

TRANSCRIPCION DE AUDIO DR. BULYGIN

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Bueno, hoy vamos a hablar acerca de las lagunas del derecho, lagunas en las que pese a su poca profundidad se ha ahogado más de un jurista.

¿Qué se entiende por una laguna del Derecho?

No es una laguna con agua, pero se puede ahogar en ella también.

En principio se entiende por lagunas las situaciones no reguladas por el Derecho.

¿Qué importancia tiene que haya situaciones no reguladas por el Derecho?

Ese es un poco el tema. Tiene mucha importancia. Y tiene importancia sobre todo a partir de unos 300 años.

Hace unos 300 años, fundamentalmente en el siglo XVIII en 1700 varios pensadores, a los que después se llamo pensadores de la Ilustración desarrollaron una serie de ideas tendientes a la organización jurídica y política del Estado, entre estas ideas hay algunas que son muy importantes y que siguen vigentes hoy día.

Entre otros: la idea de la soberanía popular, en vez de la soberanía en la persona del Rey, ahora se reemplaza de idea por una soberanía que reside en el pueblo. La idea, en segundo lugar, la idea de la democracia representativa: el pueblo gobierna a través de sus representantes, reunidos en un Parlamento, llámese Congreso, Cámara de Diputados, o como ustedes quieran, no importa el nombre. Pero es conjunto de representantes del pueblo, elegidos por el pueblo. Y en tercer lugar, y esto es lo que me interesa especialmente, la Doctrina de división de poderes. Fundamentalmente, la distinción entre Poder Legislativo, ejercido por el Parlamento en última instancia, por el pueblo a través de sus representantes; y el Poder Judicial ejercido por jueces profesionales, que no tienen representación política, pero que cumplen un rol muy definido.

La distinción entre el Poder Legislativo, el tercer Poder, el Poder Ejecutivo no lo voy a considerar, no tiene una gran importancia en este contexto.

El Poder Legislativo se encarga de crear el Derecho. Y el Poder Judicial aplica el Derecho a casos concretos. Esta idea sigue vigente hoy día también. Es una idea muy poderosa.

Por Derecho aquí en este contexto, se entiende el conjunto de normas generales. El Poder Legislativo dicta normas generales. ¿En qué sentido son normas generales?

Son normas que no se refieren a *Fulano ni Mengano*, sino que se refieren a clases de personas. Clases que pueden ser muy numerosos: todos los habitantes de un país, o menos numerosos: los habitantes de Mendoza, por ejemplo. O clases más o menos reducidas: los propietarios frentistas de la calle tal, o clases muy reducidos: los ministros del Poder Ejecutivo Nacional, que son pocos. Y puede ser incluso una sola persona: el actual Presidente de la República es un sólo individuo. Pero claro en el tiempo puede haber varios Presidentes sucesivos.

Entonces, las normas generales se refieren a conductas de individuos. No de individuos concretos. No mencionan a nadie por su nombre y apellido y su número de DNI, ni el nombre de sus padres, como hacen los escribanos que piden un montón de datos para identificar a alguien.

Las normas generales, en primer lugar, las leyes que dicta el Parlamento se refieren a clases de individuos. Dice: el comprador debe entregar el precio. ¿Quién es comprador? Ah, esto no se dice; "todo individuo que tenga la propiedad de ser comprador tiene la obligación de entregar el precio, y el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa vendida".

Entonces las normas generales, son generales en este sentido: no se refieren a conductas individuales, no se refieren a individuos, se refieren a clases de individuos. Clases más o menos numerosas.

Y el Poder Legislativo dicta normas generales. Dicta el Derecho, crea el Derecho.

¿Y qué hace el Poder Judicial? ¿qué hacen los jueces?

Los jueces tienen que resolver conflictos concretos. Entre individuos de carne y hueso, con nombre y apellido. "Fulano contra Mengano". "Fulano exige que Mengano le pague una suma de dinero, Mengano dice no yo no debo. Este conflicto tiene que resolver el juez. Pero no lo tiene que resolver de cualquier modo, lo tiene que resolver aplicando las normas generales creadas por el Congreso, por el Parlamento.

Es decir, el Parlamento, el Poder Legislativo crea normas generales, los jueces aplican éstas normas generales para resolver casos concretos, casos individuales, donde aparecen individuos.

El paso de una norma general a solución de un conflicto concreto esto es lo que tienen que realizar los jueces.

Pero a los jueces hay dos cosas que les están prohibidas.

Primero les está prohibido modificar el Derecho; el juez debe limitarse a aplicar las normas creadas por el Poder Legislativo, no modificarla; si las normas tiene algún defecto en todo caso el juez puede expresar su deseo que el legislador corrija el defecto, pero no puede modificarla. Le está prohibido modificar el orden jurídico, el Derecho.

Y por otro lado a los jueces les está prohibido no resolver el caso. El juez está obligado a resolver todo caso que se le someta, dentro de su competencia. Y si bien la competencia de cada juez es limitada; se divide la competencia entre los jueces en razón de materia, en razón de territorio, en razón de tiempo, etc., pero se supone que la competencia de todos los jueces es exhaustiva en el sentido de que para todo conflicto individual, para todo caso concreto siempre hay un juez competente que debe resolverlo y le está prohibido a los jueces no resolverlo.

Esto es un punto muy importante. En nuestro Código Civil dice expresamente: "El juez no puede dejar de fallar so pretexto o bajo pretexto, de silencio, insuficiencia u oscuridad de la ley". El juez no puede decir: el caso éste no está solucionado por el Derecho. No puede decir: lo que dice el Derecho es oscuro o es insuficiente. Tiene que resolver; y tiene que resolver aplicando el Derecho, lo cual implica que el Derecho tiene que ser completo, tiene que resolver todo, porque si el Derecho no fuere completo, si hubiese situaciones no reguladas por el Derecho, entonces el juez no estaría en condiciones de cumplir con sus obligaciones: resolver todos los casos que se le sometan y resolverlo conforme al Derecho.

Hay un presupuesto tácito, que el Derecho es siempre completo, y además de completo es consistente, en el sentido de que hay una y sólo una solución para cada problema jurídico. Esta idea de que el Derecho suministra siempre una solución para todo problema jurídico y sólo una solución, no puede haber más de una solución, por lo menos no puede haber dos o más soluciones incompatibles, es el presupuesto de la Doctrina y división de poderes; porque si no se cumplen éstas dos condiciones: que el Derecho sea completo y consistente o coherentes, los jueces no estarían en condiciones de cumplir con su cometido.

Esta idea fue desarrollada fundamentalmente por Montesquieu, pero por otros autores también, en el siglo XVIII, pero fue puesta en práctica a raíz de la Revolución Francesa y fundamentalmente por Napoleón.

La codificación Napoleónica fue una consecuencia ineludible de la Doctrina de división de poderes.

¿En qué consistió la codificación Napoleónica?

Consistió en crear un Derecho completo y coherente. Exactamente las exigencias que deben cumplirse para que los jueces puedan ejercer su cometido.

El intento de la codificación fue crear un conjunto de normas que resuelvan todos los problemas, por lo menos de un sector.

Los problemas jurídicos se dividen en distintos sectores: Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Minero, Derecho Penal, etc. Y hay un conjunto de normas que resuelven todos los problemas que pueden plantearse en este campo, y este es un Código. En este sentido el Código Napoleón, absolutamente distinto de todos los Códigos o llamados Códigos que le precedieron, empezando por el Código de Justiniano y siguiendo por las XII Tablas en España o el Código de María Teresa, etc., etc. Porque todos éstos no eran Códigos en el mismo sentido, eran meras recopilaciones de leyes o de normas jurídicas.

El código de Justiniano recopila no solamente todas las leyes, los decretos del Emperador, también las decisiones de los tribunales de los Pretores, y opiniones de algunos juristas muy importantes y muy famosos, que eran cinco, cuyos dichos se consideraban confiables.

Napoleón hizo otra cosa muy distinta. Napoleón abolió todo el Derecho existente, tiro a la basura todas las normas jurídicas existentes y puso en su lugar el Código o los Códigos.

Por supuesto esto es una metáfora, no lo tiro del todo a la basura sino que recogió gran parte de las normas existentes y los plasmó en una forma ordenada en el Código Civil; fue el primero en sancionarse el Código Civil, el Código de Napoleón sigue vigente hoy día en Francia.

Y los demás Códigos que se dictaron en los distintos países son más o menos copias o reformulaciones del Código Civil Francés. Inclusive nuestro Código dictado en 1.870 y pico creo, no me acuerdo la fecha exacta, y que fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

El Código Civil de Francia, pretende, por lo menos esto era la idea de esos autores; autor no era Napoleón, Napoleón era General, pero era un General inteligente que encomendó la redacción del Código a los mejores juristas de su época, y estos juristas elaboraron un conjunto de normas con la pretensión de que suministren la solución para todos los casos posibles, para todos los problemas jurídicos y no más de una solución. Es decir es un conjunto de normas completo y coherente.

Bueno, una cosa es la aspiración y otra cosa es la realidad.

Y cabe preguntarse: ¿Es el Código Civil, el Código Napoleón completo y coherente?

Y bueno, con el tiempo empezaron a surgir problemas. Empezaron a surgir situaciones en las cuales no se veía claramente cuál es la solución que daba el Código, sea porque había dos soluciones incompatibles en distintas normas, sea porque ninguna norma se refería aparentemente a este caso.

Esto fue un shock para los juristas. En primer lugar para Napoleón.

Hay una anécdota, que cuando un juez resolvió interpretar el Código, para adaptarlo y para resolver el caso, Napoleón dijo: "mi Código está perdido; si los jueces empiezan a interpretar se acabo el Código".

No se si esta anécdota es verdadera pero refleja una actitud. Actitud que tenían los juristas frente al Código Napoleón. Un famoso civilista Blondé decía: "yo no enseño Derecho Civil, yo enseño el Código Napoleón", porque todo el Derecho Civil está en el Código Napoleón. Esta es la idea.

Los juristas adoptaron, esto es un fenómeno muy curioso, adoptaron actitudes muy diferentes. Algunos dijeron: "si claro como no va a haber lagunas en el Derecho, como un legislador humano, con su capacidad finita y capacidad de previsión del futuro finita puede prever todo, no puede prever".

Y claro, y uno esta pensando, caramba el código Napoleón se sancionó, creo que en 1804, no había ni electricidad, ni máquina a vapor, ni mucho menos computadoras, ni Informática, nada de eso, ¿cómo?, ni aviones; ¿como podían prever todos los problemas que surgen con todos esos inventos científicos?. Y hay una famosa frase de uno de los comentaristas del código napoleón De Moreau que dice: "siempre puede haber lagunas, porque el legislador no puede prever todo el futuro". Esta es una actitud que adoptaron los juristas.

Y la otra opuesta es que: "No, es un error, De Moreau está equivocado, el legislador no tiene que prever nada, el legislador no es un profeta, no es un conocedor del futuro; lo que hace el legislador es clasificar las situaciones", y las clasifica, dice por ejemplo: matar es un delito, merece tal pena; defraudar es un delito merece tal otra pena. Entonces el Código Penal es un catálogo que enumera un conjunto de delitos, no muchos, no llegan a 300. Entonces todo lo que yo necesito saber es cuáles son los 300 delitos. Cuando yo soy un juez y me presentan un caso penal, lo tengo que ver si la conducta del acusado puede ser encuadrada en algunos de estos artículos del Código, de la Parte Especial, que determinan cuáles son las conductas llamadas delito, y cuál es la pena correspondiente, eso es todo lo que tengo que hacer, no tengo que prever absolutamente nada.

Y en Derecho Civil pasa lo mismo. El legislador, por ejemplo dice que: "el comprador debe pagar el precio", pero él no tiene que prever qué van a hacer los compradores; algunos pagan otros no pagan, algunos se fugan, otros, en cambio pagan de más, que se yo. Eso no interesa, interesa simplemente que cuando uno ha comprado una cosa debe pagar el precio estipulado, nada más. No hay nada que prever. Más aún, así como hay juristas que dicen que siempre hay lagunas, o siempre puede haber lagunas en el Derecho, hay otros que sostienen que nunca hay lagunas en el Derecho, el Derecho siempre resuelve todo, cualquiera que sea su contenido, el Derecho resuelve todo, no queda nada fuera del Derecho.

¿En qué se basa esta idea, que el Derecho resuelve todo?

Se basa fundamentalmente en el principio que todo lo que no está prohibido está permitido.

Entonces el Derecho es un conjunto de prohibiciones. Prohíbe matar, prohíbe esto, prohíbe no pagar el precio. Hay un montón de prohibiciones. Y todo lo que no está prohibido está permitido. Entonces toda conducta está calificada por el Derecho, ya sea como permitida ya sea como prohibida. Entonces todo esta resuelto.

Lo único que puede suceder, que alguna solución sea inconveniente, injusta, mala. A lo mejor el Derecho prohíbe algo que nosotros pensamos que debería permitirse, esto puede darse, pero no hay situación en la cual una conducta no esté ni prohibida ni permitida. Siempre esta calificada por el Derecho.

Esta tesis muy difundida entre los juristas, pero especialmente notable es el caso de un jurista muy importante que es Kelssen quien sostuvo: "que el Derecho siempre resuelve todo. Es una ilusión pensar que puede haber lagunas en el Derecho; lo más que pueden darse son soluciones injustas". Y los jueces especialmente cuando hay una solución muy injusta, "bueno dicen, aquí hay una laguna, el legislador no previó una circunstancia que debía haber previsto". ¿Y entonces que hacen? Modifican el Derecho. Hacen lo que les está prohibido hacer a los jueces. Pero esto es una triquiñuela que hacen los jueces para modificar el Derecho, en realidad el Derecho resuelve todo, no hay lagunas en el Derecho.

Bueno, el principio, este famoso principio: todo lo que no está prohibido está permitido ¿cómo se justifica? ¿es verdad que todo lo que no está prohibido está permitido?

Bueno, depende lo que entiende uno permitido.

Si permitido quiere decir no prohibido, entonces: claro esto es verdad, todo lo que no está prohibido está permitido, pero que quiere decir que todo lo que no está prohibido no está prohibido. Si permitido quiere decir no está prohibido, en principio quiere decir lo que no está prohibido y esto no es ninguna novedad, ya sabemos, claro que es verdadero esto, pero esto no me soluciona nada.

Es como si yo dijera todas las cosas son blancas o no blancas. ¿Es verdad? Si es verdad.

Es verdad respecto de esa mesa, es verdad respecto de la silla, ¿es verdad respecto de las cosas que no tienen color? Por ejemplo los sentimientos, o las sensaciones o las ideas, también o son blancas o no son blancas. Todo es blanco o no blanco. Pero el no blanco no es un color. No blanco es compatible con cualquier color, hasta con falta de color.

De la misma manera el no prohibido no es una, no es una modalidad jurídica. Prohibido quiere decir que hay una norma que prohíbe y no prohibido es simplemente ausencia de norma que prohíbe. Pero si no hay una norma que prohíbe todavía no esta dicho de esta si yo estoy autorizado o no a realizar la conducta en cuestión. El problema reside en que no prohibido; que la mención permitida es ambigua puede significar dos cosas distintas:

Puede significar no prohibido en cuyo caso es totalmente vago, lo que no está prohibido no está prohibido. O puede significar permitido por una norma, en cuyo caso no es verdad, por lo menos no es necesariamente verdadero que cada

vez que no hay una norma que prohíba haya una norma que permita, puede no haber ninguna norma, ni la que prohíbe ni la que permite, ni en este sentido puede haber lagunas en el Derecho.

Bueno terminamos ahí...