

"EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS EN EL DERECHO"

*Trabajo Presentado al Prof. Lic. Pablo Rodríguez
Cátedra de Sistemas de Investigación y Razonamiento
Por Juan Carlos Murillo González*

I

ARTICULO 5 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

"Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley aplicable al caso, fallarán con arreglo a los principios de derecho" (1).

Se tiene como fin, demostrar los problemas que presenta la interpretación de este artículo, debido a la vaguedad de la expresión "*principios de derecho*".

Se hace referencia a estos últimos con el fin de permitir que el derecho pueda ser modificado y se adapte a la realidad social.

¿Qué debemos entender por realidad social?

El término se presta para diferentes definiciones, las cuales cambiarían en función de personas, ideologías y sociedades.

2

INSUFICIENCIA DE LA LEY

Se entiende por insuficiencia de la ley cuando no existe una norma que se aplique a un caso concreto, o, aún existiendo, lo cubre de una forma poco precisa, vaga.

Se afirma que el legislador hace un reconocimiento tácito de la presencia de lagunas en el derecho, facultando al juez para que falle de acuerdo con los principios de Derecho. Lo anterior puede ser estudiado en función de dos problemas: ¿cómo constatar la existencia de una laguna?, ¿qué métodos utilizar para llenarlas?

La persona que tiene a su cargo la interpretación de una norma, establece en qué casos existe o no una laguna. Es el juez quien dice dónde y cuándo existe laguna. Debe tenerse en cuenta que esta interpretación está influenciada por diversos elementos metajurídicos, a saber: la personalidad del juez, su ideología, su formación jurídica, su concepción de la justicia, su intelecto, su integridad.

Luego, en la constatación de una laguna *se emite un juicio de valor por parte del juez*. Ante la interpretación de un texto, dos jueces podrían estar en desacuerdo: ¿hay o no laguna? En la respuesta entraría en juego la política jurídica.

3

¿QUE ENTENDER POR "PRINCIPIOS DE DERECHO"?

El artículo 5 de la L.O.P.J. se limita a expresar que los tribunales fallarán con base en

(1) VINCENZI, Atilio. *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Editorial Lehmann, Costa Rica. Pág. 11.

los principios del derecho, en aquellos casos en los que no haya ley aplicable. Aún admitiendo los principios de derecho como método para resolver los casos de insuficiencia de ley, ¿qué se debe entender por tal expresión?

Algunos autores señalan que ha de entenderse como una referencia al derecho natural (Fonfon, por ejemplo), o a la noción de equidad, o al concepto de justicia; a la idea de bien común...

Si se intenta definir estos términos se verá que es imposible encontrar una sola definición, que amalgame las diferentes opiniones.

En consecuencia el término "*principios de derecho*" puede hacer alusión a gran número de ideas o conceptos. Es un concepto vago, indefinido, cargado de tanta emotividad como la definición de derecho.

¿Qué entienden por principios de derecho nuestros jueces, cuando tienen que utilizarlos para resolver la insuficiencia de la ley en un caso determinado?

Debido a la vaguedad de la expresión, cualquier método utilizado por nuestros jueces estaría permitido. El artículo 5 de la L.O.P.J. no establece una jerarquía de métodos. Inclusive no especifica qué se debe entender por principios de derecho.

Sin embargo, no se puede negar que el legislador nacional ha visto la necesidad de adecuar el derecho a la realidad social. Para ello, ha introducido una expresión tan ambigua como la de principios de derecho.

Este artículo 5, se ve como una "puerta" para introducir modificaciones al ordenamiento jurídico. Los métodos para llenar lagunas cambian de acuerdo con los diferentes sistemas jurídicos. Así por ejemplo, el artículo 1 del Código Civil Suizo propone los siguientes métodos para llenar lagunas: de no existir ley aplicable al caso, deberá recurrirse a la costumbre; de no existir costumbre, el juez actuará como si fuera legislador. Para esto deberá buscar la doctrina y la jurisprudencia.

4

UNA NORMA OBLIGA AL JUEZ A LLENAR LAGUNAS

Ciertos autores, entre ellos los belgas Perelman (2) y Miedzianogora (3) sostienen, que el juez es obligado por una norma a llenar las lagunas. Se fundamentan en el artículo 4 del Código Civil Belga, copiado del de Napoleón:

"El juez que rehusase juzgar bajo pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser incriminado..." (4).

El equivalente de esta norma en Costa Rica es el artículo 5 de la L.O.P.J. A pesar de la similitud, nuestro artículo no se limita a establecer que el juez debe siempre resolver las contiendas que se le someten —como en aquellos países europeos—. La L.O.P.J. exige que se recurra a los principios de derecho.

Los exégetas sostenían que cuando no existiera norma aplicable al caso, el juez debía rechazar la demanda, considerando que ésta no tenía fundamento legal. Señalan, sin embargo, Fonfon y Miedzianogora que de hecho, los jueces no han seguido las enseñanzas de los exégetas sino que

(2) PERELMAN, Chaïn. *Essai de Synthèse* in Perelman, Ch. *Le problème des lacunes en droit*. Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. Págs. 538-ss.

(3) MIEDZIANOGORA, Joseph. *Juges, lacunes et idéologie* in Perelman, Ch. *Travaux du Centre National de Recherche de Logique*. Bruylant, Bruxelles, 1968. Págs. 513, ss.

(4) MIEDZIANOGORA, *Op. cit.*, pág. 513.

han llenado las lagunas de la ley. Miedzianogora dice que el juez llena las lagunas mediante la creación de normas individuales (o sea, la norma que cada sentencia pone en vigor).

A fin de insistir en la influencia de la ideología, a la pregunta "*¿cómo determinar qué situaciones merecen la creación de una norma individual?*", Miedzianogora responde que "*el buen sentido se lo indica al juez*" (5). Se vuelve a los elementos metajurídicos que se señalaron en el No. 2. Perelman, señala con razón que el artículo 4 del Código de Napoleón no establece las directivas a seguir para solucionar el problema de las lagunas (6).

5

EL MONOPOLIO DE LA CREACION DE NORMAS

Admitiendo que nuestros jueces resuelven el problema de las lagunas mediante la creación de normas individuales, se pone en evidencia que el Poder Legislativo ya no mantiene el monopolio de la creación de normas. El poder judicial como órgano aplicador de derecho, deviene cada vez más creador de derecho.

¿Qué repercusiones trae consigo lo anterior?

La arbitrariedad judicial, que podría prestarse para introducir todo tipo de modificaciones al ordenamiento jurídico. La jurisprudencia no es obligatoria, pero de hecho los tribunales tienden a resolver como si las decisiones de los tribunales superiores fueran vinculantes.

Perelman aboga por una mayor libertad para el juez en lo referente a la interpretación de la ley y a la forma de llenar las lagunas. ¿Cómo limitar esa libertad para que la función judicial no devenga arbitraria? Mediante la motivación de decisiones —propone el mismo autor—.

La retórica jurídica (teoría de la argumentación) le proporcionará al juez las diferentes directrices por considerar, a la hora de solucionar el problema de las lagunas en el derecho.

6

LOS HETERODOXOS

El problema de las lagunas ha dividido la opinión de los juristas, en lo referente a hablar de lagunas del derecho o del ordenamiento jurídico.

Algunos autores, entre ellos Norberto Bobbio y Paul Foriers (7), piensan que debe hablarse más propiamente de las lagunas del ordenamiento jurídico y no de las lagunas del derecho.

Sin embargo, una corriente filosófica sostiene que el ordenamiento jurídico es necesariamente completo. Se fundan en las teorías siguientes:

- 1) La teoría del espacio jurídico vacío.
- 2) La teoría de la norma general exclusiva.

Según la primera teoría, la esfera de la actividad humana puede dividirse en dos partes: aquella que está limitada por una norma jurídica y aquella donde la actividad es libre. Todo lo anterior quiere decir, que hacemos lo que una norma nos exige —independientemente de que sea positivo o negativo— o al no existir una norma, hacemos lo que nos parezca (estaríamos ac-

(5) MIEDZIANOGORA, *Op. cit.*, pág. 518.

(6) PERELMAN, p. p. 542 --ss.

(7) FORIERS, Paul. *Les lacunes du Droit* in Perelman, Ch. *Le probleme des lacunes en Droit*. Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. pp. 9--ss.

tuando en un dominio irrelevante en lo que respecta a lo jurídico).

Foriers dice, que esta primera teoría es defendida, entre otros, por: Karl Bergbohn, A. Brinz y Santi Romano.

La teoría de la norma general exclusiva es defendida —según Foriers— por Zitelmann, Donati y Hans Kelsen.

Según esta teoría, cada norma particular que prescribe un comportamiento positivo o negativo está acompañada por una norma general. Un sistema de derecho escrito tendría siempre en este caso, ya sea directa o indirectamente, una solución a todas las controversias que se le presentan al juez.

Estamos de acuerdo con Foriers en lo que se refiere a hablar más propiamente de las lagunas del ordenamiento jurídico, pues es imposible para el legislador reglamentar toda la actividad humana mediante el derecho escrito.

Kelsen (8) habla del problema de las lagunas como una ficción creada por los encargados de aplicar el derecho, para apartarse de lo que la ley estipula. Según el mismo autor, el problema se debe a las decisiones político-morales.

CONSIDERACION FINAL

El problema de las lagunas nos demuestra que la ley —como creación humana— no es perfecta y completa. Además, debemos reconocer que es imposible aplicar siempre lo que dispone el ordenamiento jurídico. Como bien lo dice Perelman, el juez no es una calculadora; de hecho pueden influenciar sus decisiones diversos elementos.

¿Cómo han resuelto y resuelven nuestros jueces el problema de las lagunas?

El problema de las lagunas y los métodos para llenarlas representan un amplio tema de estudio, a los cuales no se les puede restar interés, pues no sólo permiten la intromisión del poder judicial, sino que comprometen directamente la responsabilidad del juez.

- (8) KELSEN, Hans. *Theorie pure du Droit*. Traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par C. Eisenmann, pág. 334.

BIBLIOGRAFIA

- FORIERS, Paul. *Les lacunes du Droit* In Perelman, Ch. "Le problème des lacunes en Droit". Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. Pgs. 9-29.
- KELSEN, Hans. *Theorie pure du Droit*. Traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par C. Eisenmann. Págs. 329-334.
- MIEDZIANOGORA, Joseph. *Juges, lacunes et idéologie* In Perelman, Ch. *Le problème des lacunes en droit*. Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. Págs. 513-ss.
- VINCENZI, Attilio. *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Editorial Lehmann, Costa Rica, C.A. Edición 1982, San José. Pág. 11.
- PERELMAN, Chaïn. *Essai de Synthèse* In Perelman, Ch. "Le problème des lacunes en droit" Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. Págs. 538-ss.