

PROCESO DE CREACIÓN Y EJECUCIÓN DEL DERECHO
DISCURRE DE UN NIVEL AL SIGUIENTE NIVEL
JERÁRQUICAMENTE INFERIOR.

VI

LA INTERPRETACIÓN

PROCEDIMIENTO INTELLECTUAL VINCULADO AL
PROCESO CREATIVO DEL DERECHO. EN EL TRÁNSITO
PROGRESIVO DESDE UN NIVEL SUPERIOR A OTRO
INFERIOR PREVISTO Y EL TIEMPO.

32. LA INTERPRETACIÓN: CUÁNDO ES PERTINENTE Y CUÁL ES SU OBJETO ?

De la idea de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, se derivan consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta constituye un procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero. En el caso más normal, el de la interpretación de la ley, se impone contestar a la pregunta de cómo, partiendo de la norma general de la ley, se obtiene, en su aplicación al caso, la correspondiente norma individual que es la sentencia o el acto administrativo. Hay, además, interpretación de la constitución en la medida en que hay que aplicarla —sea por el procedimiento legislativo, por la promulgación de reglamentos de urgencia o por cualesquiera actos previstos directamente por ella—, lo que implica llevarla a ejecución en los niveles inferiores. Y asimismo hay interpretación de las normas individuales, esto es, de las sentencias de los jueces, de las resoluciones administrativas, de los negocios jurídicos, etc., en definitiva, de todas las normas que precisen de ejecución, toda vez que el proceso de creación y ejecución del derecho discurre de un nivel al siguiente nivel jerárquicamente inferior.

33. RELATIVA INDETERMINACIÓN DEL NIVEL JURÍDICO INFERIOR RESPECTO DEL SUPERIOR

La relación entre el nivel superior y el inferior en un ordenamiento jurídico, como la que existe entre la constitución y la ley o entre esta y la sentencia judicial, es una relación de determinación o vinculación; como

¿CÓMO SE APLICAN LAS NORMAS GENERALES SE OBTIENE
UNA NORMA CONCRETA

NORMA SUPERIOR REGULA NO SOLO EL PROCEDIMIENTO DE CREACION DE NORMA INFERIOR SINO TAMBIEN SU CONTENIDO.

TEORIA PURA DEL DERECHO

ya se ha expuesto, la norma de nivel superior regula el acto por el que se crea la norma de nivel inferior (o bien, si ese es el caso, el acto de ejecución) y establece no solo el procedimiento en virtud del cual se genera la norma inferior sino también, eventualmente, el contenido de la misma.

Ahora bien, dicha determinación no es nunca completa. Es imposible que la norma superior concrete absolutamente todos los aspectos del acto que la aplica. Siempre quedará un cierto espacio, a veces amplio y a veces menos amplio, para la discrecionalidad, de manera que la norma superior será solo —en relación con el acto de creación normativa o de ejecución que la aplica— un marco que es necesario completar por medio de dicho acto. Incluso una orden que regule aspectos muy concretos tendrá que dejar en manos de quien haya de ejecutarla la determinación de ciertos detalles. Si el órgano A emite el mandato de que el órgano B arreste al individuo C, el órgano B tendrá que decidir a su criterio cuándo, dónde y cómo quiere dar cumplimiento a esa orden de arresto; decisiones estas que dependen de circunstancias externas que no ha previsto el órgano que dio la orden de arresto y que en gran medida no ha podido prever.

34. INDETERMINACIÓN INTENCIONADA DEL NIVEL INFERIOR

De lo expuesto se deduce que todo acto jurídico —sea un acto de creación de derecho o un acto de pura ejecución— realizado en aplicación de una norma sólo en parte está determinado por dicha norma y, por tanto, está también en parte indeterminado. Esta indeterminación puede referirse lo mismo al hecho condicionante que a la consecuencia jurídica condicionada, o sea, tanto al porqué como al qué del acto que la norma prevé. La indeterminación puede ser abiertamente intencionada, lo que significa que en tal caso esa indeterminación forma parte de la intención del órgano que ha impuesto la norma superior. Por eso, cundo se emite una norma general se hace siempre —teniendo en cuenta su naturaleza— al amparo de la suposición de que la norma individual que se cree como ejecución de aquella dará continuidad al proceso de determinación del sentido en los sucesivos niveles normativos. Lo mismo sucede en caso de delegación. Una ley de sanidad conmina con ciertas sanciones a que, debido a la irrupción de una epidemia, los habitantes de una ciudad adopten ciertas medidas de prevención destinadas a evitar la propagación de la enfermedad. Se habilita a las autoridades administrativas a que tomen diversas medidas en función de las distintas enferme-

EJEMPLO / LEY PENAL

dades. La ley penal prevé, para determinado delito, una pena pecuniaria o una pena privativa de libertad, dejando a la discrecionalidad del juez la decisión en el caso concreto a favor de una u otra y asimismo la fijación del grado de la sanción, para lo cual establece un límite superior y otro inferior.

35. INDETERMINACIÓN NO INTENCIONADA DEL NIVEL JERÁRQUICO INFERIOR

- D. Pluralidad de significados

La indeterminación del acto jurídico puede ser también una consecuencia no intencional de la propia naturaleza de la norma que el acto en cuestión debe ejecutar. Esto puede suceder, en primer lugar, debido a la pluralidad de significados que puede tener una palabra o la sucesión de palabras en que la norma viene expresada; el significado de la norma no será unívoco, de modo que quien tenga que aplicarla se encontrará entre diversas significaciones posibles. La misma situación tendrá lugar siempre que el encargado de aplicar la norma crea posible suponer alguna discrepancia entre el tenor literal de la norma y la voluntad de la autoridad que la ha emitido de modo que quede sin decidirse cómo concretar cuál sea dicha voluntad. Si se considera que se dan discrepancias habrá que hacer posible la indagación de la voluntad acudiendo a fuentes distintas a la expresión literal de la norma. La jurisprudencia tradicional reconoce generalmente que entra dentro de lo posible que la llamada «voluntad del legislador» o la intención de las partes en un negocio jurídico no estén en consonancia con las palabras emitidas al promulgarse la ley o al celebrar el negocio. La discrepancia entre la voluntad y la declaración puede ser total o parcial. Es parcial siempre que la voluntad del legislador o la intención de las partes estén en consonancia cuando menos con una de las diversas interpretaciones que es posible atribuir a la literalidad de la norma. Por último, la indeterminación del acto jurídico que hay que realizar en base a una norma puede ser también consecuencia del hecho de existir dos normas con pretensión de validez simultánea (por ejemplo, por estar ambas en la misma ley) pero que, sin embargo, se contradicen recíprocamente de manera total o parcial (antes se ha tratado la cuestión de cómo se mantiene la unidad del ordenamiento jurídico en caso de conflicto entre una norma superior y otra inferior, o sea, en caso de que se plantee el problema de una norma «antinormativa»).

SENTENCIA ES SOLO UNA DE LAS NORMAS
INDIVIDUALES POSIBLES DENTRO DEL MARCO DE LA NORMA GENERAL

36. LA NORMA COMO MARCO ABIERTO
A VARIAS POSIBILIDADES DE EJECUCIÓN

En todos estos casos de indeterminación—intencional o no intencional— del nivel normativo inferior, se ofrecen a la ejecución varias posibilidades. El acto jurídico de aplicación puede configurarse de tal modo que resulte adecuado a uno u otro de los significados lingüísticos de la norma, a la voluntad—determinable en algún modo— de la autoridad que la ha emitido, al tenor literal de las palabras emitidas por esta, a una u otra de las dos normas mutuamente contradictorias, o a ninguna de estas dos normas por entenderse que se derogán recíprocamente. En todos estos supuestos la norma que hay que aplicar constituye un marco dentro del cual se ofrecen varias posibilidades de ejecución que son conformes con la norma siempre que se mantengan dentro de dicho marco, esto es, si lo completan en alguno de los sentidos posibles.

Entendiendo por «interpretación» la fijación del sentido de la norma aplicable, el resultado de esa actividad es simplemente la determinación del marco que representa la mencionada norma y, por consiguiente, el conocimiento de las diversas posibilidades que se dan dentro de dicho marco. En consecuencia, la interpretación de una ley (no tiene) por qué conducir necesariamente a que se considere como correcta una única decisión, sino que posiblemente conducirá a varias, todas ellas con el mismo valor en la medida en que se ajusten a la norma aplicable pero, sin embargo, tan solo una de ellas se convertirá en derecho positivo por medio del acto que dicte la sentencia judicial. Que una sentencia judicial se fundamenta en la ley significa en verdad tan solo que se mantiene dentro del marco que la ley representa, no significa que dicha sentencia sea la norma individual, es tan solo una de las normas individuales posibles dentro del marco de la norma general.

A pesar de todo esto, la jurisprudencia tradicional cree que de la interpretación se puede obtener no solo la fijación del marco para el futuro acto prescrito sino que también espera de ella que cumpla otra tarea, a la que propende a considerar como la principal. Esta tarea consiste en que la interpretación desarrolle un método que permita completar de un modo correcto el mencionado marco. La doctrina dominante de la interpretación pretende hacer creer que la ley, cuando se aplica al caso, puede proporcionar siempre una única decisión correcta y que la «corrección» jurídico-positiva de la decisión se fundamenta en la propia ley. Esta doctrina se representa el proceso interpretativo como si se tratase de un acto intelectual de clarificación o de comprensión, como si el intérprete solo tuviera que poner en marcha su intelecto, y no su volun-

NO ES POSIBLE PROPORCIONAR UNA ÚNICA DECISIÓN CORRECTA, POR EL PROCESO INTERPRETATIVO NO ES UN ACTO INTELLECTUAL DE CLARIFICACIÓN O COMPRENSIÓN.

HAY INTELIGENCIA Y VOLUNTAD.

LA INTERPRETACIÓN

ad, y como si mediante una actividad de mera intelección fuera posible seleccionar —de entre las varias posibilidades— una que sea conforme al derecho positivo, o sea, una que sea correcta en el sentido del derecho positivo.

37. LOS DENOMINADOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS.

Hay que subrayar, sin embargo, que desde una perspectiva centrada en el derecho positivo no existe un criterio sobre cuya base una de las posibilidades aplicativas en el marco de la norma aplicable sea preferible a las demás. No existe un método —calificable de jurídico-positivo— que permita señalar como «correcta» a una de entre las diversas significaciones lingüísticas que tenga una norma (aceptando, por supuesto, que son varios los sentidos posibles de la norma, lo que sucede también en virtud de las conexiones que dicha norma tenga con las demás disposiciones de la ley y del ordenamiento jurídico). A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional, hasta el día de hoy no se ha conseguido una solución objetiva que resuelva el conflicto entre la voluntad y la expresión lingüística (la declaración) eligiendo entre una u otra. Desde el punto de vista del derecho positivo tiene absolutamente el mismo valor atenerse a la supuesta voluntad del legislador, desatendiendo el tenor literal, que atenerse estrictamente a la expresión literal sin preocuparse de la voluntad del legislador, problemática la mayor parte de las veces. En el supuesto de que dos normas simultáneamente válidas se contradigan mutuamente, las tres posibilidades lógicas de aplicación del derecho antes mencionadas se sitúan en un plano de igualdad. Constituye un esfuerzo inútil querer encontrar el fundamento que permita considerar una de ellas como «jurídica», con exclusión del resto. Los habituales medios de interpretación del argumento a contrario y de la analogía carecen en absoluto de valor, lo que se desprende del hecho de que ambos argumentos conducen a resultados opuestos, no habiendo un criterio en virtud del cual se pueda decidir cuándo haya que aplicar uno u otro. Por su parte, el principio de ponderación de intereses no es más que una formulación más del problema, pero en modo alguno una solución al mismo, ya que no suministra una pauta objetiva que permita proceder a la comparación entre los diversos intereses opuestos ni a cómo decidir los conflictos que se den entre esos intereses. Esa pauta no puede obtenerse ni de la norma que se interpreta, ni de la ley que la contiene, ni del conjunto del ordenamiento jurídico, tal como supone la doctrina de la denominada ponderación de los intereses. La razón de ello está en que la necesidad

Ponderación

—DTS HAY solución entre sentido literal o voluntad (de la ley)
NO EXISTE MÉTODO (JURÍDICO-POSITIVO) QUE PERMITA SEÑALAR COMO «CORRECTA» A UNA DE ENTRE DE UN DIVERSAS SIGNIFICACIONES LINGÜÍSTICAS POSIBLES.

de la interpretación se desprende del hecho de que la norma aplicable y el sistema de las normas dejan abiertas varias posibilidades, lo que significa que no contienen una decisión sobre cuál sea, en el juego de intereses presentes, el que tiene mayor valor. La decisión sobre ello, la ordenación jerárquica de los intereses, es una tarea que queda más bien encomendada a un nuevo acto de creación normativa — por ejemplo, a la sentencia del juez —.

→ CONOCIMIENTO O VOLUNTAD

⇒ 38. LA INTERPRETACIÓN COMO ACTO DE CONOCIMIENTO O COMO ACTO DE VOLUNTAD

El pensamiento que subyace a la doctrina tradicional de la interpretación es que la norma superior no suministra la determinación del acto aplicativo prescrito por ella, pero puede obtenerse de algún modo gracias al conocimiento del derecho vigente. Es este pensamiento absolutamente contradictorio y constituye un autoengaño que se da de bruce con la idea de la posibilidad misma de toda interpretación. La cuestión de cuál de entre las posibles en el marco de la norma sea la «correcta» no es en absoluto una cuestión dirigida al conocimiento del derecho positivo. No es una cuestión de teoría del derecho sino de política jurídica. Conseguir, a partir de la ley, la sentencia judicial o el acto administrativo correctos, es una tarea que es esencialmente la misma que la consistente en promulgar la ley correcta dentro del marco de la constitución. No hay posibilidad de obtener leyes correctas por medio tan solo de la mera interpretación de la constitución, como tampoco es posible conseguir sentencias correctas por medio de la interpretación de la ley. Ciertamente hay una diferencia entre ambos supuestos, pero se trata solo de una diferencia cuantitativa y no cualitativa; consiste en que, desde una perspectiva material, la vinculación del legislador es mucho menor que la del juez, siendo el primero mucho más libre que el segundo a la hora de crear derecho. Ahora bien, el juez también crea derecho y asimismo es relativamente libre en el desempeño de su función. Justamente por eso, la función consistente en obtener la norma individual por el procedimiento de ejecutar la ley, permitiendo así llenar de contenido el marco de la norma general, es una función de la voluntad. Los comentarios «científicos» en los que se apoya la actividad aplicativa de la ley son de naturaleza absolutamente político-jurídica. Constituyen propuestas que hay que consultar de cara a la actividad legislativa, intentos de influir en la función creadora del derecho que es propia de los tribunales y de las autoridades administrativas. En la medida en que la actividad cog-

JUEZ (MUCHO) LIBRE A EL LEGISLADOR POR LA LEY DERECHO
PERO TAMBIÉN (CREA DERECHO) → OBTIENE NORMA INDIVIDUAL

noscitiva puede tener su lugar en la aplicación de la ley —además de la necesaria determinación del marco dentro del cual ha de mantenerse el acto aplicativo—, dicha actividad no consiste en el conocimiento del derecho positivo, sino en el conocimiento de otras normas que pueden confluir en el proceso de creación jurídica, tales como las normas de la moral, de la justicia, juicios sociales de valor designados habitualmente con expresiones como «bien del pueblo», «interés estatal», «progreso», etc. Desde la perspectiva del derecho positivo es imposible afirmar nada sobre su validez o sobre cómo concretar su contenido. Desde este punto de vista, semejantes disposiciones solo pueden ser caracterizadas de esta manera negativa: se trata de disposiciones que no proceden del derecho positivo. En su relación con este, la realización del acto jurídico es libre, queda a la libre discreción de la instancia llamada a realizarlo, a menos que sea el propio derecho positivo el que delegue en alguna norma metajurídica como la moral, la justicia, etc., en cuyo caso estas últimas se transforman en normas jurídico-positivas.

39. LA ILUSIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA *

La concepción que defiende que la interpretación consiste en conocimiento del derecho positivo y que, por tanto, es un procedimiento para obtener nuevas normas partiendo de las ya vigentes, constituye el fundamento de la denominada jurisprudencia de conceptos, la cual también es rechazada por la teoría pura del derecho. La teoría pura destruye la opinión que defiende que es posible producir nuevas normas jurídicas por la vía cognoscitiva. Esta opinión tiene su origen en la necesidad de concebir el derecho como un ordenamiento consolidado regulador de todos los aspectos del comportamiento humano y especialmente de la actividad de los órganos aplicadores, ante todo la de los tribunales, de tal manera que la función de estos y, por tanto, también la interpretación son consideradas como tareas de descubrimiento de normas ya existentes de antemano. En esto consiste la ilusión de la seguridad jurídica, que la concepción tradicional del derecho —consciente o inconscientemente— se esfuerza por mantener en pie.

40. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

A la interpretación se le atribuye un papel especial en la integración de las lagunas legales. Ahora bien, no existen auténticas lagunas. A esta expresión se le da el sentido de que no es posible decidir un conflicto jurí-

dico de acuerdo a las normas vigentes al no poder aplicar la ley, debido, como se suele decir, a que esta carece de un precepto que se refiera a la cuestión planteada. Todo conflicto jurídico consiste en que una parte plantea una pretensión contra otra. La decisión será favorable o contraria a la pretensión, y dependerá de que la ley —esto es, la norma válida y aplicable al caso— imponga o no el deber jurídico pretendido. No hay una tercera posibilidad. Siempre será posible adoptar una decisión, y siempre lo será tomando a la ley como fundamento, esto es, aplicándola. El ordenamiento jurídico también es aplicado cuando la decisión rechaza la pretensión, ya que, al obligar a los individuos a observar determinadas conductas, garantiza asimismo la libertad para quienes no se ven afectados por los deberes jurídicos. Frente a quien reclama de otro individuo una conducta no impuesta por el ordenamiento vigente, este reconoce y garantiza a dicho individuo el «derecho» a no realizarla —entendiendo aquí el término «derecho» en el sentido de libertad jurídicamente garantizada—. El ordenamiento jurídico no contiene solo la norma según la cual es obligatorio realizar determinada conducta —al establecer la negación de esa conducta como condición de una específica consecuencia jurídica—, también contiene la norma que proclama que los individuos son libres de hacer o de no hacer todo aquello a lo que no están jurídicamente obligados. Es esta norma negativa la que es aplicable siempre que se decide desestimar una pretensión dirigida a que se realice una conducta que no constituye un deber.

A pesar de todo, se sigue hablando de la existencia de lagunas en ciertos casos, lo cual no significa —como la expresión erróneamente sugiere— que se considere que es lógicamente imposible llegar a una decisión por carecer de una norma aplicable. Significa solo que la instancia competente para aplicar el derecho estima que la decisión lógicamente posible favorable o contraria a la pretensión, es muy inadecuada o muy injusta, tanto, que dicha instancia se inclina a favor de la hipótesis de que el legislador no pensó en absoluto en ese supuesto y que, si hubiera pensado en él, lo habría regulado de manera diferente a como ha de decidirse si se aplica estrictamente la ley. Esta hipótesis puede ser acertada o no. La mayoría de las veces no es posible probarla. Es además estéril si se atiende al deber constitucional de aplicar la norma que de hecho el legislador ha promulgado, y no la que supuestamente habría promulgado. También hay que aplicar la ley que sea mala desde la perspectiva del órgano aplicador; esto es así sin que sea preciso aludir a que lo que uno tiene por malo el otro lo da por bueno. La denominada «laguna» no es en definitiva otra cosa que la diferencia que se da entre el derecho positivo y un orden jurídico contemplado por alguien como mejor, como

LAGUNA => ES UNA DISCREPANCIA, LO Q' OCURRE REALMENTE
APLICADOR (JUST) PRETENDIENDO COMPLETAR ORDEN JURIDICO,
MODIFICA O SUSTITUYE UNA NORMA PARA ADAPTARLA A LO
Q' CONSIDERA JUSTO. ≠ DERECHO POSITIVO Y EL DCHO. AL
QUE SE ASPIRA

más justo o más correcto. Al confrontar dicho orden con el derecho posi-
tivo se detecta en este una carencia y de ese modo se sostiene que existe
algo que puede ser una laguna. Ahora bien, desde el momento en que se
comprende la naturaleza de las lagunas se hace evidente que no pueden
resolverse por medio de la interpretación. Esta no tendría entonces la
función de hacer aplicable la norma que hay que interpretar sino que,
por el contrario, tendría la función de descartar dicha norma como apli-
cable poniendo en su lugar otra norma mejor, más correcta, más justa.
En otras palabras, su función sería la de emitir la norma que se desea
aplicar. Bajo la apariencia de que se ha integrado o completado la norma
original, esta resulta derogada y sustituida por otra en el proceso de apli-
cación del derecho. Se recurre especialmente a esta ficción cuando por
cualquier motivo es difícil o imposible modificar legalmente normas de
carácter general. Por ejemplo, porque se trate de derecho consuetudina-
rio inmodificable por un procedimiento racional, o porque se tenga a las
leyes vigentes como de origen sagrado o divino, o porque por cualquier
otra circunstancia sea difícil o imposible poner en marcha el aparato le-
gislativo.

41. LAS DENOMINADAS LAGUNAS TÉCNICAS

Junto a las lagunas en sentido propio se suele distinguir también las
lagunas técnicas, que son aquellas cuya existencia e integración por
vía interpretativa se admite incluso por parte de quienes, desde una
perspectiva positivista, niegan la existencia de lagunas auténticas. Se
presentan siempre que el legislador no regule algo que tendría que ha-
ber regulado para hacer posible técnicamente la aplicación de la ley. En
contra de esto hay que afirmar que la denominada laguna técnica es
o bien una laguna en el sentido originario del término —esto es, la
diferencia entre el derecho positivo y el derecho al que se aspira— o
bien una indeterminación cuyo origen se encuentra en el carácter de la
norma como un arco abierto a distintas posibilidades. Por ejemplo, se
está ante el primer supuesto cuando la ley al regular el contenido obli-
gacional de la compraventa no haya —como suele decirse— previsto
nada sobre quién deberá soportar el riesgo en caso de que se destruya
la cosa vendida antes de la entrega sin culpa de ninguno de los con-
tratantes. Ahora bien, no es cierto que el legislador no haya previsto
«nada» a ese respecto; la verdad es que no ha previsto que el vendedor
pueda liberarse de la obligación de entrega de la mercancía o en su
caso de la obligación de entregar su equivalente en sustitución de la

SI HAYTE INDETERMINACION
NORMA COMO ARCO ABIERTO A DISTINTAS POSIBILIDADES

cosa; la previsión de estos extremos la considerará deseable quien afirme la existencia de una «laguna», pero no hay por qué pensar necesariamente así para conseguir que sea aplicable la ley. En efecto, puesto que la ley no exceptúa al vendedor de la entrega de la cosa, es evidente que está estableciendo que el vendedor soporte el riesgo. El segundo supuesto de laguna tiene lugar cuando, por ejemplo, la ley ordena que se cree un determinado órgano mediante votación, pero no regula el procedimiento para llevar a efecto dicha votación. Obviamente, esto significa que cualquier forma de votación —proporcional o mayoritaria, pública o secreta, etc.— será legal. El órgano habilitado para proceder a esa votación podrá determinar a su discreción el procedimiento para realizarla. De este modo, la concreción del procedimiento se traslada a una norma de nivel inferior. Otro ejemplo. Una ley prevé que un determinado órgano colegiado tiene que convocarse por su presidente para poder ejercer sus funciones y también prevé que el órgano colegiado elegirá a su presidente, pero no dice nada en absoluto sobre cómo ha de convocarse cuando aún no hay presidente. Si de esa norma no se deriva el sentido de que, no habiendo aún presidente, es legal cualquier forma de reunir al órgano colegiado, sino que se interpreta que el órgano tiene que convocarse necesariamente por su presidente aun cuando no lo haya, es evidente que no habrá manera de que pueda funcionar de acuerdo con la ley. Pero tampoco se podrá hablar entonces de la existencia de una «laguna». Pues la ley quiere que el órgano deba convocarse por su presidente aún cuando todavía no haya presidente. Si no hubiese prescrito nada a ese respecto, la reunión sería legal de cualquier forma que se hubiera producido. La ley regula algo que en sí mismo carece de sentido, cosa que no puede excluirse, pues las leyes son obra humana. Las normas, desde luego, pueden tener contenidos que no tengan sentido, y en tal caso no será posible que la interpretación se lo confiera ya que por medios interpretativos no es posible extraer de norma alguna lo que previamente no se halle contenido en ella.

42. LA TEORÍA DEL LEGISLADOR REFERENTE A LAS LAGUNAS

A tenor de lo expuesto, desde el punto de vista teórico no existen lagunas en la ley. No obstante, el legislador —movido por una concepción errónea— puede presuponer la existencia de «lagunas». Ahora bien, en ese caso las «lagunas» serán algo diferente a lo que el legislador considera. El legislador puede adoptar ciertas medidas—y de hecho no es infrecuente que lo haga— para aquellos casos en los que sea imposible

LEGISLADOR, MOVIDO X
CONCEPCIÓN ERRÓNEA, PUEDE PRESUPONER EXISTENCIA
DE LAGUNAS Y ADOPTAR MEDIDAS PARA SOLUCIONAR CASOS
EN QUE LEY NO PREVE SOLUCIÓN.

derivar una decisión a partir de la ley. Así lo ha hecho el parágrafo 6.º
del código civil austriaco y el parágrafo 1.º del código suizo. Este úl-
 timo señala al juez que, en caso de laguna, debe decidir como deci-
diría si fuera él el legislador, lo que significa la autorización para que
el juez decida, no según la ley, sino de acuerdo a su criterio en todos
los casos en que considere inaceptable la aplicación de la ley. El buen
 legislador no se puede permitir la renuncia a corregir la ley siempre
 que sea necesario y que se den determinadas circunstancias. Cuenta de
antemano que habrá supuestos fácticos que no ha previsto y que no
ha podido prever. Además, las normas que establece, por su carácter
general, no regulan sino los casos más frecuentes. Precisamente por
 estos motivos al legislador no le es posible referirse a todos los casos
 en los que quiere que en su lugar haga aparición el órgano aplicador
 pues, en caso contrario, podría prescindir de que este órgano le sustitu-
 yera. No le queda otro remedio, que ceder esta decisión a quien tenga
que aplicar la ley con el inevitable peligro de que, al hacerlo como de-
legado por el legislador, también decida casos respecto de los cuales
éste hubiese querido que se aplicara la ley tal como él la promulgó.
 Como es natural, con todo esto se pone en entredicho el principio de
 legalidad en la aplicación de las normas generales —dictadas para ser
 aplicadas por los tribunales y las autoridades administrativas— y asi-
 mismo se pone en cuestión la validez de dichas normas desplazándose
el peso principal, en la tarea de crear el derecho, del legislador general
al aplicador individual. A fin de limitar este peligro lo más posible, la
autorización que permite excluir la ley se formula de manera tal que
el aplicador de la misma no llegue a ser consciente del extraordinario
poder que de hecho se le otorga. Conviene que esté convencido de
 que únicamente le está permitido inaplicar la ley en los casos en que
 no deba aplicarla a causa de no ofrecer aquella ninguna posibilidad de
 aplicación. Conviene que esté convencido de que únicamente es libre
en aquellos casos en que le está permitido actuar como legislador, pero
sin que pueda decidir por sí mismo cuáles sean los casos en que haya
de ser así. Por medio de la ficción de la existencia de una «laguna» se le
oculta que, en realidad, es libre también en este segundo aspecto. La
 fórmula —consciente o inconscientemente falsa— produce el efecto
pretendido por el legislador, de que el aplicador haga un uso infrecuen-
te de la libertad conferida para inaplicar la ley al caso; pues solo en el
supuesto de grave divergencia entre la ley y lo que le dicta su propia
conciencia jurídica le parecerá que se encuentra ante una verdadera
laguna, es decir, ante un caso que el legislador no quiso regular, de tal
modo que faltaría la premisa lógica de la deducción que conlleva todo

acto de aplicación del derecho, acto que consiste en el paso de lo general a lo particular. Por tanto, lo que se denomina «laguna de la ley» constituye una fórmula típicamente ideológica. Cuando la aplicación de la ley —a juicio de quien ha de aplicarla— es inconveniente desde el punto de vista político, se la presenta como una imposibilidad desde la naturaleza lógico-jurídica.