran actividad legislativa desarrollada en los últimos tiempos, el producto normativo sea insuficiente, pero hemos de tener en cuenta que la evolución de la vida es constante y pronto ese conjunto normativo deviene inadecuado para resolver unas situaciones jurídicas totalmente distintas de las que determinaron el nacimiento de la norma. Efectivamente, el legislador más atento, más perspicaz, más sabio y prudente no será nunca capaz de legislar todos y cada uno de los supuestos, pues es tanta la variedad de la gama de sucesos que se producen en la sociedad, que la ley solo puede regular, por naturaleza, los casos más comunes que existen, mientras que se le escapan los que no cuentan con estas características.

¿Quiere esto decir que deban quedar sin solución ciertas situaciones jurídicas por el hecho de que debido a una serie de circunstancias no existe una norma explícitamente destinada a proporcionarla? El Estado, consciente de la misión que le corresponde de asegurar la convivencia pacífica de sus miembros, manteniendo la vigencia de un orden jurídico en cuyo marco se desarrolla aquella, hace recaer sobre sus funcionarios la obligación de resolver cualquier conflicto que la pueda violar. La posición del juez cuando se halla ante una laguna de la ley queda realzada a tal punto que, de órgano de aplicación del derecho, se transforma por así decir en órgano de producción del mismo, pues si es inexcusable para él dar una solución justa a los casos controvertidos y no todos los que se le presentan y someten tienen norma adecuada en la legislación, él tendrá que elaborarla.

### 2.1. *Concepto y causas de la laguna de ley*

Proveniente del latín *lacuna*, la laguna de ley –expresión utilizada prevalentemente en contextos en los que se toma en consideración la jurisdicción– es un vacío jurídico, no existe una disposición legal aplicable al caso concreto<sup>24</sup>; se dice

<sup>24</sup> Cf. BERLÍN VALENZUELA, F., *Diccionario de Términos Parlamentarios*, 1997; GUASTINI, R., «Lacune del diritto» *cit.* p. 269.



también que existe una laguna de ley cuando se da una imprecisión o una falta de claridad en un precepto normativo. Así pues, se considera en doctrina que el sistema jurídico presenta una laguna cuando para una determinada *factispecies* una norma perteneciente al sistema no haya previsto alguna consecuencia jurídica<sup>25</sup>.

Numerosos autores dentro de la doctrina jurídica han dedicado su estudio a dar una definición del término *laguna*, existiendo entre ellos puntos en común, y en los que las diferencias, en ocasiones, tienen implicaciones teóricas o bien simplemente semánticas.

Desde el punto de vista metodológico existen dos grupos fundamentales.

1. En el primero se ubican los conceptos que distinguen las lagunas como vacíos o ausencias de regulación, áreas vacías para las cuales la ley no ha previsto ninguna norma<sup>26</sup>. En ese sentido, Fernández Bulté señala que cuando se hace alusión a las lagunas jurídicas se está hablando, por tanto, de la ausencia total de solución jurídica; de la falta de normatividad o de regulación para poder resolver los conflictos sociales. Se trata de un vacío legislativo o jurídico en general, o falta de normatividad<sup>27</sup>. F. Carnelutti, por su parte, las define como un caso que no está regulado por la fuente legislativa o por cualquier otra fuente<sup>28</sup>.

2. Otro grupo de teóricos asume la posibilidad de la existencia de lagunas cuando la norma jurídica, a pesar de existir, es deficiente, definiéndolas como deficiencia o inexistencia de la ley<sup>29</sup>. Según Cossio, las lagunas son oscuridad o insuficiencia de las leyes o bien la inexistencia de un determinado precepto legal expreso<sup>30</sup>. De Castro y Bravo considera que lagunas jurídicas son también aquellas situaciones que el legislador ha redactado con descuido, en forma incorrecta o contradictoria porque aquí el intérprete busca y no encuentra el texto que le resuelva lo planteado<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Cf. CONTE, A. G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino 1962, p. 40.

<sup>26</sup> Cf. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España. Parte General* 1, Madrid 1955<sup>3</sup>, pp. 528-529. SANTIAGO, N. C., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona 1997<sup>8</sup>, p. 281.

<sup>27</sup> Cf. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, La Habana 2006, p. 225.

<sup>28</sup> Cf. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Madrid 1941, p. 115.

<sup>29</sup> Cf. DIEZ-PICAZO Y SÁNCHEZ DE LEÓN, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona 1993<sup>3</sup>, p. 277.

<sup>30</sup> Cf. COSSIO, C., *La plenitud del ordenamiento jurídico*, cit. p. 114.

<sup>31</sup> Cf. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España...*, cit. p. 529.



En las definiciones dadas por los anteriores autores existen puntos de convergencia, consistentes en la consideración de que las lagunas son situaciones a las que el ordenamiento debe dar respuesta, lo que garantiza su plenitud, la justicia y la seguridad jurídica. Lo cierto es que no sólo hablan de lagunas ante la ausencia total de regulación, sino, además, cuando a pesar de existir la norma para una situación determinada, ésta se declara inaplicable e ineficaz por ser oscura o ambigua, por lo que ambos casos merecen un respaldo legal.

Es necesario especificar que, a veces, en doctrina se diferencia entre *lagunas de derecho* y *lagunas de ley*, precisando que las lagunas se refieren a la ley y no al derecho, puesto que solo la ley puede presentar faltas<sup>32</sup>. Otra parte de la doctrina considera, al contrario, que el término *laguna* puede utilizarse tanto en referencia a la ley como al derecho, entendido como ordenamiento jurídico<sup>33</sup>. La *laguna del derecho* se puede entender como el caso en que una ley particular no es incompleta en sí, es decir, comparada con su plan regulativo, pero sí el orden jurídico en conjunto, en cuanto deja sin determinar legalmente todo un sector que precisa una regulación o no contiene un instituto jurídico que debería contener atendiendo a una necesidad imprescindible o a un principio jurídico afirmado por la conciencia jurídica general. La falta de un tal instituto tampoco debe considerarse una laguna del derecho, cuando su falta se refiere a una decisión consciente del legislador<sup>34</sup>. Para colmar estas lagunas, está llamado, en primer lugar, el legislador, pues solamente él está en situación de promulgar normas generales, cuyo cumplimiento será en adelante obligatorio para todos. La jurisprudencia judicial solo puede enjuiciar los sucesos después de ocurridos y, en todo caso, esperar que las máximas de decisión por ella desarrolladas al respecto puedan influir en la conducta futura.

Las causas por las que surgen estas lagunas legales pueden ser varias, puesto que se generan tanto por la misma imperfección legal inicial, cuanto porque el correr de los tiempos hace nacer nuevas hipótesis en principio no previstas en la

<sup>32</sup> D. 1, 3,10. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II, q. 96, art. 6: "Legislator non potest omnes singulares casus intueri (...) Nullius hominis sapientia tanta est ut possit omnes singulares casus excogitare; et ideo non potest sufficienter per verba sua exprimere ea quae conveniunt ad finem intentum". Cf. GUASTINI, R., «Lacune del diritto» *cit.* p. 270.

<sup>33</sup> Cf. BOBBIO, N., «Lacune del diritto» *cit.* p. 419.

<sup>34</sup> Cf. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona 1980, p. 368.



ley, en cuanto ésta no resulta de algún modo adaptable para regularlas. Pueden surgir, en efecto, nuevas hipótesis no previstas por el legislador; pueden nacer, aun dentro de las hipótesis previstas legalmente, nuevos supuestos o situaciones cuyos matices impiden la aplicación de la norma general, porque como se expresaba en el Digesto “*neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur*”<sup>35</sup>.

Otra causa es el incumplimiento por parte del legislador de un mandato constitucional, ya sea expreso ya sea que derive de la propia regulación suprema. Cuando existe una antinomia entre normas de igual jerarquía y los criterios para resolverla no permiten optar por ninguna de las dos normas en conflicto, surge una laguna legal puesto que se invalida la norma existente dando lugar así a un vacío normativo. Igualmente sucede cuando las normas tienen deficiencias técnicas relacionadas con el uso del lenguaje, como son los conceptos jurídicos indeterminados, ambiguos o vagos que hacen difícil o imposible su concreción al caso. Las causas políticas también generan lagunas jurídicas, pues evidencian la contradicción entre los intereses del legislador y los de determinado sector social donde hay supuestos susceptibles de regulación que no están normados. La remisión normativa provoca las lagunas cuando una norma remite a una segunda y esta segunda vuelve a remitir a la primera, ocasionando una indecisión.

## *2.2. Diferencia entre lagunas y suplencia de la ley*

La supletoriedad de las normas opera cuando, existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades. Asimismo, la supletoriedad de leyes se aplica sólo para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones de forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes; cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los

<sup>35</sup> Cf. ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J., *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid 1990, p. 29.



supuestos no contemplados por la primera ley, que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones.

Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación establece; de esta manera, la supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico. El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente en leyes de contenido especializado con relación a leyes de contenido general. El carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, una integración, y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida, lo que implica un principio de economía e integración legislativas para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la ley suplida, por otra.

Cabe señalar que para que opere la supletoriedad de la ley, se deben cumplir ciertos requisitos necesarios para que exista esta figura jurídica, como son: que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente y señale, por tanto, el estatuto supletorio; que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; y, por último, que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

### 2.3. Clasificación de las lagunas

Teniendo en cuenta su definición y características, se habla de *laguna normativa* cuando, de forma abstracta o concreta, se da una *facti species* para la cual ninguna norma del ordenamiento ha previsto una consecuencia jurídica concreta. Es necesario precisar, sin embargo, que esta se da solo en relación con aquellas materias aún no reguladas por el legislador que son o pueden ser objeto de controvertidas valoraciones sociales.



Además de las lagunas normativas, entendidas como carencia de una norma predeterminada, idónea para ser aplicada en sede jurisdiccional, la doctrina en materia de teoría general del derecho ha individuado otras categorías de lagunas: las lagunas axiológicas (ontológicas y deontológicas), las lagunas técnicas y las lagunas institucionales.

La *laguna axiológica* presupone la falta no tanto de una norma, sino más bien de la norma justa.

La *laguna técnica* tiene lugar cuando, en un ordenamiento, falta una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otra norma.

Se habla de *laguna institucional* cuando, en un ordenamiento jurídico –entendido en este caso como complejo de instituciones–, por causas de hecho viene a faltar una de las instituciones que son esenciales a su funcionamiento.

Las *lagunas técnicas* constituyen una forma de incompletitud no tanto del ordenamiento cuanto de una norma individual; se trata de una laguna *intra legem* y deriva del hecho de que a menudo las normas enuncian solo principios generales pero no las modalidades de aplicación de dichos principios, o bien individualizan el fin último que pretenden conseguir pero no los medios necesarios para ello<sup>36</sup>.

Las lagunas en sentido propio se identifican con las lagunas técnicas, que no se resuelven por vía hermenéutica a causa del respeto debido al principio de legalidad, punto cardinal del derecho público moderno, y no se deben confundir con las lagunas del ordenamiento, que se refieren a sus límites extrínsecos, ni con las incertezas o incoherencias intrínsecas, que se resuelven por vía interpretativa<sup>37</sup>.

Autores de ámbito hispano han clasificado las lagunas en estáticas y dinámicas. Las primeras serían aquellas deficiencias del texto legal contemplado en sí mismo, es decir, son aquellas limitaciones que el legislador pudo prever en el momento de redactar la ley, pero no lo hizo. Las segundas, lagunas dinámicas, serían aquellas que el legislador no pudo prever porque las circunstancias sociales cambiaron y su exigencia de regulación se presenta novedosa. Dentro de las estáticas se podrían distinguir dos grupos: lagunas por defecto, que pueden surgir por varias causas, como la inexistencia de norma aplicable al caso en cuestión, ya sea porque no hay norma en absoluto o porque la norma es indeterminada o en sí misma incompleta; y las lagunas por contradicción, que son aquellas que

<sup>36</sup> Cf. CONTE, A. G., «Completezza», en *Digesto delle discipline privatistiche* 3, Torino 1988, p. 139.

<sup>37</sup> Cf. GUASTINI, R., «Lacune del diritto» *cit.* p. 272.



pueden darse en dos niveles distintos: en uno puramente gramatical y en otro de la lógica jurídica; en el primero, se trata de las típicas antinomias; otros las califican como lagunas de colisión provocadas por la existencia de antinomias en el ordenamiento, cuando sobre el mismo supuesto existe una contradicción sin primar una regulación sobre la otra base de los criterios de jerarquía, prioridad, competencia, entre otros. En el segundo nivel, el de la lógica jurídica, se trata de las contradicciones que pueden surgir al interpretar con distintos criterios las normas que gramaticalmente no se contradicen. Si el vacío o la carencia se produce con respecto al conjunto de normas legales, es decir, al ordenamiento jurídico total, a criterio de Fernández Galiano y De Castro, se trata de lagunas legales que ponen en apuros a los juristas, porque se está ante el supuesto en el que el problema de las lagunas se presenta en su sentido más genuino, pues en todo ese sistema de normas estatales no se encuentra una norma capaz de resolver la cuestión<sup>38</sup>. Larenz, a este tipo de lagunas donde la norma particular es incompleta, las denomina lagunas normativas. Si, por el contrario, el problema de las lagunas se plantea dentro de la consideración del ordenamiento jurídico ideal, se estaría, según el autor, ante las lagunas ideológicas que sólo son resolubles en el ámbito de la política legislativa general. Las lagunas ideológicas no suponen en realidad lagunas jurídicas en sentido estricto, puesto que no puede hablarse en tales casos de falta de regulación jurídica ni de regulación jurídica insuficiente. Lo que hay es, por el contrario, una regulación injusta; ello significa una regulación inadecuada desde el punto de vista de la realización de los valores jurídicos, que conviene, ciertamente, modificar ajustándola en todo caso a las exigencias inherentes al ideal de justicia<sup>39</sup>.

Otros autores han centrado su atención en una clasificación más específica, distinguiendo las lagunas en propias e impropias: las propias serían aquellos vacíos o insuficiencias normativas del ordenamiento jurídico considerado en sí mismo; las impropias serían carencias normativas que registran un determinado ordenamiento jurídico positivo cuando se lo contrasta con algún tipo de ordenamiento modélico, sea real o ideal. Ambas se diferencian en que las primeras encuentran solución en el conjunto de las normas vigentes a través de la actividad

<sup>38</sup> Cf. FERNÁNDEZ, A.- DE CASTRO, B., *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, cit. pp. 187-188.

<sup>39</sup> Cf. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona 2001<sup>2</sup>, p. 365.



de los intérpretes; y las segundas, sólo pueden ser resueltas a través de la creación de nuevas normas<sup>40</sup>.

Distinguen además, estos mismos autores, entre las lagunas subjetivas y las lagunas objetivas: las primeras son aquellos vacíos legislativos que se originan con la actuación del legislador que, a causa de error o por inadvertencia, o bien por una decisión consciente, ha dejado sin regular determinadas conductas o materias. Por su parte, las objetivas se producen por el envejecimiento de los ordenamientos jurídicos debido a la propia dinámica de las relaciones sociales. En fin, una tercera clasificación sería las lagunas *praeter legem* o fuera de la ley, que se dan cuando las normas jurídicas son particularizadas y no permiten que sean incluidos en su regulación específica todos los supuestos que pueden presentarse en esa materia y a ese nivel de particularidad; las *intra legem* existen, por el contrario, cuando las normas jurídicas son tan genéricas y abstractas que no llegan a ofrecer una solución adecuada para varios de los supuestos particulares que se presentan dentro del área de relaciones sociales por ellas reguladas<sup>41</sup>.

Haciendo referencia a la valoración de la justicia que brinda o garantiza la solución por la norma al caso en cuestión, las lagunas pudieran clasificarse según el criterio de Fernández Bulté en lagunas axiológicas. Se trata en estos casos, no de la ausencia de normas, sino de la existencia de normas que resultan inadecuadas, evidentemente injustas a la luz de la moral media, ineficaces o, por cualesquiera otras razones, de inadmisibles aplicación<sup>42</sup>.

Desde el punto de vista metodológico, las clasificaciones serán un punto de partida para en un momento posterior analizar las formas de solución de las lagunas, pues se ha valorado que los mecanismos para resolverlas pueden ser distintos según el tipo de laguna del que se trate.

#### 2.4. Efecto de las lagunas de ley

Los vacíos o normas oscuras pueden afectar a los derechos de los ciudadanos, pues se deja en manos de los juristas la toma de decisiones sobre el mecanismo

<sup>40</sup> Cf. FERNÁNDEZ GALIANO, A.- DE CASTRO, B., *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, cit. p. 188.

<sup>41</sup> Cf. *Ibid.*, p. 188.

<sup>42</sup> Cf. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y del Derecho*, cit. pp. 227-228.



que se ha de utilizar para resolver el caso y esto puede acarrear disímiles errores o arbitrariedades. Por ello se hace necesario el análisis de los efectos de las lagunas de la ley pues, solo conociendo su incidencia sobre el ordenamiento jurídico y la sociedad en general obtendremos las soluciones para colmarlas, y ello debe ser una meta tanto para el legislador como para los juristas. Uno de los efectos de las lagunas para el ordenamiento jurídico concierne al principio de seguridad jurídica, ya que el ordenamiento fue pensado para dar soluciones a todas las circunstancias que se presentaran en la sociedad merecedoras de tutela jurídica con un fundamento de plenitud o completitud; este efecto, en ocasiones, disminuye con la utilización de mecanismos de integración y no deja de ser una cuestión preocupante que tiende a afectar a la seguridad jurídica.

El principio de legalidad se ve igualmente afectado cuando la norma falta o no es clara<sup>43</sup>. En este sentido, al no existir para cada caso una solución, el principio debe ser salvado de otra forma, pero no mediante la aplicación directa de normas preexistentes, ya que en su ausencia radica fundamentalmente el problema de las lagunas. Se lacera la justicia principalmente en el caso de las lagunas axiológicas o ideológicas, ya que aunque no sean consideradas lagunas solucionables por el intérprete no dejan de perjudicar la noción de justicia prevaleciente en la sociedad. Por otra parte, la existencia de normas para los casos que ante el derecho se presenten es un presupuesto importante de justicia y seguridad que se vulnera con la propia existencia de vacíos o deficiencias normativas. Su presencia afecta a la coherencia, a la unidad y a la plenitud del ordenamiento jurídico al igual que a la eficacia de las normas cuando la laguna es provocada por la existencia de una

<sup>43</sup> Cf. SGUBBI, F., «Il diritto penale incerto ed efficace», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 44 (2001) pp. 1194-1198; MAGGIO, P., «Problemi di diritto transitorio ed intertemporale e “crisi” della legalità processuale», en *Diritto penale e processo* 12 (2001) pp. 1549-1562; FERRAJOLI, L., «Crisi della legalità e diritto penale minimo», en *Critica del diritto* 1 (2001) pp. 44-55; LARIZZIA, S., «Il principio di legalità della pena», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 47 (2002) pp. 136-140; COSTA, P., «Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione della modernità penale)», en *Quaderni fiorentini* 36 (2007) pp. 1-39; PALAZZO, F., «Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale», en *Quaderni fiorentini* 36 (2007) pp. 1282-1329; SORRENTINO, F., *Lezioni sul principio di legalità*, Torino 2007; FOIS, S., «Legalità (principio di)», en *Enciclopedia del diritto* 23, Milano 1973, p. 666; BOBBIO, N., «Legalità», en *Dizionario di Politica*, Torino 1976, p. 518; GUASTINI, R., «Legalità (principio di)», en *Digesto delle discipline pubblicistiche* 9, Torino 1994, p. 85; PORTINARO, P. P., «Legalità (principio di)», en *Enciclopedia delle Scienze Sociali* 5, ed. Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1996, p. 216.



norma defectuosa y no por la ausencia de regulación. La eficacia de los derechos está afectada por las omisiones legislativas que en muchas ocasiones surgen como producto del incumplimiento de un mandato constitucional, que impone, al contrario, la obligación de legislar determinada cuestión.

## *2.5. Técnicas para prevenir, crear y colmar las lagunas*

La solución a las lagunas legales, la forma de suplirlas o complementarlas ha sido en la historia jurídica un tema central, afrontado de distintas maneras y de forma cercana a los denominados procedimientos de integración de los sistemas jurídicos en el ámbito del derecho civil. Precisamente por ello, para un sector de la doctrina que defiende la plenitud del ordenamiento jurídico positivo, en sí mismo, los principios generales del derecho adquieren una dimensión irrelevante por negativa. Sin embargo, ante la constatación de la existencia de lagunas legales, éstas se deben colmar a través del derecho supletorio —en este caso no existe una laguna jurídica propiamente dicha, porque existe una regulación que por defecto es aplicable— y de la interpretación.

2.5.1. La teoría de la interpretación jurídica es aquella parte de la teoría general del derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro y lo hace a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma; es, pues, una técnica que conduce a la comprensión del sentido de la norma jurídica: determina el sentido exacto de la norma<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> La interpretación de la ley consiste en la aplicación del precepto legislativo abstracto al caso concreto (silogismo) e integración de las lagunas contenidas en la ley. En el proceso lógico de interpretación de la ley, el intérprete puede hacer uso de varios criterios sugeridos por la lógica y reproducidos por las normas generales sobre la interpretación de la ley, propias del determinado ordenamiento civil. La interpretación de la ley debe en primer lugar atenerse al significado literal de las palabras, buscando el fin de las mismas mediante el criterio sistemático y el criterio histórico, y haciendo referencia a la intención del legislador, entendida como voluntad del ordenamiento jurídico en su evolución histórica. Allí donde después falte una norma específica para aplicarla al caso concreto, el principio de la completitud del ordenamiento jurídico exige que la laguna sea colmada mediante la aplicación en vía analógica (interpretación extensiva) de normas que disciplinan casos similares o materias similares y, si



R. Guastini pone en evidencia la centralidad de la interpretación y habla de ésta como medio para *prevenir* una laguna. Entre los tipos fundamentales de interpretación, este autor señala la interpretación como argumento *a contrario* que “*può essere usato per ricavare dalla disposizione interpretata (...) una norma implicita che connette una conseguenza giuridica (contraria) a tutte le fattispecie non letteralmente incluse nella disposizione di cui si tratta*”<sup>45</sup>. Otra modalidad de interpretación es la llamada interpretación extensiva, que consiste en extender “*il significato letterale, più immediato, di una disposizione così da includere nel suo campo di applicazione anche fattispecie che (...) non vi rientrerebbero*”<sup>46</sup>. En fin, la interpretación evolutiva, según Guastini, consiste en adaptar “*vecchie (o relativamente vecchie) disposizioni a fattispecie concrete nuove, non incluse nel significato «originario» della disposizione*”<sup>47</sup>.

2.5.2. Si es posible *prevenir* una laguna mediante la interpretación, según Guastini este instrumento es también apropiado como medio para *producir* una laguna, mediante el argumento *a contrario*. Según Guastini “*L’argomento a contrario (...) può essere utilizzato a sostegno di un’interpretazione letterale, così da es-*

fuese necesario, recurriendo a los principios generales del ordenamiento (la interpretación analógica está expresamente prohibida en materia penal).

Siendo la interpretación una actividad humana, ésta proviene de la persona, el sujeto o autor que la realiza, es decir, el intérprete. Desde este punto de vista, la interpretación puede ser doctrinal o científica, judicial o jurisprudencial y auténtica o legislativa. En efecto, forma parte del concepto de interpretación de la ley la llamada interpretación auténtica de una norma, la interpretación dada por el mismo legislador que ha emanado la norma objeto de interpretación; esa da lugar a un nuevo precepto abstracto, necesitado a su vez de interpretación para ser aplicado al caso concreto. La interpretación auténtica, desde el punto de vista concreto, se actúa mediante una ley del Estado que se dirige a todos los ciudadanos, y que tiene efecto retroactivo desde el momento en que ha sido emanada la norma que viene esclarecida e integrada con el nuevo acto de voluntad legislativa. Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto anteriormente, no está admitido el efecto retroactivo de la interpretación auténtica cuando se trata de ley penal y esta resulta favorable al reo o delincuente.

Aunque en sentido impropio, es también *interpretación* la llamada *interpretación doctrinal*, fruto del estudio, con fines científicos, didácticos o prácticos de los juristas, no da lugar a algún precepto jurídicamente vinculante, en cuanto que se limita a una actividad meramente intelectual. Sin embargo, a la interpretación doctrinal o doctrina se le reconoce unánimemente un papel fundamental en la inspiración, y a menudo anticipación, de las tendencias hermenéuticas de la jurisprudencia.

<sup>45</sup> Cf. GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, p. 236.

<sup>46</sup> Cf. *Ibid.*, p. 237.

<sup>47</sup> Cf. *Ibid.*, p. 237.



cludere che la disposizione interpretata possa applicarsi a fattispecie diverse e ulteriori rispetto a quelle incluse nel suo significato letterale più immediato”<sup>48</sup>. Así mismo, es posible producir una laguna mediante el argumento de la disociación, que consiste

“(…) nell’introdurre, nella classe di fattispecie disciplinata dalla disposizione interpretata, una distinzione estranea alla disposizione stessa (nel suo significato letterale), così da sostenere che la norma si applica non a tutte la fattispecie letteralmente contemplate, ma solo ad una sottoclasse di esse. Per conseguenza, la sottoclasse rimanente fuoriesce dal campo di applicazione della disposizione, e risulta (in ipotesi) del tutto priva di disciplina giuridica”<sup>49</sup>.

La interpretación puede, por tanto, servir para prevenir una laguna, es decir para evitarla “nel senso che i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che la lacuna nemmeno si presenti” o, al contrario, para producir una laguna, “nel senso che i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che una lacuna si presenti”; la interpretación “non può però colmare le lacune: la lacuna se si presenta, si presenta solo ad interpretazione ormai avvenuta. Per colmarla non resta che integrare il diritto, ossia creare diritto nuovo”<sup>50</sup>.

2.5.3. De los procedimientos interpretativos idóneos para evitar las lagunas y de los procedimientos interpretativos idóneos para producirlas, Guastini distingue las técnicas de integración idóneas para *colmarlas*, en cuanto no considera la interpretación un instrumento apto para dicha función. La solución ante las lagunas jurídicas es la integración, y hay lugar a ella cuando el operador jurídico, ante la ausencia de un precepto que regule el caso, o este sea oscuro, tiene que hacer uso de una serie de elementos que se pueden encontrar dentro o fuera del cuerpo normativo relacionado para poder establecer una adecuada respuesta. Los operadores del derecho juegan un papel emprendedor en esta cuestión; ellos no van a crear nuevas normas que eliminen las lagunas, pero sí pueden accionar en la búsqueda de su solución. Crear una norma no es lo mismo que integrar el

<sup>48</sup> Cf. *Ibid.*, p. 235.

<sup>49</sup> Cf. *Ibid.*, p. 235.

<sup>50</sup> Cf. GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio*, Torino 2001, pp. 164-165.



derecho, ya que lo primero es responsabilidad del órgano legislativo y la segunda cuestión es función de los juristas, donde el juez es uno de los principales en esta ardua labor; los jueces poseen un determinado poder discrecional, pero eso no significa que puedan crear derecho en el mismo sentido que crea derecho la legislación; su labor radica en interpretar y aplicar las normas. Es obvio que para colmar una laguna es necesario crear la norma que hasta ese momento faltaba, y por tanto se tratará de una norma nueva; las lagunas, sin embargo, no preceden a la interpretación, sino que dependen de esta<sup>51</sup>. No hay interpretación sin un texto que interpretar.

El problema de la plenitud del ordenamiento jurídico, la existencia de lagunas en el derecho, así como la técnica utilizada para suplir dichas lagunas es lo que normalmente se conoce como la integración del derecho.

El término *integración*, según el *Diccionario de la Lengua Española*, proviene del verbo *integrar*, que significa componer un todo con sus partes integrantes<sup>52</sup>. Integración como tal es la acción y efecto de integrar, juntar personas o cosas distintas para que se muevan y obren como una unidad. Aplicado al ámbito jurídico, *integrar* significa analizar el derecho como un todo, verlo en su totalidad para buscar una solución ante la ausencia o insuficiencia de regulación para un supuesto específico. La integración de la ley se lleva a cabo completando los preceptos mediante la elaboración de otros que no se encuentran expresamente contenidos en las disposiciones formuladas por medio del acto legislativo. Ha de buscarse la solución justa recurriendo, en primer lugar, a la analogía y, posteriormente, si el método analógico resultase ineficaz, deberá resolverse el caso conforme a los principios generales del derecho.

## 2.6. *Autointegración y heterointegración del derecho como mecanismos de integración*

La terminología está tomada de Carnelutti, quien fue el primero en distinguir entre autointegración y heterointegración de los sistemas jurídicos: se habla de

<sup>51</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 163 ss.

<sup>52</sup> Cf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* 2, Madrid 2001<sup>22</sup>, p. 1288.



*autointegración* cuando se impone al intérprete la obligación de no sobrepasar, en la actividad de llenar los vacíos normativos, los límites del ordenamiento jurídico de referencia; diversamente, cuando el intérprete está autorizado a buscar “la solución” del caso no resuelto recurriendo a principios y valores que se encuentran también fuera del ordenamiento jurídico en el que actúa, se hablará de método de heterointegración del sistema<sup>53</sup>. En síntesis, en la autointegración 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, el sistema acude a sus propias soluciones. Las vías o manifestaciones más habituales reconocidas generalmente de forma explícita por la mayoría de los ordenamientos, son la analogía y los llamados principios generales del derecho.

Por otro lado, los procedimientos de heterointegración son aquellos que pretenden salvar las lagunas acudiendo a recursos externos al ordenamiento jurídico, que constituyen fórmulas que se encuentran fuera de la ley.

Mientras que la heterointegración es un sistema técnicamente más imperfecto e históricamente más primitivo; la autointegración, por el contrario, es defendida como fórmula más acorde con las exigencias jurídicas e incluso políticas. En la actualidad se entiende que el sistema debe autointegrarse.

Estos procedimientos no son completamente coherentes entre sí y se presentan en ocasiones con cierta contradicción porque proceden de tradiciones históricas distintas y de diferentes concepciones por parte de la filosofía del derecho. La heterointegración acude a fuentes externas como pueden ser la costumbre o la jurisprudencia, o a valores como la equidad, que reviste gran importancia porque sirve para descubrir y aplicar, en defecto de ley, la analogía y los principios jurídicos generales del derecho. Aunque no debe ser obviada de manera general, sí se debe establecer un orden de prelación entre ella y la autointegración, siendo esta última la primera que se debe tener en cuenta.

Con abundantes precedentes históricos, adquiere el mayor relieve a partir de la Codificación, que instaura, además de la ya tradicional figura de la analogía, el recurso a los principios generales del derecho. Con estos se podrá disponer en el ordenamiento jurídico de un *ultimum subsidium* que ofrecer para la resolución de las lagunas de las leyes, puesto que su ámbito es exhaustivo y se delimita por

<sup>53</sup> Cf. CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, p. 87.



los propios límites del derecho. De manera que los principios generales del derecho tienen como límite *ad quem* donde termine el imperio del derecho, y por límite *a quo* donde acaba la previsión o imperio de la ley y la costumbre.

### 2.6.1. La analogía como método de autointegración

Desde el derecho romano parece admitirse o haberse utilizado un criterio analógico<sup>54</sup>. La analogía constituye un procedimiento lógico que trata de inducir, de otras soluciones particulares consagradas por el derecho, el principio íntimo que las explica para someter un caso semejante a la misma solución por vía deductiva; es el método más usado por los ordenamientos jurídicos en la actualidad; a través de él se puede aplicar una norma jurídica a un caso no previsto por el legislador, porque la hipótesis de esta tiene relación con la situación presentada. El procedimiento analógico consiste, efectivamente, en generalizar las normas particulares existentes y aplicar el principio así obtenido a otros casos no previstos pero sí similares. La utilización de este procedimiento obliga a confrontar dos situaciones jurídicas a las que se trata de dar soluciones idénticas, pues si difieren en su esencia no podrá aplicarse el método analógico. Asimismo, la analogía consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas, donde una ha sido prevista legalmente y la otra no, las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Se trata de la “*creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos solo son semejantes*”<sup>55</sup>.

Puesto que la analogía es un procedimiento de superación de las lagunas jurídicas, en su utilización el juez tiene la responsabilidad de valorar, en aras de encontrar la mayor similitud posible entre los dos casos, el recogido en la ley y el no refrendado. En el uso de la analogía hay que actuar con diligencia porque se puede poner en riesgo la seguridad jurídica.

La analogía es clasificada comúnmente en analogía *legis*, conocida como aplicación de normas legales a casos semejantes, y en analogía *iuris*, identificada

<sup>54</sup> Para una síntesis de la analogía en la historia del derecho, cf. BOBBIO, N., *Analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, primera parte.

<sup>55</sup> Cf. CAÑIZARES ABELEDO, F., *Teoría del Estado*, La Habana 1996, p. 369.



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. La diferencia que existe entre la analogía *legis* y la analogía *iuris* desde el punto de vista operativo es grande: la *iuris* es técnica de aplicación de principios generales del Derecho, que solamente se aplican en defecto de ley o costumbre; la *legis* es una técnica de aplicación de la ley, que es la fuente del derecho primaria con carácter general en nuestro ordenamiento. Por eso, la analogía *legis* produce como resultado la extensión de la aplicación de las leyes antes de acudirse a las fuentes subsidiarias del derecho. La diferencia entre *analogia legis* y *analogia iuris* se reduciría a un diverso grado de abstracción<sup>56</sup> del principio inferido, directamente proporcionado a la amplitud de la base de partida del mismo procedimiento de abstracción: “*mentre l’analogia legis ricava un principio generale (inespresso) da una singola norma, l’analogia iuris ricava un principio generale (inespresso) induttivamente da più norme*”<sup>57</sup>. Razonando de este modo, también la *analogia iuris* configuraría siempre y de todos modos un medio de autointegración.

Requisitos para poder aplicar la analogía son, en primer lugar, la existencia de una laguna legal con respecto al caso contemplado. En segundo lugar, la concurrencia de la igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el supuesto o los supuestos previstos por el legislador, teniendo en cuenta los elementos esenciales, jurídicamente relevantes que constituyen la *ratio iuris* o fundamento de la norma. Y, por último, la inexistencia de la voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía se da cuando dicta una prohibición expresa de usar en ciertos casos el sistema analógico, y cuando establece una determinada disposición que propone darle un ámbito limitado al caso concreto de que se trata, excluyendo los casos análogos.

<sup>56</sup> Cf. CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, cit. pp. 87ss; GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, p. 299, n. 76; GIANFORMAGGIO, L., «Analogia», en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1984, pp. 320 ss. Según este último autor, también la interpretación extensiva está sostenida por un idéntico procedimiento, por lo que se llega a tener “una sequenza ordinata di tre procedimenti giustificativi, dal più semplice al più complesso, ognuno dei quali sfuma nell’altro: interpretazione estensiva, analogica, ricorso ai principi generali del diritto” (cf. *Ibid.*, p. 327).

<sup>57</sup> Cf. CARCATERRA, G., «Analogia. I. Teoria generale», en *Enciclopedia giuridica* 2, Roma 1988, pp. 8 ss.



En relación con las normas penales, la exclusión de la analogía se fundamenta en la vigencia de los principios de tipicidad y legalidad en materia penal, que imponen que nadie pueda ser sancionado por observar una conducta que la ley no haya tipificado como delito o falta<sup>58</sup>.

El significado teórico y la importancia práctica del método analógico quedan cifrados en el hecho de ser un importante medio integrativo, a partir del cual el derecho crece, alimentándose de su propia sustancia mediante su desarrollo lógico o dialéctico. Pero, evidentemente, no es el único medio, pues los principios generales constituyen también un método eficiente a la hora de integrar el derecho.

## 2.6.2. Los principios generales del derecho

Tarea difícil y complicada es la de construir un discurso sobre un tema tan amplio y complejo como es el referente a los principios generales del derecho; argumento harto sugestivo, sobre el que se ha producido abundante literatura la filosofía y la dogmática jurídica, ya que representa uno de los más claros y fuertes vínculos de conexión y enlace entre ambas disciplinas.

Al preguntarnos acerca de cuál es la razón de ser de los principios generales del derecho, nos damos cuenta de que éstos son parte esencial y fundamental, es decir, *sine qua non*, de todo ordenamiento jurídico. De esta manera, dichos principios son fuente de inspiración de las demás normas del sistema jurídico. Norberto Bobbio advirtió certeramente que los principios generales del derecho, más que un concepto específico entrañan “*una famiglia numerosa e piuttosto eterogenea di concetti*”, y explicando esta afirmación indicará que los principios generales del derecho no constituyen una categoría simple y unitaria, más bien, “*con questa espressione si intendono spesso cose moho diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto*”<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> N. Bobbio era del parecer que por ser instrumento de interpretación y no de arbitrio, la analogía podría ser introducida en el derecho penal (cf. BOBBIO, N., «L'analogia e il diritto penale», en *Rivista de diritto penale* 5 (1938) p. 526).

<sup>59</sup> Cf. BOBBIO, N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, pp. 263 y 273.



En general, las legislaciones, al invocar los principios generales del derecho como fuente supletoria de la ley, no señalan cuáles sean dichos principios, qué características deben tener para ser considerados como tales, ni qué criterio debe seguirse en la fijación de los mismos; por lo que el problema de determinar lo que debe entenderse por principios generales del derecho, siempre presenta no pocos y serios escollos y dificultades, puesto que se trata de una expresión de sentido vago e impreciso<sup>60</sup>.

Los principios generales del derecho en su más alto y comprensivo sentido son materia propia del filósofo del derecho; sin embargo, porque se hallan en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista y a éste pertenecen sin duda alguna, a cuya competencia corresponde el encarnar en la vida los preceptos de una legislación positiva; es decir, el tránsito de una a otra esfera, un acomodamiento del principio, antes muy general, en términos más particulares. En este sentido, los principios generales de derecho amparan los razonamientos jurídicos aunque estos tomen por base un precepto de ley o de costumbre, sirviéndoles de altísimo fundamento, fuente primaria de solución jurídica que acompaña a todos los fallos expresa o tácitamente.

El momento histórico-jurídico clave que puede hacer pensar en un cambio o evolución del pensamiento en torno a los principios jurídicos es la etapa de la Codificación, pues *“con anterioridad a los Códigos, sólo podía hablarse de principios jurídicos, y esto con cierta uniformidad por parte de los autores. No tenía además ningún sentido polemizar sobre el contenido de tales principios, resultado como decimos de distintos elementos, entre los que no serían menos importantes el derecho romano y el derecho natural”*<sup>61</sup>. Dentro de la concepción clásica de los principios ocuparían

<sup>60</sup> Por lo que respecta al significado etimológico, cf. PATTARO, E., «El origen de la noción “principios generales del derecho”. Lineamiento Histórico Filosófico», en *Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 59 (1987) pp. 525-563.

En cuanto a las diferentes acepciones gramaticales, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* menciona, entre otras significaciones, las siguientes: “(...) 3. Base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia (...). 9. Cada una de las máximas particulares por donde cada cual se rige para sus operaciones o discursos (...). 11. (...) de derecho forense norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales (...)”. De la última connotación se deja entrever una marcada influencia iusnaturalista.

<sup>61</sup> Cf. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C., «Concepto y contenido de los principios generales del Derecho», en *Los principios generales del derecho. Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la*



especial preeminencia los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) donde el derecho romano y el natural confluyen y donde la propia palabra *praecepta* se nos aparece como semánticamente idéntica al plural *principia*<sup>62</sup>. Los principios generales del derecho son criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana que se ha de seguir en cierta situación; cada uno de estos principios generales del derecho es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio. Son la base de todo ordenamiento objetivo, constituyen criterios interpretativos del entero ordenamiento y evitan las lagunas en dicho ordenamiento ya que, en ausencia de la ley, costumbre o analogía, se pueden aplicar para resolver un caso concreto.

Los principios generales del derecho cumplen las funciones de crear, interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, las cuales se pueden resumir en elaborar (función creativa), comprender (función interpretativa) y suplir (función integrativa). La función creativa establece que, antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.

*Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid 1993, p. 29.

<sup>62</sup> Cf. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica», en *Los principios generales del derecho...*, cit. p. 20.

Los tres preceptos del derecho fueron enunciados por primera vez por Ulpiano en sus *Institutiones* y recogidos posteriormente en el *Corpus iuris civilis* (D. I, 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3 “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”); y en España recopilados por Raimundo de Peñafort en su *Summa iuris* y en la Partida 3.<sup>a</sup>, Título I, ley 3.<sup>a</sup> llegando hasta el siglo XIX. Al respecto escribe Escriche: “Los preceptos del Derecho son tantos cuantos son las leyes; pero se distinguen con este nombre tres principios generales de que nace como de su fuente toda la doctrina del Derecho, y son: 1.º vivir honestamente, ‘honeste vivere’; 2.º. No hacer mal a otro, ‘neminem laedere’; 3.º. Dar a cada uno lo suyo, ‘suum cuique tribuere’. El objeto del primero dicen, es hacer un hombre de bien; el objeto del segundo es hacer un buen ciudadano, y el objeto del tercero es hacer un buen magistrado. El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo; el segundo lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos bajo su jurisdicción. El primero de estos preceptos se limita a una pura honestidad, la cual puede violarse sin hacer daño a nadie cuando se hace una cosa que está permitida, pero no es conforme al decoro: ‘Non omne quod licet, honestum est’. El segundo nos ordena que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo, ‘sive in bonis, sive in fama, sive in corpore’, de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe. El tercero, en fin, enseña a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones” (cf. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia* 3, Madrid 1845<sup>2</sup>, pp. 338-339).



zarlos. La función interpretativa implica que, al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios para garantizar una cabal interpretación. La función integradora significa que quien va a colmar un vacío legal debe inspirarse en los principios para que el derecho se convierta en un sistema hermético.

Estas funciones no actúan independientemente, sino que en la aplicación del derecho operan auxiliándose una a otra, así cada interpretación de una norma, basada en los principios, es una nueva creación. Para colmar una laguna legal es necesario interpretar el derecho ya existente según los principios; por último, las lagunas legales en el derecho positivo no existen debido a la posibilidad que tienen los miembros judiciales de interpretar una norma ya creada y adaptarla según los principios generales, lo que garantiza una seguridad jurídica sólida frente a la positivización del derecho.

El intérprete o el operador del derecho pueden utilizar más de un principio si lo estiman oportuno para dar solución al conflicto. En esta tarea puede ocurrir que los principios se contrapongan en relación con la solución de una laguna. A esta contradicción de principios se la conoce como *tensión*. En estos casos, el intérprete debe actuar con cautela y realizar un juicio valorativo minucioso para emplear el que mejor garantice la seguridad jurídica, la legalidad y la justicia. En la valoración se debe explicar el porqué de la elección de determinado principio por encima de otro, dejando clara la imposibilidad de ser aplicado el que resultó menos justo.

## 2.7. *La equidad como fundamento en la aplicación de la analogía y los principios generales del derecho*

Han sido muchas las acepciones del término *equidad*, y su concepto moderno gira en torno a dos ideas: la aristotélica de norma individualizada, adaptada a las circunstancias de un caso concreto, también llamada *epiqueya*, y la idea cristiana de mitigación del rigor de la ley para un caso particular, conocida como *humanitas*, *pietas*, *benignitas*. Hay así un concepto general o amplio de la equidad como adaptación del derecho a la realidad mediante la apreciación exacta de todos los elementos de hecho que en el caso concurren, y un concepto restringido, como adaptación del derecho a las particularidades del caso concreto, para dar a este un tratamiento más blando y benévolo.



En términos de justicia es prácticamente imposible hablar de igualdad, ya que muy difícilmente existen dos situaciones jurídicas idénticas. Lo correcto es hablar de equidad (*epiqueya*), la justicia del caso particular que corrige los rigores de la ley que tiene carácter general y no se refiere a la singularidad de muchos supuestos. Es decir, la equidad es la adaptación de la fórmula legal genérica a las exigencias de la vida. La equidad resulta así como la justa rectificación de lo justo rigurosamente legal.

La especialidad del criterio de equidad, a diferencia del criterio general de justicia, radica, pues, en que se toman en consideración, más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el derecho positivo, y más que los esquemas generales de la norma jurídica, la adecuación y la adaptación de esta a las circunstancias de los casos concretos.

La equidad es un medio valioso para evitar que de la rígida aplicación de la norma general al caso singular resulte una injusticia manifiesta. Como elemento de integración de la norma y utilización de los principios generales del derecho, la equidad sirve para descubrir y aplicar, en defecto de ley, el principio jurídico que mejor se pliegue a las contingencias del hecho.

La equidad es un concepto que entra en juego en la aplicación del derecho o, más específicamente, en la administración del derecho en caso de litigio. Es, por tanto, un elemento que habrá de tenerse en cuenta siempre al aplicar el derecho, al interpretarlo y al buscar soluciones a través de la integración del mismo.

Lo señalado demuestra que la equidad no es un simple juicio subjetivo, individual o arbitrario; al contrario, ella informa el juicio de valor del órgano decisor, es una realidad de conciencia formada por unos valores éticos conexos a la cultura social histórica de la comunidad, según su naturaleza existencial.

Algunos tratadistas y legislaciones en el derecho comparado<sup>39</sup> la han considerado como una fuente formal y otros como un método de integración, lo cual no consideramos acertado, pues en el empeño de completar el derecho como labor compleja y delicada, el juez o el jurista en general no debe guiarse solamente por inducciones lógicas o puras abstracciones sin tener en cuenta las circunstancias de las situaciones reales de la vida que estén en litigio, por eso se hace tan necesaria la presencia de la equidad, puesto que constituye un importante procedimiento inspirador de soluciones; es cierto que no sirve para formular nuevas normas, pero sí puede emplearse como fundamento en la aplicación de las existentes, operando además en el ámbito de todas las fuentes jurídicas y de todos los



demás procedimientos de elaboración del derecho cuando no haya norma capaz de regular algún caso de la vida. Ha de apoyarse en los principios que inspiran el ordenamiento jurídico, estando vedada su aplicación arbitraria o meramente subjetiva, y debiéndose actuar con mucha prudencia, porque sólo así podrá conciliar las exigencias de la justicia con las de la seguridad jurídica, y hacer posible la realización plena de otro de los postulados capitales de la vida del derecho, a saber: la coherencia y unidad armónica de cada sistema.

### 3. LAS LAGUNAS EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO. RASGOS DISTINTIVOS

La particular naturaleza del ordenamiento jurídico de la Iglesia es fundamento para abarcar y comprender la problemática de las lagunas en el mismo. Un ordenamiento en el que encuentra aplicación la solución prospectada por la mayor parte de los estudiosos de teoría general del derecho sobre el argumento de las lagunas en el ordenamiento jurídico estatal, así como si es posible aplicar la cuestión relativa a la plenitud y completitud (integridad, totalidad) al ordenamiento canónico, aunque con las debidas precisiones.

La Iglesia, efectivamente, no es solamente una realidad exterior, visible, humana, pues encuentra su origen y razón de ser en la voluntad divina, la cual, al momento de su constitución, le ha indicado el fin a seguir y conseguir: la *salus animarum*, fin inmutable, no susceptible de ser sustituido por otras finalidades. De este modo, forma y substancia, interdependientes entre sí, forman el substrato de su forma jurídica, que se manifiesta en el ordenamiento jurídico mismo, y que por lo tanto debe gozar de las mismas características esenciales de tal realidad substancial<sup>63</sup>. A este propósito ha sido observado que la *salus animarum*, connotación peculiar e identificativa del ordenamiento jurídico de la Iglesia,

“(...) è regola in *sensu amplissimo dell'ordinamento giuridico*; (...) *costituisce la fondamentale motivazione in ogni sua concreta determinazione, stimola la produzione di norme adatte, e propone il criterio supremo per giu-*

<sup>63</sup> Cf. D'AVACK, P. A., *Trattato di diritto ecclesiastico. Concetto, metodologia e fonti*, Firenze s.d., pp. 137-138; COMPOSTA, D., *La Chiesa visibile. La realtà teologica del diritto ecclesiale*, Roma 1985, p. 424; FEDELE, P., *Discorsi sul diritto canonico*, Roma 1973, pp. 4-10.



*dicare, in astratto, e soprattutto nella concreta applicazione ai casi singoli, la validità delle norme*<sup>64</sup>.

Será precisamente por la inmutabilidad de su fin que la Iglesia se presenta como ordenamiento jurídico “*avente in sé l’opposta nota della incompiutezza*”<sup>65</sup>, en el sentido, como ya se ha visto, no de incompletitud sino de incompletez, donde ésta, en su significado intrínseco, hace referencia a la existencia de lagunas normativas en un determinado ordenamiento<sup>66</sup>. Y es que en la Iglesia, por su específica naturaleza, existen materias no disciplinadas porque quedan fuera de su competencia y por ende de su completa valoración, y por esta razón no pueden constituir una carencia, una falta de valoración<sup>67</sup>. No contradice a su origen divino del derecho el hecho de no estar exento de déficits.

Sin embargo, aunque la problemática de las lagunas esté presente en el derecho de la Iglesia, no se verifica del mismo modo que en el interior de la comunidad política. La experiencia jurídica, especialmente en la Iglesia, lleva a la convicción, por una parte, de la necesidad de mantener el rigor jurídico, tutelado sobre todo por la ley; y, por otra, el dato de hecho de la defectibilidad de la ley humana, lo que lleva a tener que acudir a instrumentos que, sin abandonar las exigencias de los derechos, hagan posible la justicia en los casos concretos.

En efecto, la experiencia eclesial pone en evidencia rasgos comunes y rasgos diferenciados respecto a la experiencia estatal o civil. En el contexto del ordenamiento canónico, al intérprete, cuando es llamado a colmar una laguna, incumbe la tarea de identificarse plenamente con la idea y las razones de fondo del ordenamiento: la experiencia de justicia es expresión del mandamiento evangélico de la caridad, regla suprema; por eso mismo, el ordenamiento eclesial se presenta, de modo más marcado que los demás, como no definitivamente completo, no cerrado ni rígido, sino en continua integración, abierto y flexible. No por nada, en el ordenamiento de la Iglesia es particularmente difundido el recurso a la *aequitas canonica*, mencionada en primer lugar en el c. 19 CIC, que *nihil aliud est quam*

<sup>64</sup> Cf. BERTOLONE, V., *La salus animarum nell’ordinamento giuridico della Chiesa*, Roma 1987, p. 31.

<sup>65</sup> Cf. D’AVACK, P. A., *Trattato di diritto ecclesiastico*, cit. pp. 146-147.

<sup>66</sup> Cf. RAVÀ, A., *Il problema delle lacune nell’ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, Milano 1954, p. 38.

<sup>67</sup> Cf. *Ibid.*, p. 39.



*Deus*<sup>68</sup>. El mandamiento de la caridad o *ratio* constitutiva de dicho ordenamiento postula que la conciencia de la incompletitud del ordenamiento se convierta en un instrumento mirado a asegurar la completez.

La cuestión de la suplencia del silencio de la ley está disciplinada en el texto del c. 19, donde se precisa *e contrario* que allí donde exista una laguna, en ausencia de una explícita prescripción de ley o de una norma consuetudinaria, se debe proveer con el recurso específico a uno de los medios indicados:

*“Si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia”.*

La disposición no constituye una novedad puesto que una norma del mismo tenor contenía el c. 20 de la codificación del 1917, fuente egregia del mencionado c. 19:

*“Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique doctorum sententia”.*

A la norma del c. 20 como fuente de la vigente normativa en materia de suplencia de la ley, se suman la constitución apostólica *Providentissima Mater Ecclesia* con la que fue promulgado el Código de derecho canónico el 27 de mayo de 1917 por el Papa Benedicto XV<sup>69</sup>; la resolución del 10 de enero de 1920 de la Sagrada Congregación del Concilio<sup>70</sup>; la respuesta del 20 de julio de 1923 de la Sagrada Congregación de los Religiosos<sup>71</sup>; la constitución apostólica *Regimini*

<sup>68</sup> Cf. FITTING, H., «Fragmentum Pragense», en ID., *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876, p. 216. FEDELE, P., *Discorsi sul diritto canonico*, cit. pp. 59-68.

<sup>69</sup> Cf. BENEDICTUS PP. XV, «Constitutio apostolica “*Providentissima Mater Ecclesia*”, 27.5.1917», en *AAS* 9 (1917) pars II pp. 5-8.

<sup>70</sup> Cf. SACRA CONGREGATIO CONCILII, «Resolutio, 10 ianuarii 1920», en *AAS* 12 (1920) pp. 43-47.

<sup>71</sup> Cf. SACRA CONGREGATIO DE RELIGIOSIS, «Responsum, 20 iulii 1923», en *AAS* 15 (1923) pp. 457-458.



*Ecclesiae Universae*, sobre la Curia Romana, emanada el 15 de agosto de 1967 por Pablo VI<sup>72</sup>; la alocución *Vivissima gioia* pronunciada por Pablo VI el 8 de febrero de 1973 al Tribunal de la Rota Romana<sup>73</sup>. De estas fuentes, las tres primeras pueden considerarse fuentes indirectas, puesto que no es posible captar en ellas alguna referencia inmediata a la materia de las lagunas normativas o a los medios de suplencia de la ley puestos a disposición del intérprete. Al contrario, el resto de los documentos indicados contienen referencias directas sobre el significado y la esencia de la disciplina de la suplencia de la ley canónica y por tanto al c. 19<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Cf. PAULUS PP. VI, «Constitutio apostolica “*Regimini Ecclesiae Universae*”, 15.8.1967», en *AAS* 59 (1967) pp. 885-928.

<sup>73</sup> Cf. PAULUS PP. VI, «Allocutio “*Vivissima gioia*”, 8.2.1973», en *AAS* 65 (1973) pp. 95-103.

<sup>74</sup> Sobre la revisión de la disciplina canónica en materia de suplencia de la ley (contenida en el c. 20 del CIC 1917) y las disposiciones normativas relativas a las lagunas de la ley en las diferentes fases y esquemas (1977, 1980, 1982 y 1983), cf. PCCICR, «Coetus studiorum de normis generalibus», in *Communicationes* 16 (1984) pp. 143-157; ID., «Coetus studiorum recognoscendis normis generalibus Codicis», in *Communicationes* 17 (1985) pp. 29-73; *Ibid.*, 19 (1987) 19-67; ID., «Coetus studiorum de normis generalibus», in *Communicationes* 23 (1991) pp. 141-165.

La primera de las fases de revisión de la materia normativa comprendida en el Libro I del CIC de 1917 abraza un arco de tiempo entre 1966 y 1977, culminando con el *Schema* de 1977. El trabajo del *Coetus De normis generalibus* se articuló en varias sesiones: en las tres primeras fue analizada la disciplina de la suplencia del silencio de la ley, contenida en el c. 20 del CIC del 1917, que fue analizada en el ámbito del estudio sobre el ordenamiento jurídico y sobre la legislación propia de un determinado sistema jurídico. Se trató de reflexiones sobre las cuestiones preliminares. En particular, sobre la disciplina de la suplencia de la ley, fue cambiada la expresión del c. 20, en concreto el adjetivo *general* fue sustituido por el adjetivo *universal*, y se cambió de lugar el término *praescriptum*, para mejorar la construcción gramatical latina; se introdujo la expresión *secundum consuetudinem canonice inductam*, y el vocablo *causa*, en cuanto viene tomada en consideración una causa judicial o administrativa y por tanto es necesario a motivo del abandono de la frase *norma sumenda est*, sustituida por *dirimenda est*, que tiene precisamente el significado de resolución de un conflicto. En fin, la frase “a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique doctorum sententia” fue sustituida por “attentis legibus latis in similibus; generalibus iuris canonici principiis cum aequitate servatis, iurisprudentia ecclesiastica, praesertim stylo et praxi Curiae Romanae; communi constantique doctorum sententia”: el uso del ablativo absoluto parece indicar que, en el dar solución a una causa no se asume la norma de las leyes símiles, sino que se debe poner la atención en las leyes dictadas en casos símiles y en todos los otros medios de suplencia del silencio de la ley mencionados en el c. 19.

En la segunda (noviembre 1967) y tercera sesión (febrero 1968), fueron propuestas ulteriores modificaciones al texto; entre esas, destaca la propuesta de la cualificación *canonica* al término *aequitate*, que, sin embargo, no fue aceptada en aquel momento. En el *Schema* del 1977, el texto del canon era el siguiente: “si certa de re desit expressum legis sive generalis sive particularis praescriptum, causa, nisi



### 3.1. Requisitos de la laguna normativa

La existencia de una laguna en el ámbito de la legislación de un sistema jurídico debe ser verdadera y real, cediendo sólo la presunción a la verdad<sup>75</sup>. De esto se deduce que el intérprete no puede ni debe llegar al reconocimiento de la subsistencia de una laguna normativa sin haber procedido previamente a un serio y atento proceso de interpretación. Precisamente, a este fin el c. 19 establece

sit poenalis, dirimenda est, secundum consuetudinem canonice inductam; quae si deficiat a norma causae applicanda sumatur attentis legibus latis in similibus; generalibus iuris canonici principiis cum aequitate servatis; iurisprudencia ecclesiastica, praesertim stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique doctorum sententia”.

En el *Schema* de 1980, fueron aportadas a la disciplina de la suplencia del silencio de la ley algunas modificaciones, entre ellas la cualificación *canonica*, esta vez sí aceptada, así como la formulación siguiente: “si certa (...) sive particularis aut consuetudinis praescriptum, (...) dirimenda est attentis legibus (...) generalibus iuris principiis (...)”. De este modo, el texto aprobado quedaba así: “si certa de re desit expressum legis sive generalis sive particularis aut consuetudinis praescriptum, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, iurisprudencia ecclesiastica, praesertim stylo et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia”.

La disposición normativa relativa a las lagunas de la ley eclesiástica resultó así en el c. 19 del *Schema* de 1982, después de ser aprobadas dos propuestas de modificación del canon del *Schema* precedente: “si certa de re desit expressum legis sive generalis sive particularis praescriptum aut consuetudo, causa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, iurisprudencia ecclesiastica, praesertim stylo et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia”.

Por último, entre las modificaciones aportadas al texto del *Schema* del 1982 son de relieve la sustitución de la expresión “iurisprudencia ecclesiastica, praesertim stylo et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia” con esta otra “iurisprudencia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia”, pues la precedente formulación tenía una extensión demasiado amplia, idónea para comprender también la jurisprudencia de los tribunales inferiores, poniendo en riesgo la certeza y la uniformidad del derecho, que constituyen objetivos fundamentales de un ordenamiento jurídico. En cuanto a la eliminación de *praesertim stylo* entre los medios de suplencia del silencio de la ley era necesario para evitar que al juez le fuese consentido hacer uso para la resolución de una controversia cualquier modificación del estilo de la Curia Romana, es decir “quo a Curia ista, sive iudicialiter, quando scilicet agitur de re contentiosas (stylus iudicialis), sive extra-iudicialiter seu via administrativa, quando agitur de re gratiosa (stylus extraiudicialis), pertractari et solvi solent negotia” (cf. MICHELS, B., *Normae generales Iuris Canonici*, Romae 1949<sup>2</sup>, p. 626).

<sup>75</sup> Cf. D'ANGELO, S., «Le lacune nel vigente ordinamento giuridico-canonico», en *Saggi su questioni giuridiche*, Torino 1928, p. 65.



las condiciones en virtud de las cuales es posible concluir en el sistema jurídico canónico verdaderas lagunas.

En particular, la formulación del canon contiene la necesidad de tres elementos: la *res certa*; la falta real de una norma concerniente a tal *certa res*; la no subsistencia de una hipótesis de exclusión de la suplencia del silencio de la ley.

Sobre el primer requisito, a parte las diferentes opiniones sobre el significado de la locución, parece que la opinión más común y aceptada es aquella que indica la referencia al caso concreto particular. A ello induce la palabra *causa*, puesto que una controversia no se dirime sobre una materia en general, aun siendo ello posible, cuanto más bien sobre un caso particular<sup>76</sup>.

Por lo que se refiere a la expresión *expressum praescriptum* se observa que manifiesta la intención del legislador de radicar la existencia de una laguna en la hipótesis de falta absoluta de una disposición dotada del carácter de la evidencia y de la claridad<sup>77</sup>. *Expressum praescriptum* hace referencia ya sea a una ley universal ya a una particular; es decir, a una ley que tiene valor en todo el territorio de la Iglesia, no sólo el globo terrestre sino el entero universo, siendo Cristo Rey del universo<sup>78</sup>; sea a una costumbre, en cuanto que en el derecho eclesiástico la norma consuetudinaria, si dotada de los necesarios requisitos, está equiparada a la legislativa.

Sobre el segundo de los requisitos, se debe evidenciar que una laguna normativa puede encontrarse también en la hipótesis en que la norma, que de por sí preve el caso, resulte destituida de obligatoriedad, como acontece en la llamada *lex dubia*<sup>79</sup>. Es obvio que no será suficiente una duda meramente subjetiva, sino que deberá tratarse de una duda objetiva y *vere probabilis*, fundada en juicios serios, compartidos por intérpretes cualificados<sup>80</sup>.

En cuanto al tercer requisito, el c. 19 establece una excepción expresa: se puede proceder a la suplencia del silencio de la ley siempre y cuando la causa no sea penal. El requisito, en perfecta línea con la tradición legislativa canónica, es expresión del principio de legalidad formal, enunciado en el c. 221 § 3 vigente:

<sup>76</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice di Diritto Canonico, cann. 1-203 (ad uso degli studenti)*, Roma 2000, p. 249.

<sup>77</sup> Cf. D'ANGELO, S., *Le lacune nel vigente ordinamento giuridico-canonico*, cit. p. 66.

<sup>78</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, cit. p. 194.

<sup>79</sup> Cf. FELICIANI, G., *L'analogia nell'ordinamento canonico*, cit. p. 12.

<sup>80</sup> Cf. CICOGNANI, H.- STAFFA, D., *Commentarium ad librum I Codicis Iuris Canonici 1*, Romae 1939, pp. 236-237.



“*Christifidelibus ius est, ne poenis canonicis nisi ad normam legis plectantur*”. Por tanto, en el ámbito de una causa penal, si el intérprete se encontrase con una laguna de ley, la suplencia no está admitida por principio, mientras que la norma establecida en el c. 1399<sup>81</sup> no entra en el dispositivo del c. 19, puesto que no concierne a un medio para suplir una laguna de ley penal, sino que contempla una verdadera y propia ley penal, que encuentra aplicación cuando se verifican las dos condiciones presupuestas en la misma: “*cum specialis violationis gravitas punitionem postulat, et necessitas urget scandala praeveniendi vel reparandi*”<sup>82</sup>.

Existen otras materias excluidas de la suplencia del silencio de la ley, y son aquellas en las que es necesaria una expresa disposición de ley, pues de lo contrario el c. 19 asumiría una función no de norma disciplinante en la materia de la suplencia de las lagunas de ley, sino más bien la de una verdadera norma suplente<sup>83</sup>. Se trata de aquellas causas cuya sentencia o decreto pudieran determinar una norma inhabilitante, pues se actuaría en contra del c. 10; de las causas cuya sentencia o decreto determinasen una norma sobre una nueva irregularidad o simple impedimento en el orden sagrado (c. 1040), o bien determinasen una norma constituyente de un nuevo impedimento matrimonial (c. 1058)<sup>84</sup>.

La circunstancia que en la legislación de 1983 haya sido sustituida la expresión *norma sumenda est* contenida en el c. 20 de 1917 por *causa dirimenda est* contribuye a reforzar la tesis según la cual entre las fuentes de suplencia de la ley no se da una jerarquía entre ellas; al contrario, deben armonizarse entre sí y, de todos modos, complementarse recíprocamente<sup>85</sup>.

### 3.2. Perfiles generales de cada una de las fuentes supletorias

Los medios integradores de las lagunas de la ley corresponden a una necesidad social, necesidad que es consecuencia de la naturaleza misma del derecho, enten-

<sup>81</sup> CIC c. 1399: “*Praeter casus hac vel aliis legibus statutos, divinae vel canonicae legis externa violatio tunc tantum potest iusta quidem poena puniri, cum specialis violationis gravitas punitionem postulat, et necessitas urget scandala praeveniendi vel reparandi*”.

<sup>82</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, cit. p. 264.

<sup>83</sup> Cf. *Ibid.*, p. 264.

<sup>84</sup> Cf. CHIAPPETTA, L., *sub c. 19*, en *Il Codice di diritto canonico. Commentario giuridico-pastorale*, Roma 1996, p. 71.

<sup>85</sup> Cf. FELICIANI, G., *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Milano 1968, p. 129.



dido como instrumento de pacífica convivencia entre los socios, como garantía de ordenada y factible colaboración para la consecución del bien común<sup>86</sup>. En este sentido, la *necessitas* no es sino la *ratio* del c. 20 previgente y del actual c. 19.

La *necessitas* se asume también en doctrina para indicar una condición específica para el recurso al dispositivo de tales cánones. Se considera, en efecto, que cuando se verifique el *silentium legis* la suplencia de la ley será legítima sólo si es necesaria, precisamente “*quatenus (...) determinatio iurium aut officiorum necessaria est ad justitiam tuendam rectumque societatis regimen promovendum*”<sup>87</sup>.

El significado del término *necessitas* resulta de la regla *ubi nulla lex ibi libertas*<sup>88</sup>; en virtud de tal enseñanza en el ámbito del no expresamente cualificado, se da también la esfera del jurídicamente indiferente; es decir, de comportamientos no expresamente previstos, cuya acción u omisión están permitidas. En este sentido, se puede decir que una conducta no expresamente cualificada se deba considerar jurídicamente indiferente, a no ser que se imponga una cualificación diferente.

### 3.2.1. La *analogia legis*

Las fuentes o instrumentos de la *suppletio legis* a disposición del intérprete están contemplados en la segunda parte del c. 19, llamados a integrar el ordenamiento en el caso de lagunas y que se distinguen de las fuentes del derecho normativo. Entre los mencionados instrumentos hay que incluir no sólo las prescripciones de leyes o costumbres *latae in similibus*, indudablemente referibles a las fuentes en su significado más estrecho y técnicamente delimitado, sino también a las normas de principio unidas o vinculadas a la luz de la equidad canónica: *analogia iuris*, *analogia legis*, *iurisprudencia et praxi Curiae Romanae*, *communis et constans doctorum sententia* y para las Iglesias orientales también los Cánones de los Sínodos y de los Santos Padres (c. 1501 CCEO).

<sup>86</sup> Sobre la noción de bien común, cf. GONELLA, G., *La nozione di bene comune*, Milano 1959.

<sup>87</sup> Cf. MICHIELS, G., *Normae generales Iuris Canonici*, Romae 1949<sup>2</sup>, p. 592.

<sup>88</sup> Cf. BENDER, L., *Legum ecclesiarum interpretatio et suppletio*, Roma-Paris-New York-Tournai 1949, p. 250.



Por lo que respecta a la *analogia legis* y a la *analogia iuris* son medios de suplencia que se refieren a la legislación, mientras los demás medios quedan fuera de la misma, aunque tienen en ella su fundamento. A excepción de la *doctrina*, que encuentra su razón de ser en la autoridad científica, la autoridad jerárquica es la razón de ser de los restantes medios.

La doctrina sostiene que los medios de suplencia enumerados sean taxativos y exclusivos, de modo que si el juez o el superior no encontraran en el cuerpo legislativo escrita o no una solución, deberán recurrir solamente a las fuentes de suplencia indicadas en el c. 19, no pudiendo recurrir en modo absoluto a otras eventuales fuentes de suplencia, como el derecho romano, el derecho civil nacional, el derecho canónico antiguo, el derecho particular del territorio<sup>89</sup>.

El principal instrumento de *suppletio legis* es la *analogía*, que san Isidoro de Sevilla ha definido como “*Graece, Latine Similium comparatio, sive proportio (...) Cuius haec vis est, ut quod dubium est, ad aliquod simile quod non est dubium referatur, ut incerta certis probetur*”<sup>90</sup>.

La analogía se expresa de dos formas: *analogia legis* y *analogia iuris*. El recurso a la primera forma, también conocida como *lex lata in similibus*, constituye la operación lógica mediante la cual se extiende la disciplina de una disposición de ley, que determina una cierta relación jurídica, a una relación no prevista por la misma ley<sup>91</sup>. Se trata de un proceso de extensión, del particular al particular, y a través de un proceso de aplicación material de una disposición de ley a un caso no contemplado en la misma, en virtud de la semejanza con el caso en ella previsto<sup>92</sup>. Los requisitos sobre la base de los cuales es posible proceder a la aplicación de este medio de suplencia son la semejanza<sup>93</sup> –no la identidad– del caso<sup>94</sup> en la ley que será aplicada y la semejanza –no la identidad– del motivo en la misma ley.

<sup>89</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, cit. p. 259.

<sup>90</sup> Cf. ISIDORUS, «Etymologiae», en *PL* 82, 104 (Lib. I, cap. XXVIII, n. 1).

<sup>91</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, cit. p. 250.

<sup>92</sup> Cf. CARCATERRA, G., «Analogia. I. Teoria generale», en *Enciclopedia giuridica*, cit. pp. 1-25.  
ERRÁZURIZ, C. J., «Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia in diritto canonico», en *Ius Ecclesiae* 4 (1992) pp. 215-224.

<sup>93</sup> La *semejanza* es definida como *relatio objectiva in termino intermedio utriusque communi fundata*: MICHIELS, G., *Normae generales Iuris Canonici*, cit. p. 602.

<sup>94</sup> Diferentes son las acepciones dadas por la doctrina al término *caso*: *ratio legis* o fin extrínseco especial de una determinada ley, que resulta ser similar (MICHIELS, G., *Normae generales Iuris Canonici*,



Este instrumento de suplencia de la ley tiene su fundamento próximo en la positiva voluntad del legislador, expresada en el c. 19, el cual establece que las controversias entre los fieles se resuelvan en base a la ley<sup>95</sup>. Por lo que concierne al fundamento último, éste se encuentra en la *aequabilitas iuris*, es decir, en la uniformidad, igualdad, imparcialidad en base a los brocados *de similibus simile debet esset iudicium*<sup>96</sup>; *de similibus idem iudicium sit habendum*<sup>97</sup>; *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*<sup>98</sup>.

A propósito del motivo o razón de la semejanza, en doctrina se dan diferentes explicaciones, considerando algunos autores que pueda encontrarse en una cualidad objetiva<sup>99</sup>; mientras otros sostienen que la semejanza del motivo se deba individuar en la *ratio legis*; es decir, en el fin extrínseco especial de esa determinada ley, que resulta ser símil<sup>100</sup>. Otros son del parecer que la semejanza del motivo podría encontrarse en la *ratio iuris* o fin extrínseco general, en otras palabras en el bien común<sup>101</sup>.

### 3.2.2. Los *generalia iuris principia*

El recurso a los *generalia iuris principia*, o en otras palabras a la *analogia iuris*, se lleva a cabo a través de la operación lógica mediante la cual se extiende un principio general del ordenamiento jurídico a una relación no prevista del mismo ordenamiento<sup>102</sup>.

En el ámbito de la *analogia iuris* están comprendidos aquellos principios fundamentales sobre la base de los cuales las leyes dan lugar a un complejo normativo armónico y sistemático, en los que éstas encuentran fundamento, y de los

*cit.* pp. 602-604); la *ratio iuris* o fin extrínseco general, es decir el bien común (VAN HOVE, A., *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae 1936, n. 319 pp. 326-327).

<sup>95</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, *cit.* p. 260.

<sup>96</sup> Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In IV Sententiarum*, dist. 41, q. 1, art. 5.

<sup>97</sup> Cf. X. 1, 7, 2.

<sup>98</sup> Cf. DE MAURI, L., *Regulae Iuris*, Milano 1976<sup>11</sup>, p. 136.

<sup>99</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, *cit.* p. 260.

<sup>100</sup> Cf. MICHIELS, G., *Normae generales Iuris Canonici*, *cit.* pp. 602-604.

<sup>101</sup> Cf. VAN HOVE, A., *De legibus ecclesiasticis*, *cit.* n. 319 pp. 326-327.

<sup>102</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, *cit.* p. 260.



cuales se deducen dichas leyes. Son principios que explican la esencia de las leyes, a los cuales se inspiran, en torno a los cuales se construyen y se informan sea el ordenamiento jurídico sea cada una de las leyes.

La mayor parte de la doctrina considera que la *analogia iuris* comprende no sólo los principios del derecho canónico sino también los principios del derecho natural –conformes a los dictámenes de la recta razón– y aquellos más elevados del derecho en general, en común con el derecho civil<sup>103</sup>, siempre que se dé correspondencia con las características peculiares propias del derecho canónico<sup>104</sup>.

Estos principios generales del derecho deben usarse *cum aequitate canonica*<sup>105</sup>. La *aequitas*<sup>106</sup> no es una nueva fuente de suplencia de las lagunas de ley, sino que es el modo con el que debe ser realizada la operación lógica de recabar, de los principios generales del derecho, la disposición normativa que falta<sup>107</sup>. A este fin,

<sup>103</sup> Cf. MICHELS, G., *Normae generales Iuris Canonici*, cit. pp. 614-619.

<sup>104</sup> FEDELE, P., *Discorsi sul diritto canonico*, cit. p. 81: “(...) secondo me, generalia iuris principia del can. 20 non possono significare altro, nell’ordinamento canonico, che *ius naturale*: il puro e semplice richiamo all’aequitas canonica sarebbe stato sufficiente ad indicare il riferimento allo *ius naturale* e la sua applicazione ai singoli casi concreti non disciplinati da una norma né disciplinabili mediante il procedimento proprio dell’analogia sia leges sia iuris”.

<sup>105</sup> Sobre la aplicación de este principio, incluso en lo referente al concepto *canónico* de equidad, puede consultarse BAURA, E., «Interpretación de la ley y equidad canónica en el arte jurídico», en *Ius et iura. Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del profesor Juan Fornés*, Granada 2010, pp. 87-101.

<sup>106</sup> Etimológicamente significa unidad, igualdad y, por ello, justicia en cuanto que esta última consiste esencialmente en la igualdad, así MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, cit. p. 253.

La equidad ha sido siempre vista como la aplicación benévola de la ley por parte de la autoridad pública, es decir como el rigor del derecho moderado o templado por la dulzura de la misericordia (VAN HOVE, A., *De legibus ecclesiasticis*, cit. n. 267 p. 275), definición a la que corresponde aquella dada por Enrique de Susa: “*aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*” (cf. HENRICI A SEGUNSIUS CARDINALIS HOSTIENSIS, «De dispensationibus», en *Summa Aurea*, Lugduni 1556, L. V n. 1 f. 430 vb).

Véanse también los dos significativos discursos del Papa PABLO VI a los Prelados Uditores de la Rota Romana (cf. PAULUS PP. VI, «Allocutio “*Siamo lieti*”, 29.1.1970», en *AAS* 62 (1970) n. 1 p. 112, y ID., «Allocutio “*Vivissima gioia*”, 8.2.1973», en *AAS* 65 (1973) pp. 95-96).

Interesante por la amplitud de la tratación y la bibliografía indicada en COLOMBO, G. M., *Sapiens aequitas: l’equità nella riflessione canonistica tra i due Codici*, Roma 2003, pp. 417ss. BAURA, E., «Equidad canónica», en *Diccionario General de Derecho Canónico* 3, ed. OTADUY, J.-VIANA, A.-SODANO, J., Cizur Menor 2012 (= *DGDC*), pp. 649-655.

<sup>107</sup> BAURA, E., «Interpretación de la ley y equidad canónica en el arte jurídico», cit. p. 87: “La concepción actualmente predominante del arte jurídico es aquella que ve en el jurista al encargado



no es suficiente la sola equidad natural<sup>108</sup>, sino que es necesario informar todo el procedimiento lógico con la equidad *canónica*; es decir, aquella equidad propia del ordenamiento canónico, que, como ya se ha subrayado, tiene por ley suprema la salvación de las almas y, por lo tanto, si es un deber social y político para la comunidad civil, lo es mayormente para la comunidad religiosa, la Iglesia<sup>109</sup>, siendo connatural al orden eclesial; también bajo este aspecto se diferencia profundamente del ordenamiento estatal. Por ello el c. 19 habla de *equidad canónica*, que tiene que tener y de hecho tiene mayor apertura, ductilidad, moderación, tolerancia que la civil. Representa, pues, un principio superior ético-jurídico, que, huyendo del rigorismo formalístico, hace más mite y humana la interpretación y la aplicación de la ley<sup>110</sup>.

La equidad canónica –que expresa en substancia un sentido superior de justicia, fruto y expresión de la caridad– desarrolla su función no solamente en presencia de lagunas legislativas verdaderas y propias, sino también en la interpretación y aplicación de las leyes en general. La *equidad* está, pues, entre las instituciones más características del derecho canónico denotando la elasticidad y

de aplicar (‘automáticamente’) la ley, hasta el punto que la equidad es vista como algo excepcional y en sí misma problemática, casi como si estuviese fuera de la esfera de la juridicidad. Sin embargo, en una tradición que se remonta a la cultura greco-romana, se entiende que lo propio del jurista es la *iuris-dictio*, no en el sentido de poder, sino en el etimológico de ‘decir’, indicar cuál es el derecho de cada uno, o sea, qué es lo que pertenece a cada uno, en qué medida y, por tanto, cuál es la solución del caso que se presenta. El jurista, en efecto, es el experto en identificar lo justo, el experto en justicia. La pericia característica del jurista consiste en un saber práctico prudencial que lleva a determinar la solución justa ante una duda de derecho, sabiendo armonizar el rigor de la ley con las exigencias de justicia del caso concreto”.

<sup>108</sup> CAPPELLO, F. M., *Summa Iuris Canonici* 1, Romae 1945, p. 71: “Aequitas canonica propria non est idem ac aequitas naturalis”.

<sup>109</sup> La *aequitas*, definida *sapiens* por el tercero de los principios que han guiado la revisión del Código vigente, expresa el espíritu más profundo de la legislación eclesial, confiriendo asimismo un rostro peculiar a la búsqueda de justicia, que aparece como una verdadera y propia sabiduría; entendida como justicia en el caso concreto e individual según la filosofía del derecho, definida por la tradición canonística como justicia moderada por la misericordia, permanece una de las más altas aspiraciones del corazón humano para que más allá de la forma de la justicia legal, se pueda hacer referencia a la verdad de la justicia substancial.

<sup>110</sup> El excesivo rigorismo, en efecto, deforma la ley y falsifica el sentido de la justicia, según el sabio aforismo romano transmitido por Cicerón: «Summum ius summa iniuria» (*De officiis*, I, 10), al que responde la máxima bíblica en la traducción de la Vulgata: «Noli esse iustus multum» (*Eccl.* 7, 17).



adaptabilidad del mismo en las más variadas circunstancias<sup>111</sup>. Por otra parte, la *aequitas* está, desde antiguo, en estrecha relación con la epiqueya, al punto que han sido siempre identificadas entre ellas<sup>112</sup>. *Epikèia* y *aequitas canonica* son de gran importancia en el ámbito de las normas humanas y puramente eclesiales, pero no pueden ser aplicadas en el ámbito de normas, sobre las cuales la Iglesia no tiene algún poder discrecional<sup>113</sup>.

Junto a la *analogia iuris* es necesario recordar otros conceptos fundamentales en la operación de suplencia de las lagunas de ley, la *ratio iuris*, el *spiritus iuris* y las *regulae iuris*. Por *ratio iuris* se entiende el complejo de los principios fundamentales de cualquier legislación, y por lo tanto, así como ése ha dirigido e impregnado la obra creadora del legislador en la elaboración de las leyes, del mismo modo debe inspirar y dirigir la obra integradora del juez o del superior al suplir el silencio de la ley en el caso concreto; obviamente, la norma supletiva se infiere del principio y no al contrario<sup>114</sup>. La *regula iuris* se pone de relieve cuando un principio jurídico es compendiado en una fórmula verbal breve y concisa<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> Entre otros autores, DEL GIUDICE, V., *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, Perugia 1926; CARON, P. G., *Aequitas romana, misericordia patristica ed epicheia aristotelica. Dottrina dell'aequitas canonica*, Milano 1971; POMPEDDA, M. F., «L'equità nell'ordinamento canonico», en *Studi di diritto processuale canonico*, Milano 1995, pp. 243-282; D'AGOSTINO, F., *Dimensioni dell'equità*, Torino 1977. Sobre la dispensa vd. BERLINGÒ, S., *La causa pastorale della dispensa*, Milano 1978; BAURA, E., *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997.

<sup>112</sup> El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* indica el origen de la voz epiqueya en el término griego ἐπιείκεια, equidad, y expone su significado afirmando que es *la interpretación moderada y prudente de la ley, según las circunstancias de tiempo, lugar y persona*.

<sup>113</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., «*Applicazione di aequitas et epikeia ai contenuti della Lettera della Congregazione per la Dottrina della Fede del 14 settembre 1994*», en *Sulla pastorale dei divorziati risposati*, Città del Vaticano 1998, pp. 88-98.

<sup>114</sup> Cf. MARCUZZI, P. G., *Note di commento al Libro I del Codice...*, cit. pp. 250-251.

<sup>115</sup> D. 50, 17, 1: "Regula est, quae rem quae est breviter enarrat; non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat; per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est quae simul cum in aliquo vitiosa est, perdit officium suum".

Las *regulae iuris*, o máximas jurídicas en lengua latina, encerraban reglas, principios y dogmas, es decir una verdad fundamental del derecho y se distinguían de los *brocardos* en cuanto las primeras eran máximas contenidas en las fuentes del derecho romano, mientras que los brocardos eran elaboraciones sucesivas, propias del magisterio de los juristas medievales. A propósito de la genealogía de las *regulae iuris*, forma y obtención de los primeros principios y su función, cf. SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946.



### 3.2.3. La *iurisprudentia* y la *praxis Curiae Romanae*

Los medios de suplencia *iurisprudentia* y *praxis Curiae Romanae* constituyen el modo con el que la Curia Romana<sup>116</sup> acostumbra a tratar las causas, respectivamente por vía judicial y administrativa, según cada uno de los organismos en que se articula la Curia, pero de particular incidencia en cuanto a las funciones de gobierno universal son las dos más tradicionales; es decir, los tribunales, que operan en el campo estrictamente judicial, y las congregaciones, que actúan en el campo ejecutivo y legislativo.

La referencia a la jurisprudencia y a la praxis de la Curia Romana entre las fuentes supletorias del derecho acerca el sistema canonístico al de la *common law*, aunque con aspectos específicos, en cuanto que para el derecho de la Iglesia no constituyen fuente integradora todos los precedentes de cualquier tribunal, sino solo la jurisprudencia de los tres tribunales apostólicos<sup>117</sup>.

En cuanto a la *iurisprudentia*, ésta consiste en el conjunto de las decisiones de los jueces de los tribunales apostólicos relativas a una determinada materia<sup>118</sup>. La

<sup>116</sup> La noción de Curia Romana está contemplada en CIC c. 360 y IOANNES PAULUS PP. II, «Constitutio Apostolica "Pastor Bonus" de Romana Curia, 28.6.1988», in *AAS* 80 (1988) art. 1 p. 859.

<sup>117</sup> Cf. FRANSEN, G., «La valeur de la jurisprudence en droit canonique», en *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 de octubre de 1976* 1, Pamplona 1976, pp. 197-212; FINOCCHIARO, F., «La giurisprudenza nell'ordinamento canonico», en *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 de octubre de 1976* 1, pp. 989-1007; MONTINI, P., «La giurisprudenza dei tribunali apostolici e dei tribunali delle chiese particolari», en *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, ed. ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA, Città del Vaticano 1996, pp. 123-124; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., «Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico», en *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, ed. ARRIETA, J. I.- MILANO, G. P., Città del Vaticano 1999, pp. 391-415. DE PAOLIS, V., «La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali», en *Periodica de re canonica* 98 (2009) pp. 463-483. BAURA, E., «Riflessioni sul valore canonico della giurisprudenza», en *Iustitia et iudicium. Studi in onore di Antoni Stankiewicz* 3, ed. KOWAL, J.- LLOBELL, J., Città del Vaticano 2010, pp. 1387-1406; IANNONE, C., *Il valore della giurisprudenza nel sistema giuridico canonico*, Roma 2012.

<sup>118</sup> La intervención jurisprudencial con miras a la integración de las disposiciones legislativas y a colmar eventuales carencias o lagunas es recordada por el Romano Pontífice Juan Pablo II en varias alocuciones a la Rota Romana. El 23 de enero de 1992 se expresaba en este modo: «Ancora e proprio nell'ambito della interpretazione della legge canonica, particolarmente ove si presentano o sembrano esservi «lacunae legis», il nuovo Codice -esplicando nel canone 19 ciò che poteva essere desumibile anche dall'omologo canone 20 del precedente testo legislativo- pone con chiarezza il principio per cui, fra le altre fonti suppletorie, sta la giurisprudenza e prassi della Curia Romana. Se poi restringiamo il



jurisprudencia constituye el conjunto de reglas de interpretación (*latissimo sensu*) del lenguaje del derecho; es una herramienta hermenéutica, una disciplina para interpretar los textos jurídicos; de simple gramática jurídica en su origen, pasó a ser regla de pensar en derecho<sup>119</sup>. No se limita, pues, a determinar el significado de algunos vocablos del lenguaje del derecho, sino su ocurrencia lógica dentro de un sistema de *praecepta* y su adecuada aplicación y, determinando lo que dice el derecho, constituye la herramienta indispensable para calcular las consecuencias en caso de aplicación del derecho; es por ello una herramienta de la razón práctica, de la *prudentia*: la *prudentia iuris*, la manera de razonar qué hacer en derecho.

La *praxis*, en el modo normal de proceder de los órganos administrativos de la Curia Romana en determinados casos, hace pues referencia a actividad de tipo administrativo<sup>120</sup>. Ambas, *iurisprudencia* y *praxis*, deben ser tales que no comprendan una obligación jurídica, ya que son simplemente un instrumento para suplir una laguna de ley en un caso concreto y siempre que se trate de una controversia a la que dar solución. En síntesis, no constituyen una ley y tampoco una costumbre.

significato di tale espressione alle cause di nullità di matrimonio, appare evidente che, sul piano del diritto sostantivo e cioè di merito, per giurisprudenza deve intendersi, nel caso, esclusivamente quella emanante dal Tribunale della Rota Romana. In questo quadro è quindi da intendere anche quanto afferma la Costituzione *Pastor bonus*, ove attribuisce alla stessa Rota compiti tali per cui essa *unitati iurisprudentiae consulit et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio est*” [cf. IOANNES PAULUS PP. II, «Allocutio ad Romanae Rotae Iudices coram admissos, 23.1.1992», en *AAS* 85 (1993) p. 142]; véase asimismo ID., «Allocutio ad Romanae Rotae Iudices coram admissos, 29.1.1993», en *AAS* 85 (1993) pp. 1258-1260.

Cf. ARROBA CONDE, M. J., «Nuevas normas del Tribunal apostólico de la Rota Romana», en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* 12, ed. AZNAR GIL, F. R., Salamanca 1996, pp. 335-369. BEGUS, C., «Il ruolo della giurisprudenza nell’art. 126 della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* e nelle Allocuzioni di Giovanni Paolo II al Tribunale della Rota Romana», en *Apollinaris* 86 (2003) pp. 521-523. Una crítica a la tesis de Arroba y Begus sobre la *armonía* de la jurisprudencia ha sido expuesta por DE PAOLIS, V., «La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali», *cit.*; también en ID., «La giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana e i tribunali locali», in *Quaderni dello studio rotale* 18 (2008) 131-165 (en particular 137-152).

<sup>119</sup> Cf. VON IHERING, R., *L’esprit du droit romain*, Paris 1877, I, pp. 3 ss (original *Geist des römischen Rechts*, trad. de O. Meuleare).

<sup>120</sup> Cf. PALAZZINI, P., «Le Congregazioni», en *La curia romana nella Cost. Ap. Pastor Bonus*, ed. BONNET P. A.- GULLO, C., Città del Vaticano, 1990, pp. 204-205.



### 3.2.4. La *communis et constans doctorum sententia*

La disposición del c. 19 mantiene vigente la reconocida función secular en la experiencia jurídica de la Iglesia de la *sententia doctorum*, es decir, de opiniones doctrinales que para ser admisibles tienen que ser comunes y constantes, revestidas de una pátina oficial y tradicional<sup>121</sup>. Se trata, pues, del último medio de suplencia de la ley contemplado en el c. 19: *communis et constans doctorum sententia*. La referencia a la doctrina, como medio integrador de la ley, confiere al ordenamiento canónico una ulterior y peculiar fisonomía que no se halla ni en los sistemas legislativos continentales ni en el anglosajón.

No es suficiente la opinión de un canonista cualquiera, para que sea considerada fuente integradora del derecho. Es necesario que se trate de doctrina que haya tenido acogida favorable dentro de la ciencia canonística y de la jurisprudencia; es decir, que sea doctrina prestigiosa, cualificada y experta, y, por tanto, considerada común y constante. Efectivamente, *común* y *constante* son los dos adjetivos que destacan y se requieren en la disposición del c. 19 y sobre los cuales se han registrado en el tiempo diferentes opiniones y definiciones<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> Cf. VITALE, A., «Il valore della “communis constansque doctorum sententia”», en *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, cit. p. 90.

<sup>122</sup> Sobre las diferentes acepciones del calificativo *communis*, véase SUAREZ, F., *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Neapoli 1877, Lib. VI, cap. 1, n. 6, p. 144, quien interpreta *communis* como unanimidad entre los doctores. El *Decretum Gratiani* hace referencia a *muchos doctores* en la *Glossa ordinaria ad verbum plures* (cf. *Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum una cum glossis*, Gregorii XIII Pont. Max. Iussu editum, Romae 1582, D. XIX, can. 6, p. 108). G. Michiels considera que para que la sentencia de los doctores deba ser asumida por el juez como norma supletoria, ésta debe ser unánime; mientras que puede ser asumida cuando es afirmada por un cierto número de doctores que tratan la cuestión ex professo y la prueban con sólidos argumentos (cf. MICHIELS, G., *Normae generales Iuris Canonici*, cit. pp. 636-637). En fin, L. Bender afirma que no bastan las opiniones expuestas, puesto que no es el significado usual o jurídico de *communis*: es necesario que la sentencia sea sostenida por un número tal de doctores que quienes piensan diferentemente constituyan una excepción (cf. BENDER, L., *Legum ecclesiasticarum interpretatio et suppletio*, cit. p. 299).

También para el adjetivo *constans* se han propuesto diversas opiniones. *Perseverans* es aquella sentencia que continúa válida en el tiempo no obstante las objeciones contrarias (cf. URRUTIA, F. J., *De Normis Generalibus Codicis Iuris Canonici*, Roma 1985-1986, p. 61). Otro autor sostiene que “doctrina dicitur constans, quae semper vigere perexerit, postquam communis evaserit” (cf. BESTE, U., *Introductio in Codicem quam in usum et utilitatem scholae et cleri*, Neapoli 1961, p. 89).



Sobre esta fuente, es necesario observar que en la Iglesia los doctores, juristas expertos, no tuvieron nunca, al contrario que en el derecho romano, la facultad de interpretar en modo auténtico las leyes, ni de proceder a la creación del derecho. Sus sentencias, sin embargo, lejos de no tener algún valor, de hecho, tuvieron siempre una valencia moral relevante, acompañada de gran estima, tanto que el *Hostiensis* pudo afirmar: “*Verum communis opinio semper sequenda est, nisi notorie male dicat, vel rationabiliter conuincatur*”<sup>123</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

El derecho es un ente integrado por una serie de elementos interconectados entre sí de manera ordenada que interactúan de manera dinámica haciendo obligatoria la adaptación de las normas a la situación jurídico-social actual por una cuestión de garantía de la justicia y la plenitud del derecho. No es sólo un conjunto de normas, al contrario, está integrado además por principios y valores de los cuales el operador jurídico se debe auxiliar para resolver las deficiencias que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico que afectan a su plenitud. El ordenamiento jurídico debe gozar de una armonía tanto interna como externa entre sus componentes, quienes deben nutrirse de forma recíproca para irse completando y actualizando, porque no constituye un sistema estático, al contrario, está siempre en estado constituyente porque las relaciones sociales son muy ricas, cambian con el devenir histórico. Por eso, atendiendo a las condiciones históricas y socioeconómicas de la sociedad y a la voluntad política, el ordenamiento jurídico debe establecer medios de solución para todo caso que se presente, sin dejar desamparada la pretensión de ningún ciudadano.

El derecho visto en su totalidad goza de plenitud porque dentro de él se encuentran las posibles soluciones para colmar los vacíos jurídicos; sin embargo, el ordenamiento jurídico carece de plenitud porque la ley, además de contener lagunas en su interior, no evidencia los métodos o las vías para darle solución.

Las lagunas de la ley son circunstancias fácticas que el legislador no previó, o normas inaplicables que padecen de imperfecciones legislativas, pero ambas

<sup>123</sup> Cf. HENRICUS HOSTIENSIS (DE SEGUSIO), *Lectura in Decretales Gregorii IX*, Lib. I, Glossa ad verbum *suo sensu*, X. I, t. 2, cap. 1, Venetiis 1581, f.7va.



situaciones merecen garantía jurídica porque lesionan la plenitud, la coherencia del ordenamiento jurídico y, fundamentalmente, la seguridad jurídica, lo cual deviene en una dificultad para los ciudadanos que acuden al derecho en busca de una solución justa que ampare sus derechos, haciéndose imprescindible de esta manera la búsqueda de soluciones a través del derecho supletorio.

El ordenamiento canónico, al igual que el estatal, es ciertamente un ordenamiento jurídico y, por lo tanto, dotado de todos los caracteres propios de los ordenamientos jurídicos. Y ello, no obstante que la Iglesia no es, a diferencia del Estado, realidad exclusivamente humana, visible, exterior, sino que en su misma naturaleza existe lo visible y lo invisible, lo humano y lo divino; y en cuanto ente hierocrático, encuentra su origen en la voluntad del divino Fundador, el cual, en el momento constitutivo, le indicó la finalidad que debía conseguir, es decir, la *salus aeterna animarum*, fin inmutable, fijo, no susceptible de ser sustituido por otras finalidades diferentes.

Este fin específico y característico, único, de la Iglesia, caracteriza igualmente su entera realidad jurídica. En particular, al examinar la temática de la suplencia de la ley eclesiástica, como se ha visto a lo largo de estas páginas, y por lo que atañe directamente, se trata de una disciplina perfectamente compatible, bajo el aspecto lógico-jurídico, con las inconfundibles especificidades del ordenamiento de la Iglesia. En dicho ordenamiento, en efecto, así como acontece también en los ordenamientos civiles, considerada la complejidad de la vida jurídica para cuya regulación se instituyen las leyes, pueden ser presentados a la atención del intérprete casos prácticos que no encuentran solución sobre la base de normas predefinidas: y ello a causa de la subsistencia, por una parte, de lagunas normativas derivadas de la naturaleza misma de la ley o de la *voluntas legislatoris*, y por otra, de posibles olvidos o descuidos. Esta normativa no es una innovación aportada a la legislación del 1983, pues ya existía una norma del mismo tenor del actual c. 19 en el Código de 1917 abrogado, en concreto en el c. 20, que representaba, al menos en el espíritu, la completa expresión de datos pertenecientes a la Tradición.

Evidentemente se trata de una temática que no puede ser en ningún modo confundida con la de la interpretación del derecho y de la cualificación de la *factispecies*<sup>124</sup>, puesto que, si el juicio relativo a cuál sea la norma aplicable a un

<sup>124</sup> Se pregunta José M. González del Valle dónde están los límites entre interpretación y suplencia, qué función tienen la analogía, los principios generales, la jurisprudencia, la praxis, etc.: ¿suplir la



caso práctico es un problema de interpretación, se debe considerar que una semejante cuestión puede ser resuelta según dos modalidades diversas: o sosteniendo que la *factispecies* concreta recae en el campo de aplicación de una determinada normativa; o bien considerando que no existe alguna norma aplicable a dicha *factispecies*.

Teniendo en cuenta la primera solución, el derecho no presentaría alguna laguna; viceversa, en la segunda, sí se presenta con lagunas. A menudo, ambas soluciones resultan practicables, por ello será tarea del intérprete juzgar si se encuentre o no en el ordenamiento un vacío, es decir, resolver el dilema de la oportunidad de recurrir a la disciplina de la suplicencia del silencio de la ley.

Al terminar este breve análisis se puede afirmar que la subsistencia, en el ámbito de la legislación canónica, de una peculiar disciplina relativa a la suplicencia del silencio de la ley parece, sin duda alguna, oportuna, teniendo en cuenta la no contestable juridicidad del ordenamiento de la Iglesia y, sobre todo, considerando la segura no completez de tal ordenamiento. En el derecho canónico es, efectivamente, pacífica la enseñanza que la ley, no siendo capaz de prever todas las situaciones que pueden verificarse, debe limitarse a legislar aquellas que se presentan con mayor frecuencia. Existe toda una serie de institutos como la dispensa y la equidad que se explican sólo ante la imposibilidad de prever mediante ley los múltiples casos de la vida. En la experiencia de la Iglesia está mucho más difundido el fenómeno de actuación espontánea del derecho (desde la *epikeia* a la pena *latae sententiae*) y mucho menos practicado el recurso a las sedes judiciales, sobre todo en la forma contenciosa, es decir, el recurso a aquellas instancias ante las cuales, en los ordenamientos estatales, se pone más frecuentemente el dilema de las lagunas<sup>125</sup>.

ley o interpretarla? La dificultad entre interpretación y derecho supletorio habría llevado a soslayar la cuestión; la suplicencia y la interpretación deberían deslindarse, pues el derecho supletorio —que presupone una laguna— haría referencia a cuestiones no de derecho sustantivo, sino de procedimientos o de ejecución. En relación con el derecho sustantivo, sin embargo, sólo cabría la interpretación, que puede ser creativa, extensiva o innovadora (cf. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., «Las lagunas en el ordenamiento canónico y jerarquía de las fuentes», en *Fidelium iura* 6 (1996) pp. 49-82).

<sup>125</sup> Cf. BERLINGÒ, S., «Laguna de ley», en *DGDC* 4, *cit.*, pp. 941-949.



