

RÉPLICA DE LA TESIS SOBRE LAS LAGUNAS NORMATIVAS DE JUAN RUIZ MANERO

Ulises SCHMILL

Juan Ruiz Manero, gran amigo y filósofo del derecho, creador de varios libros de gran importancia, junto con Manuel Atienza, en su interesante ensayo “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” (ACDL) realiza algunas críticas muy certeras a las tesis de Eugenio Bulygin, contenidas en su ensayo “Creación y aplicación del derecho” (CAD), críticas con las cuales coincido plenamente. Bastará la lectura de los primeros ensayos de este libro para percatarse del grado de coincidencia entre nuestras posturas. A pesar de ello, no puede concordar con la postura teórica asumida por Ruiz Manero relativa a las lagunas del derecho, declarando su presencia con base en la afirmación de que debe considerarse la existencia de principios, además de las reglas, para comprender el funciona-

miento del derecho. Las razones de mi discrepancia se encuentran en los siguientes párrafos.

Juan Ruiz Manero define así las lagunas normativas:

Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si 1) el sistema jurídico *no contiene una regla* que correlacione el caso con una solución normativa y 2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico *exige una regla* que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida.¹

En este breve trabajo sólo nos ocuparemos del concepto de Ruiz Manero sobre las lagunas normativas. Su tesis adolece de ciertos defectos que se mostrarán a continuación.

El fundamento teórico del concepto de las lagunas que se comenta tiene su base en la distinción fundamental existente, para nuestro autor, entre las reglas jurídicas y las razones subyacentes a las mismas, que constituyen los principios que las justifican: "...una imagen de la dimensión regulativa del

¹ Ruiz Manero, Juan. "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas", en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 123.

derecho como una estructura de dos niveles: las reglas y los principios que las justifican (y que constituyen las razones subyacentes de aquéllas)”.²

Para entender que se quiere decir con estos dos niveles es necesario conocer cómo caracteriza a los principios o, lo que es lo mismo, a las razones subyacentes que justifican a las reglas, a las que identifica con las normas jurídicas. Podemos comenzar preguntando por el objeto de conocimiento de la jurisprudencia o ciencia del derecho. Puede afirmarse que dicho objeto de conocimiento son las reglas o normas jurídicas y solamente ellas. Esta es una posición posible, la que acepta Kelsen y el autor de este trabajo. O, en otra posición, que es la aceptada por Ruiz Manero, las reglas o normas jurídicas y los principios o razones subyacentes a las mismas. Con esto el panorama se complica gravemente. Si la ciencia del derecho estudia a las normas y sólo a las normas se encuentra frente a una problemática unitaria y tan sólo tiene que determinar cuáles son las notas definitorias o conceptuales para identificar los elementos que constituyen su objeto de conocimiento. Por ejemplo, en la teoría de Kelsen, su objeto de conocimiento se encuentra determinado por el concepto de normas coactivas: el derecho es un orden coactivo de la conducta hu-

² *Ibidem*, 121.

mana y, con ello, se concibe al derecho también como un orden dinámico, puesto que la coacción la aplican unos hombres sobre los bienes o los cuerpos de otros hombres, pues no se realizan de manera natural causalmente. En el concepto de “orden” se encuentra el concepto de las relaciones de las normas entre sí, con lo que puede construirse la imagen de la famosa pirámide normativa.

Según Ruiz Manero, la forma de las normas jurídicas o de las reglas es la que han expuesto Alchourrón y Bulygin, en el sentido de correlacionar un caso con una solución normativa. Esta forma de las reglas la podemos representar de la siguiente manera:

$$p \longrightarrow X^*q$$

en donde X^* está por la obligación O, por la prohibición Ph o por la permisión P. “p” constituye el antecedente (lo que Alchourrón y Bulygin llaman “el caso”) y X^*q el consecuente de la regla de derecho que contiene la solución normativa para el caso p. Es claro que el antecedente puede no ser simple, sino contener un conjunto de propiedades, que según nuestro autor siempre es cerrado. Según Ruiz Manero:

Lo característico de los principios se halla, por el lado del antecedente, en que éste no contiene otra

RÉPLICA SOBRE LAS LAGUNAS NORMATIVAS 109

cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente (se trata, pues, de normas categóricas en el sentido de Von Wright) y, por el lado del consecuente, en que éste no contiene un deber concluyente, sino meramente *prima facie* de realizar una cierta conducta.³

Tenemos, pues, reglas y principios o razones subyacentes. Las reglas establecen soluciones normativas para ciertos casos y los principios no contienen caso alguno ni un conjunto de propiedades que puedan tener una solución normativa, sino que sólo contienen en el consecuente un deber *prima facie*. Por lo tanto, en el derecho, en general, hay deberes *concluyentes* y deberes *prima facie*. Es claro que los deberes *concluyentes* contenidos en las reglas no pueden convertirse en deberes derivados de los principios, pues estos son *prima facie* y aquéllos no lo son. ¡Ah!, pero los deberes *prima facie* si pueden convertirse en deberes *concluyentes*: “Tal deber *prima facie* se transforma en deber *concluyente* siempre que, en relación con las propiedades del caso no concurra otro principio que tenga, en relación con esas mismas propiedades, un mayor peso”.⁴

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

¿Las razones subyacentes a una regla, que contienen un deber *prima facie*, se transforma en un deber *concluyente*, que son los deberes contenidos en las reglas? Es decir, parece posible que la razón subyacente a una regla se “transforma” en regla, que establece un deber *concluyente*, cuando no existe otra razón subyacente “de mayor peso”. En este caso la “imagen” de “dos niveles” queda anulada, pues el principio se convierte en regla y el deber *prima facie* se convierte en deber *concluyente*.

En realidad, Ruiz Manero considera que los principios son razones subyacentes que justifican la existencia de una regla, la cual contiene un caso definido por un conjunto de propiedades cerrado y completo. Pero parece aceptar que una misma regla tenga varios principios subyacentes, los cuales pueden excluirse unos a los otros, pues unos tienen más “peso” que otros. En el párrafo transcrito se contiene la frase “no concurra otro principio que tenga... un mayor peso”. Aquí podemos hacer varias observaciones:

Primera. ¿Cómo se determina cuál es el principio subyacente de una cierta regla? Es cierto que en ocasiones el legislador, cuando emite una ley, contiene una serie de consideraciones en lo que se denomina “exposición de motivos” que exponen las razones que han tomado en cuenta para emitir las normas que ha legislado. Algunos autores hablan del “espí-

ritu del legislador”, que es una expresión por demás imprecisa y que en ocasiones es invocada por los jueces para resolver un asunto y que solamente contiene la interpretación que el juez quiere dar a una norma que va a aplicar. Aquí lo relevante es la interpretación de un texto normativo, que intenta justificarse invocando una mítica voluntad del creador de la ley o norma aplicada. El legislador, una asamblea legislativa de quinientos diputados, es difícil que tenga una voluntad y en el caso de que la tuviera, no existe modo de determinarla, sobre todo si se ignora el nombre y la situación de los quinientos legisladores que intervinieron en el momento de la emisión de la ley, que pudo haber acontecido cien años antes. Adicionalmente, nadie puede determinar unívocamente cuáles son las razones subyacentes que justifican una cierta y determinada norma. El famoso caso de la prohibición de entrar con animales en un parque debe aclararse diciendo que puede existir una multiplicidad de posibles justificaciones, de las cuales no es posible escoger una como la correcta. Si no hay método unívoco para determinar cuál es el principio subyacente justificatorio de una norma, lo conveniente es decir que el juez o el órgano aplicador de la norma debe interpretarla en cierto sentido, dar una cierta interpretación a la norma, lo que no implica que

aceptemos la existencia de un principio como parte del orden jurídico

Segunda. Éste que acabamos de formular es un punto de especial relevancia. Siempre es conveniente determinar qué actividad se está realizando antes de afirmar la existencia de objetos específicos, que al introducirlos en las consideraciones sobre un objeto de estudio, puede generar falsos problemas. No es válido hipostasiar en un principio los criterios interpretativos que realiza un órgano jurídico cuando aplica una norma jurídica. Las razones que justifican una determinada resolución no deben ser hipostasiadas en objetos normativos distintos de las reglas de que habla Ruiz Manero. Hacer eso genera todos los problemas relativos a los principios cuyo origen se encuentra en los escritos de Dworkin. En el caso de *Riggs vs. Palmer*, tan profusamente comentado por muchos autores, la solución normativa, para emplear la terminología de Alchourrón y Bulygin, que consignó en su sentencia el juez, no constituyó aplicación alguna de ningún principio, sino que fueron consideraciones interpretativas que justificaron su decisión. Imaginemos otro caso igual en donde otro juez, aplicando las mismas normas, hubiera resuelto adjudicando la herencia del tío a favor del asesino. Podría haber afirmado que las reglas civiles que regulaban la herencia contenían principios subyacentes contradic-

torios, dado que dos jueces distintos habían resuelto de manera diversa un caso cuyas propiedades definitorias eran iguales. Igualmente, ¿cuál sería el principio subyacente en el caso de que la sentencia de *Riggs vs. Palmer* fuera revocada por un tribunal de apelación? Un juez acepta que nadie puede beneficiarse de su propia conducta delictiva, mientras que el otro juez o el tribunal de apelación pudieron haber considerado que las normas que regulan el homicidio no deben influir en la aplicación de las normas de carácter civil que regulan la herencia. Estas interpretaciones no deben sustancializarse y considerar que existen principios que operan junto a las reglas.

Tercera. Si hay varios principios que pudieran aplicarse, bajo el supuesto no concedido de que pudieran determinarse unívocamente, si no son contradictorios, ¿cómo se determina el peso de cada uno?, ¿debe entenderse por el peso de un principio su preferencia aplicativa en un caso determinado? ¿cuándo tienen el mismo peso y cuándo, en qué circunstancias, tienen un peso diferente? El concepto de “peso” de un principio es una metáfora poco ilustrativa e indeterminada. Todas estas indeterminaciones y vaguedades hacen que la palabra “principio” sea una palabra que no contiene connotación alguna, es una palabra vacía de significado.

Cuarta. Por otra parte, ¿qué es un deber *prima facie*?

En su libro *Ilícitos atípicos* escrito en unión de M. Atienza encontramos el siguiente párrafo que puede arrojar alguna luz sobre lo que entienden por principios y que puede demostrarse que contiene una concepción no exacta del fenómeno normativo que intentan explicar:

Pero, por otro lado, los principios cumplen también una función de regulación de la conducta, especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos... Lo característico de los principios se halla en que en su antecedente o condición no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente; y en este último, o solución normativa, se contiene una prohibición, un deber o una permisión *prima facie* de realizar una cierta acción (en el caso de los principios en sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas). Así, el principio de libertad de expresión (entendido como principio dirigido a los órganos públicos) establece que siempre que se dé una ocasión de expresar pensamientos, ideas u opiniones, y si no concurre otro principio que en relación con el caso

tenga un mayor peso y opere en sentido contrario, está prohibido establecer prohibiciones u obligaciones relativas a esas conductas, impedir de algún modo su realización o imponer sanciones como consecuencia de las mismas.⁵

Hay una explicación de estos fenómenos normativos más completa y exacta. Las normas constitucionales, que establecen los llamados “derechos fundamentales” como el reseñado por nuestros autores, no constituyen principio alguno en cuyo antecedente sólo se dé la propiedad de que haya una oportunidad de realizar una cierta acción. Estas disposiciones son reglas en el sentido de Ruiz Manero, en toda la extensión de la palabra, sólo que establecen los contenidos *necesarios*, *excluidos* o *potestativos* de las normas que van a ser creadas por los procedimientos y los órganos establecidos con esas facultades. Estas normas que establecen facultades pueden expresarse con la forma ortodoxa de las reglas de Alchourrón y Bulygin, es decir, como enunciados condicionales, en cuyo antecedente existe un conjunto de propiedades cerrado y completo y cuya solución normativa no es una prohibición, ni una obligación ni una permisión,

⁵ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 18 y 19.

sino una facultad, entendida como aquella regla o norma que determina el acto o proceso de creación de otra u otras normas y determina sus contenidos en las formas especificadas, como contenidos *necesarios*, *excluidos* o *potestativos*. La forma de estas reglas es la siguiente, simplificando las propiedades que definen el caso:

“p (elección de los diputados) —► F (proc. legislativo y determinación de contenidos) q (leyes)”.

El parlamento, el congreso o las cortes, están facultadas para emitir leyes por medio del proceso legislativo y el ejercicio de estas facultades se encuentra limitado en su materia por los contenidos *necesarios*, *excluidos* o *potestativos* incluidos en la Constitución. No tienen prohibición alguna, porque en el caso de que emitan una norma o ley válida y presumiblemente inconstitucional por no haber seguido el proceso legislativo con toda regularidad o que la ley tenga un contenido contrario al determinado como *necesario*, *excluido* o *potestativo*, no se suscita sanción alguna contra los diputados o representantes integrantes del cuerpo legislativo, sino que, por el contrario, puede intentarse por el afectado una acción de inconstitucionalidad de la ley y obtener una sentencia anulatoria de la misma con efectos generales o particulares para el caso del sujeto que intentó la acción jurisdiccional, como acon-

tece con el amparo en México. En resumen, el contenido *necesario* no es una obligación para el órgano legislativo, el contenido *excluido* no es una prohibición y el *potestativo* no es una permisión, sino que son modalidades del concepto jurídico fundamental de la facultad, que no puede ser explicado con esos conceptos deónticos. Conforme a la tesis de que el derecho es un orden coactivo, debe afirmarse que la determinación de los contenidos *necesarios* de las normas inferiores a la Constitución, no es una obligación, pues ésta se entiende en relación sistemática con las normas que imponen sanciones. Decir que la determinación de los contenidos de las normas inferiores de manera *necesaria* es una obligación supone la exposición del concepto de obligación que se tenga, lo que no hacen los autores que mantienen la obligatoriedad de las normas constitucionales. Algo similar debe decirse respecto de los contenidos *excluidos* por la Constitución, pues quien afirme que son prohibiciones, tendría que mostrar cuál es el concepto de prohibición que sostiene y que dicho concepto de prohibición es aplicable a esos contenidos constitucionales. No insistiré más sobre ello.

Todo lo anterior ha tenido por objeto rechazar la concepción de los principios como parte integrante del orden jurídico, con la finalidad de demostrar que el objeto de conocimiento de la jurisprudencia

o ciencia del derecho es el conjunto de normas o reglas que integran un orden jurídico.

Dado lo anterior, volvamos a la definición de laguna jurídica que proporciona Juan Ruiz Manero:

Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si 1) el sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y 2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida.⁶

Si el sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con la solución normativa, simplemente la conducta que se considere es una conducta que le está permitida al sujeto, por el principio de permisión débil. Si el sistema de reglas es deficitario en relación con las razones subyacentes, entonces, de cualquier manera existe una descripción del sistema señalando que una cierta conducta está permitida, en la medida que no es obligatoria ni prohibida. En relación con esa conducta, el jurista, con base en una posible interpretación de las reglas del orden respectivo en las que, por medio de una substancialización o hipóstasis

⁶ Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 1.

de su interpretación, quiere que se dé una solución normativa distinta de la que de hecho tiene, como conducta permitida. Adviértase la terminología usada por Ruiz Manero: “exige una regla”. Es decir, el jurista que afirme la existencia de una tal laguna normativa lo que propone es que desea, quiere, exige, que se legisle de manera tal que la conducta respectiva sea establecida como obligatoria o prohibida, aduciendo razones subyacentes que supone se encuentran en la base justificatoria de las otras normas del sistema. El jurista que afirma tal laguna normativa, en realidad, está hablando de *lege ferenda*. Son las lagunas axiológicas de que habla Kelsen.

Si se afirma tal laguna normativa con base en los supuestos principios subyacentes justificatorios y el órgano aplicador de las normas en el caso de un conflicto cualquiera sometido a su resolución se convence de que existe una laguna normativa, con base en las teorías sobre las lagunas, se puede ver tentado a emitir una sentencia en la que determine como obligatoria o prohibida esa conducta, con lo que se extiende la facultad del juez de resolver a su arbitrio, sin tener como fundamento a las normas positivas de un orden jurídico. La función de esta teoría de las lagunas normativas es extender el rango de facultades jurisdiccionales de los jueces, permitiéndoles resoluciones que no se encuentran fun-

damentadas en las normas positivas del orden jurídico. Es la invasión en el derecho positivo de una especie de iusnaturalismo.

Dice Ruiz Manero en el caso de Atria, comentado por Bulygin:

De otro lado, es obvio en el ejemplo que cada uno de los cónyuges tiene un interés en que el otro le acompañe al lugar de vacaciones elegido por él (o ella). El marido tiene un interés en que la esposa lo acompañe a Francia y la esposa tiene un interés en que el marido la acompañe a África del sur. Hay, pues, aquí, un genuino conflicto de intereses. Y un conflicto de intereses que el derecho no soluciona. No hay, sin embargo, a mi juicio laguna alguna.⁷

La solución es correcta, desde mi punto de vista. Ninguno de los esposos está obligado a aceptar el interés del otro ni tiene prohibido rechazarlo. Simplemente, tiene permitido aceptar o no aceptar la proposición del otro cónyuge. No hay laguna normativa. No se soluciona el conflicto entre los cón-

⁷ Ruiz Manero, Juan. “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, *cit.*, nota 1, p. 124.

yuges, pero un conflicto no resuelto no es una laguna jurídicamente.

Es correcto afirmar que en un caso de celebración de un contrato ninguno de los contratantes se encuentra sometido al otro, pues se trata de la facultad de celebrar un contrato, facultad, no de ejercicio obligatorio, como en el caso de los jueces, sino de ejercicio potestativo, como acontece con los legisladores:

Es claro que en la negociación, por ejemplo, de un contrato de compraventa, el potencial comprador tiene un interés en fijar un determinado precio y el potencial vendedor tiene un interés en fijar un precio más alto. Hay aquí, pues, un claro conflicto de intereses. Y un conflicto de intereses que el derecho, claramente, no resuelve: pues cada una de las partes tiene el *privilegio* de no aceptar el precio propuesto por la otra parte y, a la vez, *no* tiene *derecho* a exigir a la otra parte que acepte el precio que él propone. El sistema jurídico podría, desde luego, resolver semejantes conflictos de intereses configurando la relación correspondiente (entre comprador y vendedor, o entre esposos) como una relación de potestad/sujeción, esto es, ubicando a una de las partes en posición dominante.⁸

⁸ *Ibidem*, pp. 124 y 125.

Pero, si el juez o el legislador, como acontece con el Código Civil suizo, acepta la teoría de las lagunas normativas y se siente obligado a resolver el conflicto de intereses, podría establecer la relación dominante a favor de cualquiera de las partes, sin tomar en consideración las normas positivas del derecho aplicable, introduciendo en el sistema del derecho positivo posiciones valorativas inventadas por él, que no son otra cosa que invasiones iusnaturalistas en el derecho positivo, creando gran inseguridad jurídica, pues no es previsible para las partes determinar las valoraciones subjetivas del juez, hechas con base en los principios subyacentes justificatorios de otras normas del sistema.

Pero ¿sería válido afirmar que existe una laguna normativa si con base en las razones subyacentes el juez decidiera que la esposa debe ir a Francia acompañando al marido, en virtud de que el principio de igualdad prevalece en las relaciones matrimoniales y el año anterior el marido aceptó la proposición de la esposa de viajar a las islas griegas? Obsérvese que no hay regla al respecto y que el juez estaría introduciendo criterios y decisiones que no se encuentran fundadas en normas positivas de derecho. El rango de facultades del juez se ha extendido sin base en el derecho positivo. La aceptación de las tesis de los principios y de las lagunas

normativas se introduce en el derecho positivo y tiene repercusiones importantes en la vida jurídica, aumentando la inseguridad normativa en un grado considerable. El agua de las lagunas entra por los huecos que crea el iusnaturalismo disfrazado y oxidada y confunde la relativa y precaria seguridad normativa que proporciona el derecho positivo.

Una última indicación: todas las observaciones anteriores se encuentran formuladas bajo el supuesto de considerar al derecho como un orden dinámico de normas, en el sentido de la tesis de Merkl-Kelsen, y del carácter, para emplear una palabra muy expresiva usada por Luhmann, *autopoiético* del derecho, en el sentido de que la progresiva individualización de las normas superiores tiene carácter constitutivo, de manera que los hechos y actos jurídicos son creados en los procesos jurídicos. No hay actos y hechos jurídicos en sí mismos, sino sólo actos y hechos jurídicamente constituidos en los procesos establecidos por el derecho mismo.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

BULYGIN, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en BULYGIN, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

RUIZ MANERO, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en BULYGIN, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005.