

---

# Lagunas normativas, razones jurídicas y discrecionalidad judicial\*

---

Ezequiel Monti\*\*

## Índice

|             |  |           |
|-------------|--|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>Introducción</b> .....  | <b>35</b> |
| <b>II.</b>  | <b>El dilema de Atria: el positivismo entre formalismo y escepticismo</b> .....  | <b>36</b> |
| <b>III.</b> | <b>La respuesta de Bulygin</b> .....   | <b>44</b> |
|             | A. La caracterización de la función jurisdiccional como solución de conflictos no es ideológica ni inadecuada .....                              | 44        |
|             | B. La justificación de la tesis de la simetría no depende de la caracterización de la función jurisdiccional como resolución de conflictos ..... | 45        |
|             | C. La distinción entre normas y proposiciones normativas .....   | 46        |
|             | D. La defensa del cargo de escepticismo: casos no regulados vs. lagunas normativas .....   | 46        |
|             | E. La defensa del cargo de escepticismo: la solución de un caso implica la solución de los casos más finos .....                                 | 47        |
| <b>IV.</b>  | <b>Una vía intermedia</b> .....  | <b>48</b> |
| <b>V.</b>   | <b>Función jurisdiccional, sistemas del ciudadano y del juez y discrecionalidad judicial</b> .....   | <b>48</b> |
| <b>VI.</b>  | <b>Propiedades relevantes y razones jurídicas</b> .....  | <b>50</b> |

---

\* Una versión borrador de este trabajo fue presentada en el Seminario Internacional de Filosofía del Derecho de Vaquerías 2013. Agradezco los comentarios críticos realizados en esa oportunidad. Previamente, tuve la posibilidad de discutir las ideas de este trabajo en el marco del Seminario de Lógica y Filosofía del Derecho (UBA) que dirigen Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta, de cuyos miembros, como siempre, recibí valiosas críticas y observaciones.

\*\* Universidad de Buenos Aires (UBA). Dirección de e-mail: [ezemonti@gmail.com](mailto:ezemonti@gmail.com)

|   |           |
|---|-----------|
| <b>VII. Razones jurídicas, exigencias y asimetrías .....</b>                        | <b>52</b> |
| A. El derecho como práctica de dar y pedir razones<br>para la acción .....          | 52        |
| B. La justificación de las exigencias y la asimetría entre actuar<br>y omitir ..... | 52        |
| C. La equivalencia pragmática entre permiso fuerte<br>y permiso débil .....         | 54        |
| <b>VIII. Razones jurídicas, lagunas y discrecionalidad judicial .....</b>           | <b>55</b> |
| <b>IX. Consideraciones finales .....</b>  | <b>58</b> |
| <b>X. Bibliografía .....</b>  | <b>58</b> |

## Resumen

En este trabajo, mi intención es analizar las críticas de Atria a la tesis de Alchourrón y Bulygin según la cual en los supuestos de laguna normativa el juez tiene discrecionalidad para resolver y las réplicas de Bulygin a aquéllas. Sostendré que ambos están parcialmente equivocados. Argumentaré que deben distinguirse distintos supuestos de casos no regulados por el derecho y que sólo en algunos de ellos el juez tiene discrecionalidad. La distinción entre los diversos supuestos de casos no regulados se realizará introduciendo la noción de “razones jurídicas”. La justificación de la tesis de que en algunos casos no regulados el juez no tiene discrecionalidad apelará a lo que, según creo, es un rasgo fundamental de nuestras prácticas de dar y pedir razones para la acción, a saber, la asimetría entre actuar y omitir.

*Palabras clave:* **lagunas normativas – discrecionalidad judicial – razones jurídicas**

## Abstract

In this paper, my intention is to analyze both Atria's critics to Alchourrón and Bulygin's thesis according to which judges have discretionary power when confronted with legal gaps and Bulygin's reply to those assertions. I will argue that both arguments are partially wrong and I will propose a new theoretical framework. My thesis is that a distinction must be drawn between different kinds of cases that are not regulated by the law. I argue that only in some of these non-regulated cases, judges have discretionary powers. The distinction between different kinds of non-regulated cases will be based on the proposed notion of “legal reasons”. The argument for the claim that there are some non-regulated cases in which judges do not have discretionary power will be based in what I believe to be a fundamental characteristic of our practices of giving and asking for reasons for action, namely, the asymmetry between actions and omissions.

35

*Keywords:* **legal gaps – judicial discretion – legal reasons**

## I. Introducción

En este trabajo, mi intención es analizar las críticas de Fernando Atria<sup>1</sup> a la tesis

---

1 Fernando Atria, *On Law and Legal Reasoning* (Portland: Hart Publishing, 2002), 76-86. Esta sección del libro está traducida al castellano: Fernando Atria, “Sobre las lagunas” en Fernando Atria et al., *Lagunas en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005). Ver también: *id.*, “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo” y *id.*, “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, ambos en Atria et al., *Lagunas en el derecho*, 45-71, 159-183.

de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin<sup>2</sup> (AyB) según la cual en los supuestos de laguna normativa el juez tiene discrecionalidad para resolver del modo en que le parezca adecuado y las réplicas de Bulygin<sup>3</sup> a aquéllas.

Se trata de un problema que ha sido examinado en una serie de trabajos recientes a raíz de la discusión que suscitara las objeciones de Atria a la posición de AyB<sup>4</sup>. Aquí procederé del siguiente modo. En primer lugar, reconstruiré las tesis fundamentales de Atria. En segundo lugar, analizaré la respuesta de Bulygin a las críticas de Atria. En tercer lugar, introduciré ciertas herramientas conceptuales que, creo, son necesarias para un tratamiento adecuado del problema, en particular, la noción de razones jurídicas. En cuarto lugar, sostendré que existe una asimetría entre actuar y omitir que impone ciertas restricciones a la justificación de una exigencia. En quinto lugar, argumentaré que, en virtud de la referida asimetría, tanto Atria como Bulygin están parcialmente equivocados. Concluiré que deben distinguirse distintos supuestos de casos no regulados y que sólo en algunos de ellos el juez tiene discrecionalidad.

## II. El dilema de Atria: el positivismo entre formalismo y escepticismo

36

En *On Law and Legal Reasoning*<sup>5</sup> (OLLR) Atria esgrime un argumento contra el positivismo. La idea básica es que el positivismo conduce, bien al formalismo, bien al escepticismo. Dado que, a juicio de Atria, una teoría del derecho adecuada debería evitar ambos extremos, el positivismo es inadecuado y, por lo tanto, debe rechazarse. Es posible presentarlo en los siguientes términos:

---

2 Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (Springer-Verlag, New York-Wien, 1971), 156-157. En adelante, citaré sólo la versión en castellano: Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974), 214-217.

3 Eugenio Bulygin, "Creación y aplicación del derecho" y Eugenio Bulygin, "En defensa de El Dorado: Respuesta a Fernando Atria" ambos en Atria et al., *Lagunas en el derecho*, op. cit., 29-44, 73-85.

4 Los trabajos sobre esta discusión en la que participaron Fernando Atria, Eugenio Bulygin, Josep Joan Moreso, Pablo Navarro, Jorge Rodríguez y Juan Ruiz Manero están reunidos en Fernando Atria et al., *Lagunas en el derecho*, op. cit. Sobre el mismo tema discuten Manuel Atienza, Juan Carlos Bayón y Eugenio Bulygin, en Manuel Atienza et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009). El debate entre Bayón, Bulygin y Ruiz Manero continuó en el N° 33 de la revista *Doxa*. Ver: Eugenio Bulygin, "Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición", Juan Ruiz Manero, "Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del Derecho" y Juan Carlos Bayón, "Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: respuesta a Bulygin", *Doxa* 33 (2010): 283-317. También interviene en la discusión Pierluigi Chiassoni, "El deber de juzgar y las lagunas en el derecho" en *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, en Josep Joan Moreso y Cristina Redondo (eds.) (Madrid: Marcial Pons, 2007), 97-108.

5 Atria, *On Law and Legal Reasoning*, op. cit.

- 1) El positivismo es verdadero o falso ( $P \vee \neg P$ )
- 2) Si el positivismo conduce al formalismo o al escepticismo, entonces es falso ( $(P \rightarrow (F \vee E)) \rightarrow \neg P$ )
- 3) El positivismo conduce al formalismo o al escepticismo ( $P \rightarrow (F \vee E)$ )
- 4) Por lo tanto, el positivismo es falso ( $\neg P$ )

La premisa a justificar, en este contexto, es (3). El argumento de Atria se basa en la siguiente distinción entre:

a) enunciados acerca de lo que el derecho dispone para un determinado caso genérico, cuya verdad o falsedad depende del contenido de las reglas válidas de un sistema jurídico determinado (“enunciados jurídicos puros” en la terminología de Raz<sup>6</sup>); y

b) enunciados acerca de cuál es la solución (judicial) correcta en un caso particular, cuya verdad o falsedad depende de la ocurrencia de ciertos hechos y de la verdad de enunciados jurídicos puros (a) (“enunciados jurídicos aplicados” en la terminología de Raz<sup>7</sup>).

Una teoría del derecho establece las condiciones de verdad de los enunciados (a). Una teoría del razonamiento jurídico establece las condiciones de validez de las inferencias de enunciados (a) a enunciados (b).

37

Atria sostiene que, de acuerdo con esta caracterización, “una teoría del derecho implica (parte de) una teoría del razonamiento jurídico”.<sup>8</sup> Esta afirmación es, creo, incorrecta. La validez de los razonamientos jurídicos (i.e., razonamientos que tiene como premisas enunciados (a)) debería ser independiente de la verdad o falsedad de sus premisas. Se trata, por lo tanto, de problemas independientes.<sup>9</sup> Este error,

---

6 Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, 2da ed. (Oxford: Oxford University Press, 1980), 49. La expresión en inglés es “pure normative statements”.

7 *Ibid.* La expresión en inglés es “applicative normative statements”.

8 Atria, “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”, *op. cit.*, 49

9 Esto es así por el modo en que el propio Atria caracteriza a las teorías del razonamiento jurídico. No habría ningún obstáculo en utilizar el término “teoría del razonamiento jurídico” en sentido amplio para hacer referencia a una teoría que establezca tanto las condiciones de la verdad de los enunciados jurídicos puros como las condiciones de validez de los razonamientos que tengan enunciados jurídicos puros como premisas. Si, por el contrario, reservamos la expresión para referirnos exclusivamente a lo segundo, entonces, la teoría debería servirnos para evaluar si un razonamiento jurídico es válido independientemente de la verdad de sus premisas. En efecto, si la teoría no proporciona elementos para evaluar la verdad de las enunciados jurídicos (a), entonces, debe aceptar la idea usual de que la validez de los razonamientos es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas. Por otra parte, si se acepta esta idea, entonces, creo que es claro que una teoría

por suerte, no afecta al argumento de Atria en lo que aquí nos interesa.

El argumento de Atria es que la teoría del derecho positivista enfrenta, al nivel del razonamiento jurídico, un dilema entre formalismo y escepticismo.

El formalismo es la tesis según la cual los jueces en ningún caso tienen discreción para resolver (i.e., niega que existan casos difíciles).

El escepticismo es la tesis según la cual los jueces en todos o en la mayoría de los casos tienen discreción para resolver (i.e., afirma que todos o la mayoría de los casos son casos difíciles).

Ahora bien, para evitar estos dos extremos el positivismo debe ser capaz de distinguir entre casos regulados por el derecho (en los que el juez no tiene discreción) y casos no regulados por el derecho (en los que el juez tiene discreción) de un modo valorativamente neutral. Esto es precisamente lo que, a juicio de Atria, el positivismo no puede hacer.

En este contexto, Atria argumenta que la distinción entre casos en los que existe y casos en los que no existe una laguna normativa no provee un criterio de distinción adecuado. El argumento procede en varios pasos.

38

En primer lugar, sostiene que las lagunas normativas (en el sentido de AyB) no son una condición suficiente para que el juez tenga discreción. Su argumento es

---

que establezca las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos puros será irrelevante para una teoría de la validez de los razonamientos jurídicos. Ello, precisamente, porque la validez de éstos debe juzgarse independientemente de la verdad o falsedad de aquellos.

Por supuesto, según la teoría sobre las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos puros que uno adopte, variarán los enunciados que uno debería aceptar como premisas en los razonamientos jurídicos y, por lo tanto, las conclusiones relativas a enunciados jurídicos (b) a las que debería llegar. Esta es la razón por la que este error no afecta el argumento general de Atria. Éste sostiene que la conjunción de ciertas tesis en el nivel de la teoría del razonamiento jurídico (que luego veremos) y el positivismo en el nivel de la teoría del derecho conducen o bien al formalismo o bien al escepticismo. Esto, señala, es una razón para rechazar el positivismo. Aquí intentaré mostrar que, por el contrario, deben rechazarse las tesis que Atria sugiere a nivel de la teoría del razonamiento jurídico.

Estas observaciones, por otro lado, no valen para una teoría que pretenda establecer las condiciones o reglas de validez de los razonamientos que tienen como conclusiones enunciados jurídicos puros y entre cuyas premisas no haya, a su vez, enunciados jurídicos puros. Ello, en efecto, requeriría una teoría del derecho en el sentido de Atria, esto es, una teoría que sobre las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos puros (alternativamente, uno podría sostener que los razonamientos jurídicos son jurídicos “all the way down” y que, por lo tanto, no hay razonamientos válidos del tipo recién referido; el razonamiento jurídico siempre procedería, entonces, a partir de axiomas o normas jurídicas fundamentales no justificables; este es el tipo de fundacionalismo que, según creo, se puede atribuir a Kelsen). Agradezco a los revisores por solicitarme que aclare este punto.

que existe una asimetría entre acoger y rechazar la demanda<sup>10</sup>, a saber, que mientras el acogimiento de la demanda requiere que exista una regla aplicable para estar justificado, su rechazo está justificado si no existe regla aplicable al caso. Esta tesis, a su vez, se basa en dos consideraciones:

1) Primero, en una caracterización jurídica o “auto-referente” de la función jurisdiccional según la cual la función del juez consiste en la “determinación de la realización (o no) de los hechos operativos de una regla válida y de las consecuencias de ello para el caso”.<sup>11</sup>

2) Segundo, en que, conforme a esa caracterización, si no hay una regla aplicable a un caso, entonces, el juez no tiene justificación para alterar el statu quo. En este sentido, sostiene que “la asimetría entre acoger y rechazar la demanda es un reflejo de la asimetría entre declarar que no hay consecuencias jurídicas que se sigan de un determinado caso específico y decir que sí hay consecuencias que se sigan de ese caso: para acoger la demanda (declarar que hay consecuencias que se siguen de los hechos que la constituyen) el juez requiere una regla válida; para rechazarla (declarar que no hay consecuencias jurídicas que se sigan de ciertos hechos), el juez no requiere regla alguna”.<sup>12</sup>

Hay dos razones por las que AyB habrían incurrido en el error de negar la tesis de la asimetría. En primer lugar, no distinguieron adecuadamente entre enunciados (a) y enunciados (b). En segundo lugar, caracterizaron a la función jurisdiccional de un modo que volvía imperceptible o no problemático el paso de una cuestión a la otra. En este sentido, AyB sostienen que la función primaria de los tribunales es solucionar conflictos de intereses. Si esta caracterización es correcta entonces hay

39

---

10 La discusión, cabe aclarar, se restringe a los casos civiles. Ello es así porque AyB aceptan que los sistemas penales modernos están clausurados, en relación al universo de soluciones penales, por la regla *nullum crime sine lege*. Por lo tanto, los sistemas penales modernos carecen de lagunas porque todo lo que no está prohibido penalmente, está expresamente permitido (penalmente). Alchourrón y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., 196-198. Atria acepta este punto. Sin embargo, considera que la situación en los casos civiles es análoga. No porque no haya lagunas en el derecho civil. Sino porque, a su juicio, los jueces tienen el deber de rechazar la demanda si un caso no está correlacionado con ninguna solución jurídica. Su argumento es que ello se sigue de una correcta caracterización de la función jurisdiccional. Esta caracterización, por otro lado, “se aplica a todos los casos: el juez penal tiene que determinar si puede asignar al inculcado la etiqueta “autor” de algo a lo que a su vez puede etiquetar como “delito”, así como el juez civil debe determinar si puede asignar la etiqueta “compraventa” a la relación entre demandante y demandado, etc.” Atria, “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, op. cit., 171. Agradezco a los revisores por solicitarme que aclare este punto.

11 Atria, “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”, op. cit., 56

12 *Ibid.*, 65

buenas razones para creer que una respuesta a (a) es, asimismo, una respuesta a (b) y, en particular, para sostener que si la respuesta a (a) es “nada”, entonces, el juez tiene discreción para resolver el conflicto del modo en que le parezca adecuado. En efecto, “si la función jurisdiccional consiste primariamente en solucionar conflictos, y si el principio de inexcusabilidad obliga a los jueces a ejercer su función incluso cuando no haya ley que regule el conflicto, entonces parece que uno podría concluir que el derecho instruye al juez a solucionar el conflicto aun cuando el derecho no lo solucione, es decir pareciera que el derecho le da al juez discreción”.<sup>13</sup>

Sin embargo, sostiene Atria, la caracterización de la función jurisdiccional como resolución de conflictos de intereses es incorrecta. En este sentido, argumenta del siguiente modo:

1) En primer lugar, sostiene que se trata de una caracterización ideológica que “encuentra su justificación más profunda en la reflexión sobre el derecho patrimonial privado en sociedades capitalistas”<sup>14</sup> y que, por lo tanto, es inadecuada desde un punto de vista lógico o conceptual. La impropiedad de esa caracterización se demuestra por dos razones.

2) Primero, en los procesos penales lo que importa no es que exista o no conflicto sino encontrar la verdad. En efecto, aún cuando alguien consienta o solicite ser penado, es necesario que se realice un proceso penal en el que se determine su responsabilidad penal. Por lo tanto, en estos casos es inadecuado caracterizar la función de los jueces en términos de resolución de conflictos.

3) Segundo, el fracaso en resolver un conflicto no es demostración de un ejercicio fallido de la potestad jurisdiccional. Los procesos de divorcio, por ejemplo, pueden agravar más que resolver los conflictos y, sin embargo, nadie diría que, por ello, los jueces incumplieron su función.

Ahora bien, rechazada la caracterización de la función jurisdiccional como resolución de conflictos entonces ya no está justificada la tesis de que si la respuesta a (a) es negativa, la respuesta a (b) es que el juez tiene discrecionalidad para resolver. Muy por el contrario, si seguimos la caracterización de la función jurisdiccional ofrecida más arriba, se sigue que el juez no tiene discrecionalidad y que debe rechazar la demanda.

Atria utiliza dos ejemplos para apoyar su caracterización de la función jurisdiccional y mostrar la plausibilidad de la tesis de la asimetría y el dilema al que conduce el positivismo.

---

13 *Ibid.*, p. 53

14 *Ibid.*, p. 54



El *caso del matrimonio escocés* (ME): Una pareja escocesa de recién casados no se pone de acuerdo acerca del lugar al que irse de vacaciones. Deben y quieren ir juntos pero cada uno quiere ir a lugares distinto. Él quiere ir a Francia, ella a Sudáfrica. No hay, sin embargo, una regla del derecho escocés que especifique donde una pareja de recién casados debe pasar sus vacaciones. Él la demanda y solicita al juez que falle en su favor imponiéndole la obligación de ir a Francia. ¿Qué debe decidir el juez?<sup>15</sup>

El *caso de la reivindicación de inmuebles* (RI): Supongamos que un sistema jurídico está integrado por las siguientes dos normas:

N1: Si el adquirente es de buena fe, el enajenante es de mala fe y la transferencia del inmueble fue realizada a título oneroso, es obligatoria la restitución del inmueble

N2: Si la transferencia fue realizada a título gratuito, es obligatoria la restitución del inmueble

El caso del adquirente de mala fe, enajenante de buena fe y transferencia a título oneroso no está regulado. En esas condiciones, el dueño legítimo demanda al poseedor exigiendo la restitución. ¿Qué debe hacer el juez?<sup>16</sup>

Atria sostiene que, si el positivismo es verdadero, entonces en ambos casos el deber del juez es rechazar la demanda. La razón es la referida asimetría entre acoger y rechazar la demanda.

41

Se supone que en ME todos acordamos en que el juez debe rechazar la demanda. El ejemplo muestra tres cosas. Primero, que la caracterización de la función jurisdiccional como resolución de conflictos es incorrecta. La razón es que en este caso el deber del juez es no resolver el conflicto. Segundo, que deben distinguirse las preguntas (a) y (b). Tercero, que la tesis de la asimetría es plausible.

En RI, en cambio, Atria sostiene que no existe acuerdo respecto a si el juez debe o no rechazar la demanda. Aquí la estrategia de Atria es mostrar que 1) no hay una diferencia valorativamente neutral entre ME y RI; pero que 2) mientras creemos que en el primer caso el juez está obligado a rechazar la demanda, no sucede lo mismo respecto al segundo caso.

---

15 Atria, "Sobre las lagunas", *op. cit.*, p. 17.

16 *Ibid*, p. 20. Se trata del célebre caso del derecho argentino que AyB analizaron en Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, Cap. I.

¿Por qué creemos que el segundo caso difiere del primero? A juicio de Atria, la razón es que “por razones normativas (yo diría morales) nos parece inadecuado no proteger al tercero de buena fe”.<sup>17</sup> En este caso, el argumento del juez debería ser “el derecho debería ser distinto, por lo tanto es distinto”. Sin embargo, esta no es una salida que el positivista tenga a su disposición. Por lo tanto, en los casos en los que hay lagunas, el positivista deberá sostener que corresponde que el juez rechace la demanda. En consecuencia, en ningún caso de laguna los jueces tendrán discreción. El positivismo conduce al **formalismo**.

En segundo lugar, Atria argumenta que si, en cambio, se niega la tesis de la asimetría, entonces, el positivismo conduce al **escepticismo**. Ello por dos razones.

En primer lugar, en *todos* los casos *no regulados* el juez tendría discreción. Ello incluye a casos como ME y a una infinidad de supuestos en los que creemos que el juez tiene el deber de rechazar la demanda: “cortar el pasto, vestir ropas oscuras, dormir de noche, dormir de día, y un enorme número de otras acciones que no están explícitamente prohibidas ni explícitamente permitidas constituirían, si fueran llevados ante una corte, “casos no regulados”, con la implicación de que la corte tendría discreción para solucionarlo del modo más apropiado”.<sup>18</sup>

42

En segundo lugar, porque incluso en los casos que sí están regulados el juez tendría discreción. Para mostrar por qué Atria recurre a un tercer ejemplo.

*El caso del comprador despedido (CD)*: Fernando compra un bien a Eugenio y se compromete a pagarle en el futuro. Sin embargo, antes de pagar el precio, es despedido (llamemos a esta propiedad “c” por cesante). Fernando, entonces, se niega a pagar (llamemos a esta propiedad “i” por incumplimiento). En consecuencia, Eugenio decide demandar a Fernando exigiendo el pago del precio invocando la norma que correlaciona el caso i con la obligación de cumplimiento forzado. Ante la demanda, Fernando opone una novedosa excepción de desempleo, “c”. Sin

---

17 Atria, “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”, *op. cit.*, 63. Aquí Atria comete un error. En el caso RI el adquirente no es de buena fe sino de mala fe. En este sentido, debería haber dicho que creemos que, por razones morales, el adquirente de mala fe no merece protección (y que, por lo tanto, el juez no debe rechazar la demanda sino hacerle lugar). El marco en el que realiza la afirmación es, empero, más complejo. Afirma que es por razones morales que no creemos que N1 y N2 sean redundantes respecto a una tercera regla, N3, que obliga siempre al actual poseedor a restituir el inmueble al dueño legítimo. Sin embargo, más adelante, sostiene que esas mismas razones morales se aplican al caso RI: “los argumentos normativos para dar al adquirente de buena fe en el caso de Alchourrón y Bulygin *alguna* protección son, sin embargo, suficientemente poderosos.” (*Ibid*, 64).

18 Atria, “Sobre las lagunas”, *op. cit.*, 27.

embargo, el caso *ci* no está regulado: ninguna norma considera explícitamente el caso en que el deudor fue despedido. ¿Qué debe hacer el juez?<sup>19</sup>

El argumento de Atria es que, si se niega la asimetría, entonces el juez tendría discreción en el caso *ci* (que es un caso no regulado). Esto, sin embargo, tiene consecuencias escépticas devastadoras. En efecto, “para hacer de un caso aparentemente regulado uno no regulado todo lo que tendríamos que hacer es listar sus propiedades hasta que encontremos una propiedad no mencionada por regla alguna, y entonces estaríamos libres para decir que el caso no es regulado y el juez tiene discreción.”<sup>20</sup>

El positivismo enfrenta, entonces, un dilema. Si acepta la asimetría, entonces conduce al formalismo. Si la rechaza, entonces conduce al escepticismo. De este modo, se justifica la premisa (3) del argumento expuesto *ut supra*.

El argumento se puede expresar en los siguientes términos:

- 1) La tesis de la asimetría es verdadera o falsa ( $A \vee \neg A$ )
- 2) Si el positivismo acepta la asimetría, entonces conduce al formalismo  
( $(P \wedge A) \rightarrow F$ )
- 3) Si el positivismo rechaza la asimetría, entonces conduce al escepticismo  
( $(P \wedge \neg A) \rightarrow E$ )
- 4) Por lo tanto, el positivismo conduce al formalismo o al escepticismo  
( $P \rightarrow (F \vee E)$ )

43

El punto de Atria es que los casos no regulados no son un criterio adecuado para identificar los casos en que el juez tiene discreción. Por un lado, hay casos, como ME y CD, que no están regulados y en los que creemos que el juez no tiene discreción. Se trata de casos que el derecho no regula ni pretende regular. Hay otros casos, como RI, que no están regulados y en los que creemos que el juez sí tiene discreción. Se trata de casos que el derecho no regula pero pretende regular.

El positivismo, por otro lado, no puede distinguir entre ambos tipos de casos. O bien, el juez no tiene discreción en ningún caso no regulado (formalismo). O bien, el juez tiene discreción en todos los casos (escepticismo). La única manera de evitar el dilema y distinguir entre ambos tipos de casos es abandonando el positivismo y apelando a consideraciones morales/valorativas.

---

19 Atria, “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”, *op. cit.*, 65.

20 *Ibid*, 65.

### III. La respuesta de Bulygin

La respuesta de Bulygin consiste en rechazar la tesis de la asimetría entre acoger y rechazar la demanda y en negar que ello tenga (parte de) las consecuencias escépticas que Atria le atribuye. Para ello argumenta del siguiente modo.

#### A. La caracterización de la FJ como solución de conflictos no es ideológica ni inadecuada

En primer lugar, sostiene que la caracterización de la función jurisdiccional como resolución de conflictos no es ni ideológica, ni (totalmente) inadecuada.

En este orden de ideas, reconoce que las funciones del juez civil y las funciones del juez penal son diferentes y que esa diferencia no había sido suficientemente destacada en NS. Así, “la descripción del proceso penal en términos de conflicto entre la acusación del acusado es poco adecuada [...] Es verdad que el juez penal está primariamente interesado en determinar si el acusado ha violado alguna norma penal y no en resolver conflictos”.<sup>21</sup>

44 Sin embargo, aclara que esto es así, no por razones conceptuales o lógicas, sino porque en el derecho penal liberal existe una norma de clausura al estilo de la regla *nullum crimen, sine praevia lege penale*. En otros sistemas penales, que respondieran a una ideología distinta, la cuestión podría ser distinta. Así, por ejemplo, “[e]n un sistema penal cuya función es el exterminio de ciertos males (herejías, ideas contrarrevolucionarias o contrarias al sano sentimiento del pueblo, etc.) la tarea principal del juez no es «la determinación autoritativa del hecho de la violación de las normas primarias», sino detectar creencias, actos o pensamientos perniciosos, con independencia de si las normas primarias han sido violadas o no”.<sup>22</sup>

En este sentido, sólo en el proceso penal liberal la función del juez es correctamente caracterizada como la “determinación autoritativa de la violación de reglas primarias”.

Por otro lado, sería un error extender la caracterización de la función de los jueces penales a la de los jueces civiles. En el proceso civil *capitalista* basado en la propiedad privada la función del juez es la solución del conflicto entre el actor y el demandado. Y, contrario a lo que sucede en el proceso penal, los jueces civiles frecuentemente prohíben conductas que no estaban prohibidas por las normas

---

21 Bulygin, “En defensa de El Dorado: Respuesta a Fernando Atria”, *op. cit.*, 76.

22 *Ibid.*, 76.

primarias especialmente, aunque no exclusivamente, en supuestos de laguna. Resulta entonces que la caracterización de Atria es adecuada sólo para el derecho penal liberal y no para el derecho civil capitalista.

Finalmente, que la función de los jueces varíe en distintos sistemas jurídicos según la ideología a la que respondan no implica que la caracterización o descripción de esa función sea, asimismo, ideológica. “Una cosa es el proceso judicial (que presupone una ideología política) y otra muy distinta es la descripción de este proceso.”<sup>23</sup>

B. La justificación de la tesis de la simetría no depende de la caracterización de la función jurisdiccional como resolución de conflictos

En segundo lugar, sostiene que la tesis de la simetría (i.e., el rechazo de la asimetría) no está basada en la caracterización de la función jurisdiccional como solución de conflictos sino en la tesis de que la resolución de casos judiciales requiere el dictado de una norma individual que, a su vez, sólo puede justificarse en una norma general (sea que haya sido creada por el juez o que pertenezca al ordenamiento jurídico). Esto es así tanto en los procesos civiles como en los procesos penales. La única diferencia entre ambos es que “en los juicios penales el juez tiene el deber de absolver al acusado si comprueba que éste no infringió ninguna norma penal, puesto que la norma de clausura permite todas las conductas no prohibidas por las normas penales mientras que en el derecho no penal (civil, comercial, laboral, etc.) no existe habitualmente tal norma de clausura. Dicho en otras palabras, en el derecho penal no hay lagunas normativas, mientras que en el derecho civil puede haberlas”.<sup>24</sup>

45

¿Por qué del hecho de que la resolución del caso judicial requiera el dictado de una norma individual se sigue que la tesis de la asimetría es falsa? Porque sea para acoger la demanda o para rechazarla el juez deberá dictar una norma individual. Una que ordene al demandado a realizar la conducta que se le exige en el primer caso. Y una que permita al demandando no hacer lo que se le exige en el segundo. Para justificar *cualquiera* de estas dos normas individuales el juez necesita una norma general. Sin embargo, por hipótesis, en los casos de laguna no existe una norma general que regule el caso (i.e., que lo correlacione con una de las dos soluciones normativas referidas). Por lo tanto, en cualquiera de los dos casos, el juez deberá *crear* una regla general. Las condiciones de justificación de una sentencia estimatoria y una sentencia desestimatoria son, entonces, simétricas.

---

23 *Ibid.*, 76.

24 *Ibid.*, 78. Ver nota 10.

En ambos casos se requiere una norma general que, por hipótesis, no existe en los supuestos de laguna (en un caso una norma que obligue al demandado a realizar lo que se le exige, en el otro una norma que le permita no hacerlo).

### C. La distinción entre normas y proposiciones normativas

En tercer lugar, Bulygin sostiene que el hecho de que Atria no advierta que la solución del caso judicial requiere siempre el dictado de una norma individual y que, por lo tanto, las condiciones de justificación de sentencias estimatorias y desestimatorias son simétricas, se explica porque no distingue adecuadamente entre normas y proposiciones normativas.

En este sentido, “si el juez se limitara a informar a las partes que el derecho no contiene una norma que obligue al demandado, su sentencia sería una proposición normativa”.<sup>25</sup> Sin embargo, una proposición normativa, en los casos de procesos normativos, no resuelve el caso judicial.

Atria confunde la proposición normativa “no hay una norma que pertenezca al sistema que obligue al demandado a realizar la conducta exigida” con el dictado de la norma individual “el demandado no está obligado a realizar la conducta exigida, esto es, tiene permitido omitirla”.

46

La primera es una proposición verdadera en caso de lagunas pero no resuelve el caso judicial. Sólo el dictado de la norma individual resolvería el caso. Sin embargo, el dictado de una norma individual sólo puede justificarse en una norma general que, por hipótesis, no existe. En efecto, para dictar una norma que permita al demandado omitir la conducta exigida no es justificación suficiente, en el marco de los procesos civiles, sostener que no hay ninguna norma general que lo obligue a realizarla; es necesario que exista una norma general que expresamente le permita omitirla, norma que, en caso de lagunas, no existe. Ello implica que también para desestimar la demanda el juez debe crear una regla general.

### D. La defensa del cargo de escepticismo: casos no regulados vs. lagunas normativas.

Hasta aquí Bulygin explicó por qué debe rechazarse la tesis de la asimetría y, por lo tanto, por qué la existencia de lagunas es suficiente para afirmar que el juez

---

25 Bulygin, “Creación y aplicación del derecho”, *op. cit.*, 40.

tiene discreción en esos casos. Evita, de este modo, el cargo de formalismo. ¿Cómo se defiende del cargo escepticismo?

Primero, sostiene que debe distinguirse entre conductas no reguladas y lagunas normativas. En este sentido, no toda conducta no regulada es una laguna normativa. Por el contrario, hay una infinidad de conductas no reguladas que nadie calificaría como lagunas.

En *Normative Systems* las lagunas normativas se caracterizan como *casos* –definidos en función de las propiedades que de conformidad con las normas del sistema poseen relevancia normativa– *no correlacionados con ninguna solución*. En este sentido, para que exista una laguna normativa respecto de una acción determinada, es necesario que exista un caso caracterizado por propiedades que sean relevantes, según el sistema normativo, respecto a la calificación deóntica de la acción cuyo status deóntico se discute.

Sin embargo, Bulygin aclara que los casos no regulados pueden dar lugar a problemas similares a los que plantean las lagunas normativas. En efecto, si se iniciara una demanda exigiéndose la realización de la una conducta no regulada, entonces, al igual que en los casos de lagunas, el juez tiene discreción para acogerla o rechazarla. Las mismas razones que conducen a la discrecionalidad en un caso conducen a la discrecionalidad en el otro, a saber, que la resolución del caso requiere el dictado de una norma individual que sólo se puede justificar en una regla general que, por hipótesis, no existe y que, por lo tanto, debe ser creada por el juez.

47

E. La defensa del cargo de escepticismo: la solución de un caso implica la solución de los casos más finos.

Segundo, Bulygin sostiene que la acusación de que el rechazo de la tesis de la asimetría conduce a la tesis escéptica de que, incluso en los casos regulados, el juez tiene discreción para resolver, está basada en un error.

En este sentido, argumenta (correctamente) que “Es un teorema demostrable [...] que si un sistema normativo es completo respecto de un universo de casos (correspondiente a un UP), entonces es también completo respecto de todos los universos de casos más finos, es decir, que están caracterizados por más propiedades [...] Para usar el ejemplo de Atria: si el caso de incumplimiento de una obligación (I) está regulado, también está regulado el caso de incumplimiento de una obligación y pérdida de empleo (IC). Y no porque no sea un caso distinto de I, sino porque es más fino que I [...] por consiguiente el agregado de una propiedad no mencionada por ninguna norma no produce los efectos

que Atria le atribuye; el caso sigue siendo regulado y no hay discreción judicial”.<sup>26</sup>

#### IV. Una vía intermedia

La respuesta de Bulygin es, creo, insatisfactoria. Uno de los desafíos de Atria consistía en que se proveyera un modo de distinguir entre casos como el del matrimonio escocés y casos como el de la reivindicación de inmuebles. Bulygin sostiene, como vimos, que la diferencia es que sólo el segundo es un supuesto de laguna normativa. Sin embargo, no se trata de una distinción *relevante* porque, a juicio de Bulygin, en ambos casos el juez tiene discrecionalidad. Por lo tanto, Bulygin concede que, en este sentido, la tesis de la simetría tiene consecuencias escépticas.

Esta solución es, a mi entender, problemática. En este orden de ideas, creo que Bayón tiene razón cuando observa que “sostener que cuando alguien pretende hacer valer que un derecho que (por hipótesis) no tiene el ordenamiento deja al juez en posición de decidir discrecionalmente si acoge o no semejante pretensión tiene que ser, en mi opinión, el producto de algún serio malentendido”.<sup>27</sup>

48

Sin embargo, contra Atria, creo que, aún aceptando ello, es posible sostener, sin abandonar el positivismo, que en los supuestos de laguna normativa el juez tiene discreción (al menos en el sentido de que la justificación de la decisión judicial requiere la creación de una regla).

Por lo tanto, contra lo que sostienen Atria y Bulygin, creo que existe una diferencia *relevante* entre los casos de laguna normativa y los casos no regulados.

Sin embargo, a efectos de explicitar y justificar esta tesis es necesario previamente realizar algunas consideraciones respecto al problema de la caracterización de la función jurisdiccional e introducir ciertas aclaraciones respecto al concepto de propiedad relevante.

#### V. Función jurisdiccional, sistemas del ciudadano y del juez y discrecionalidad judicial

La cuestión de la caracterización de la función jurisdiccional es un problema complejo. Las preguntas que deben responderse son, entre otras, las siguientes:

---

<sup>26</sup> Bulygin, “En defensa de El Dorado: Respuesta a Fernando Atria”, en Fernando ATRIA et al., *Lagunas en el derecho*, op. cit., p. 84

<sup>27</sup> Juan Carlos Bayón, “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”, en Atienza et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, op. cit., 39.



¿en qué condiciones sostenemos que un individuo u órgano ejerce funciones jurisdiccionales? ¿qué distingue a un juez de un árbitro?, etc.

La respuesta a estas preguntas probablemente implique identificar ciertas obligaciones distintivas que tienen los individuos u órganos que ejercen la función jurisdiccional y las razones a las que están autorizados a recurrir para justificar las decisiones que toman en ejercicio de esa función.

Sin embargo, este problema conceptual no debe confundirse con la cuestión de cuáles son los deberes de los individuos que ejercen la función jurisdiccional en un determinado sistema jurídico.

Consideremos la posición de Bulygin. Quizás sea cierta la tesis de que el deber de los jueces en un determinado sistema sea resolver conflictos aun cuando el derecho no disponga nada al respecto. Ello no implica, empero, que ello sea una caracterización adecuada de la función jurisdiccional (ni siquiera para ese sistema). Los individuos que ejercen la función jurisdiccional pueden tener, además de la obligación de ejercer esa función, la obligación de resolver conflictos no solucionados por el derecho si una norma así lo dispone. En ese caso, los mismos individuos que ejercen funciones jurisdiccionales, ejercerán también la función de resolver conflictos.

49

En el mismo orden de ideas, debe evitarse el error contrario y afirmar que los jueces sólo están autorizados a actuar en ejercicio de su función jurisdiccional. Si, como señala Atria, la función jurisdiccional consiste en la determinación autoritativa de que se ha violado una norma, ello no implica que, en un caso en el que no se haya violado ninguna norma, el juez esté obligado a rechazar la demanda. No hay ningún inconveniente en que el juez sostenga que no se ha violado ninguna regla en ejercicio de su función jurisdiccional y, sin embargo, haga lugar a la demanda, por ejemplo, invocando una norma que lo autoriza a resolver conflictos incluso en ausencia de una norma que lo solucione.

Es importante, entonces, distinguir entre el sistema de los ciudadanos y el sistema del juez. Las obligaciones de los ciudadanos y las obligaciones de los jueces relativas al acogimiento o rechazo de la demanda son lógicamente independientes. Sin embargo, la relevancia de esta distinción no debe exagerarse. Para que un sistema jurídico sea reconocible como tal y cumpla ciertos propósitos prácticos es necesario que exista cierta correlación entre las obligaciones de los ciudadanos y las obligaciones de los jueces.

Por otro lado, es necesario advertir que la discusión entre Atria y Bulygin es, no tanto sobre la caracterización de la función jurisdiccional, sino sobre las condiciones de justificación de las decisiones judiciales. La posición de Bulygin es que el rechazo de la demanda requiere para su justificación el dictado de una norma individual que, a su vez, sólo puede justificarse en una norma general (que, en su caso, deberá ser creada por el juez). La posición de Atria es que el rechazo de la demanda está justificado siempre que no haya una regla que obligue al demandado a realizar la conducta exigida. La premisa compartida es que los jueces deben justificar su decisión jurídicamente. La discusión es acerca de qué implica esta exigencia en los casos no regulados por el derecho. No creo que ningún argumento que apele a una determinada caracterización de la función judicial sea determinante para resolver esta controversia.

## VI. Propiedades relevantes y razones jurídicas

En el esquema conceptual de AyB una norma es un enunciado que correlaciona un caso genérico con una solución normativa. Los casos genéricos se definen en función de un universo de propiedades relevantes. Ahora bien ¿qué quiere decir que una propiedad sea relevante?

50 Para entender el concepto de propiedad relevante debe introducirse el concepto de casos complementarios. En este sentido, AyB sostienen que:

“dos casos son complementarios con respecto a una propiedad  $p$  si, y sólo si, los dos casos difieren entre sí en que  $p$  está presente en uno de ellos y ausente en el otro, siendo iguales en todas las otras propiedades definitorias del caso”.<sup>28</sup>

Por su parte, “La propiedad  $p$  es relevante en el caso  $C_i$  de un UCj en relación a un sistema normativo  $\alpha$  y un UAk = Df. El caso  $C_i$  y su caso complementario respecto a  $p$  en UCj tienen diferente status normativo en relación a  $\alpha$  y el UAk”.<sup>29</sup>

Ahora bien, ¿qué es lo que hace que una propiedad sea relevante en este sentido? O, en otros términos, ¿qué es lo que hace que un caso y su complementario tengan un status normativos distinto? A mi entender, una de estas tres cosas, a saber:

- a) bien se considera que el hecho de que un caso posea la propiedad  $p$  es una razón para considerar prohibida, obligatoria o permitida a cierta acción;
- b) o bien se considera que el hecho de que un caso no posea la propiedad  $p$  es una razón para considerar prohibida, obligatoria o permitida a cierta acción;

<sup>28</sup> Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 152.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 152.

c) bien se considera que tanto el hecho de que un caso posea la propiedad  $p$  como el hecho de que no posea la propiedad  $p$  son una razón para calificar deónticamente a una cierta acción (aunque para hacerlo de modos distintos)

En este sentido, si una propiedad  $p$  es relevante, entonces  $p$  o no- $p$ , o ambas, son una razón para considerar a una acción como prohibida, obligatoria o permitida.

Es importante advertir que el hecho de que una propiedad  $p$  sea una razón para considerar obligatoria/prohibida/permitida a una acción  $x$  no implica que no- $p$  sea, asimismo, una razón para calificar deónticamente a  $x$ .

En este orden de ideas, respecto de toda propiedad relevante es importante establecer dos cosas:

- a) Si su presencia, su ausencia, o ambas, son una razón para calificar deónticamente a una acción (esto es, *¿qué cuenta como razón?* ¿ $p$ , no- $p$ , o ambas?).
- b) Si son una razón para considerarla prohibida, obligatoria o permitida (esto es, *¿para qué cuentan como una razón?*).

Si el sistema normativo relativo al cual la propiedad es relevante es un sistema jurídico, diré que el hecho de que un caso instancie esa propiedad (o, en su caso, su complementaria) es una *razón jurídica* para considerar a una acción como prohibida, obligatoria o permitida.

51

Por otro lado, debe advertirse que el hecho de que haya una razón jurídica para considerar obligatoria (o prohibida, o permitida) a una acción no quiere decir que esa acción sea obligatoria. Consideremos las siguientes normas:

- N1: Si llueve y hace frío es obligatorio usar campera.
- N2: Si hace frío, aunque haya sol, es obligatorio usar campera.
- N3: Si no llueve, no hace frío y no hay sol, no es obligatorio usar campera.

El hecho de que llueva, el hecho de que haga frío y el hecho de que no haya sol son las tres razones para considerar que es obligatorio usar campera. Sin embargo, ello no significa que haya una norma que establezca que si llueve hay que usar campera, ni una norma que establezca que si no hay sol es obligatorio usar campera.

Es preciso aclarar, además, que las razones jurídicas no son las únicas razones relevantes en las decisiones judiciales. Muchas veces existen normas del sistema que autorizan a los jueces para apelar a otras razones. Hay dos tipos de razones especialmente relevantes en este sentido: las razones morales y las razones

subyacentes a las reglas (o principios).<sup>30</sup> El resultado de la apelación a las razones subyacentes a las reglas jurídicas es la creación de una regla (analogía) o la modificación de una regla existente por la introducción de nuevas propiedades relevantes (distinción). Con respecto a las propiedades relevantes de este segundo conjunto de reglas (i.e., el resultante de la apelación a las razones subyacentes) valen las mismas consideraciones que con respecto a las propiedades relevantes de las reglas jurídicas *simpliciter* (o, si se quiere, *prima facie*). Si los jueces están autorizados a apelar a estas razones (razones morales y razones basadas en principios) me referiré a ellas como razones jurídicamente admisibles.

Ahora bien, ¿qué relevancia tiene esto respecto al problema de las lagunas, la tesis de la asimetría y la discrecionalidad judicial? Intentaré explicar esto en el apartado siguiente.

## 7. Razones jurídicas, exigencias y asimetrías.

### A. El derecho como práctica de dar y pedir razones para la acción

Entre la multitud de prácticas de las que participamos, hay un subconjunto de prácticas que consisten en dar y pedir razones para la acción. El derecho es (entre otras cosas) una de esas prácticas. Tiene dos características que son relevantes en el marco de esta discusión. En primer lugar, que hay un tipo de razones, las razones jurídicas (en el sentido especificado), que sólo tienen “valor de cambio” en esta práctica y que ocupan un lugar privilegiado en ella (lo que no quiere decir que sean las únicas razones admisibles).

En segundo lugar, es una práctica en la que la acción de exigir a otro la realización u omisión de una acción es un “movimiento” (para utilizar la insistente analogía con los juegos) que tiene un status particular en ella.

### B. La justificación de las exigencias y la asimetría entre actuar y omitir

La acción de exigir a otro que realice u omita una acción está justificada sólo si existen razones jurídicas o razones de otro tipo jurídicamente admisibles para que ese otro realice u omita la acción, esto es, si existen razones para considerar que tiene la obligación de realizarla u omitirla.<sup>31</sup> Este es, creo, un rasgo fundamental y general de nuestras prácticas de dar y pedir razones para la acción. El rasgo

<sup>30</sup> La distinción entre estos dos tipos razones no implica que la determinación de las razones subyacentes a una regla no pueda depender o no dependa, a su vez, de consideraciones morales.

<sup>31</sup> Se trata de una condición necesaria aunque no suficiente.

distintivo de la práctica jurídica a este respecto es que las razones que tienen “valor de cambio” en ella son distintas (aunque este, por supuesto, no es el único rasgo en el que se distingue de, por ejemplo, la práctica del discurso moral).

Esta característica está vinculada a otro rasgo característico de nuestras prácticas de dar y pedir razones para la acción, a saber, la asimetría existente entre actuar y omitir.

Esta asimetría es una consecuencia de las reglas que rigen nuestra práctica argumentativa de dar y pedir razones para la acción en general. Para explicitar estas reglas creo que podemos pensar en esta práctica como en un juego.

En este juego, cuando un jugador actúa, en principio, está permitido exigirle razones. Si las ofrece, “anota un punto” (ha justificado su acción: podemos pensar en las razones como modificando el status de la acción y en ese status como el marcador del juego). Si no las ofrece, entonces “pierde un punto” (ha realizado una acción injustificada). En cambio, no sucede lo mismo respecto a las omisiones. Si un jugador omite una acción, no está permitido exigirle razones, a menos que se presenten razones por las que debería actuar. En otros términos, el jugador que exige razones para omitir debe presentar una razón que *prima facie* justifique actuar. Esto implica que la acción de exigir razones es una acción que debe estar ella misma justificada.

53

¿Por qué? Porque si ello no fuera así la carga de justificación sería excesiva: uno debería estar obligado a justificar no sólo las acciones que realiza sino todas las (potencialmente infinitas) que omite. Esto no quiere decir que nunca deba justificarse una omisión. Sólo implica que la exigencia de dar razones en los casos de omisión sólo es procedente cuando se cree que había una razón por la que el jugador al que se le exigen razones debería haber actuado de otro modo.

Ahora bien, ¿por qué está la regla anterior (i.e., una exigencia sólo está justificada si hay razones jurídicas para considerar que aquél a quien se dirige la exigencia está obligado a realizar la acción exigida) vinculada a la asimetría entre actuar y omitir? Supongamos que un jugador exige a otro que realice una acción o que se abstenga de realizar una acción. Si el jugador omite realizar la acción exigida o realiza la acción que se le exigió que no haga, ¿deberá dar alguna razón por su omisión de cumplir la exigencia? Sólo si se indica una razón por la cual debía cumplirla, esto es, si se indica una razón por la cual debía realizar la acción omitida u omitir la acción realizada. Por lo tanto, quien “incumple” una exigencia sólo debe responder por ello si había razones para realizar la acción exigida. Si esto es así, entonces, una exigencia sólo estará justificada si, precisamente, existen razones para considerar que aquél a quien se dirigió la exigencia debía realizar la acción exigida.

### C. La equivalencia pragmática entre permiso fuerte y permiso débil

Es en este sentido (limitado) que debe aceptarse la tesis de la equivalencia pragmática entre permiso débil (la acción no está expresamente prohibida) y permiso fuerte (la acción está expresamente permitida).

Si afirmar que una acción está permitida significa que su omisión no es exigible (i.e., que no es obligatoria)<sup>32</sup> y si, como sugerí, el hecho de que no existan razones jurídicas (ni otras jurídicamente admisibles) para considerar que la acción está prohibida implica que su omisión no es exigible, entonces, el hecho de que esa acción esté, además, expresamente permitida, es irrelevante. Se trata, no obstante, de un sentido limitado por dos razones.

Primero, porque, en virtud del concepto de razones jurídicas especificado en el apartado 6, no es necesario que exista una norma que establezca que una acción es obligatoria para afirmar que existen razones jurídicas para considerar obligatoria a esa acción. Por lo tanto, existe la posibilidad de que no exista una norma que establezca que es obligatorio x y que, sin embargo, sea verdad que existen razones jurídicas para considerar obligatorio a x. Si este es el caso, entonces, que una norma permita expresamente la acción es relevante pragmáticamente porque ello supone que se consideró que las razones jurídicas no eran suficientes para que sea obligatoria o que había otras razones que las derrotaban (que deberán considerarse, entonces, razones jurídicas para permitir la acción).

54

Sin embargo, *esto* no implica que, en virtud de *otras* razones jurídicamente admisibles, no se pueda considerar que la acción es, no obstante, obligatoria. Aún en este caso, existe, empero, una diferencia pragmática. Ello así, porque, las razones subyacentes deberán, en este caso, *derrotar* a las razones jurídicas que existan para considerar permitida a la acción. Este es el sentido, creo, en el que Atienza señala que “hay una diferencia pragmática entre la no regulación y la regulación permisiva [...] al menos normalmente, el esfuerzo argumentativo [para concluir que el sistema no impone restricción alguna sobre la conducta] será menor cuando existe una permisión expresa”.<sup>33</sup>

---

32 Aquí me ocupo de los problemas relativos a la acción de exigir porque es el marco en el que se discuten las lagunas. La acción de *castigar* tiene también un status especial en la práctica jurídica que aquí no discutiré. La aclaración viene al caso porque que una acción esté permitida puede también significar que no es punible. Sin embargo, las dos cuestiones están conectadas. Quizás podría sostenerse que una acción no es punible si (aunque no sólo si) su omisión no era exigible.

33 Manuel Atienza, “Sobre «Creación judicial del derecho» de Eugenio Bulygin”, en Atienza et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, op. cit., p. 110.

En síntesis, la equivalencia pragmática sólo significa que si no hay razones jurídicas ni otras jurídicamente admisibles para considerar obligatoria a una acción, entonces, la permisión expresa de esa acción es pragmáticamente irrelevante. No obstante, los permisos expresos tienen relevancia pragmática en los siguientes casos:

1) Si existen razones jurídicas para considerar obligatoria a la acción, su permisión expresa supone que ellas no son suficientes o que existen otras razones jurídicas para considerar permitida a la acción.

2) Si existen razones subyacentes que justifican considerar obligatoria a la acción, ellas deberán derrotar a las razones jurídicas para considerar permitida a la acción (expresadas por las normas permisivas).

### **VIII. Razones jurídicas, lagunas y discrecionalidad judicial**

Es posible, ahora, explicitar las consecuencias que la regla referida, según la cual una exigencia sólo está justificada si existen razones para que aquél a quien se dirige la exigencia realice la acción exigida, tiene respecto de la relación entre casos no regulados y discrecionalidad judicial.

La primera es que si no existen razones jurídicas ni otras razones jurídicamente admisibles entonces el juez debe rechazar la demanda que exija la realización de una acción (o su omisión). Ello porque la exigencia del juez de que el demandado realice esa acción sólo está justificada si existen tales razones. En cambio, el rechazo de la exigencia sólo requiere señalar que ella no está justificada. Estos son los casos que el derecho no regula ni pretende regular (como ME). En estos casos el juez carece de discreción para resolver.

Debe señalarse que, contra lo que sostiene Bulygin, en estos casos no es necesario que el juez dicte una norma general que expresamente permita la conducta exigida para que su decisión esté justificada. El juez debe rechazar la demanda porque no está justificada. No necesita invocar una norma que regule el caso para justificar esta afirmación.

La segunda es que si no existen razones jurídicas para considerar obligatoria a la acción entonces el juez sólo podrá hacer lugar a la demanda si existen otras razones jurídicamente admisibles para considerar obligatoria a la acción exigida y está autorizado a apelar a tales razones. Esto es, sólo si está permitida la analogía y existen razones subyacentes a las reglas para considerar que la acción exigida es obligatoria. Estos son

los casos para los que Ruiz Manero reserva el término de “lagunas normativas”<sup>34</sup> y a los que Bayón denomina “lagunas de la ley”.<sup>35</sup> En estos supuestos, la identificación de un caso como un caso de laguna requiere sostener que debe, de acuerdo a las razones subyacentes, ser resuelto de otra manera. Por lo tanto, no es posible identificar una laguna de la ley y, al mismo tiempo, sostener que se ignora cuál es la solución correspondiente. En los casos en que no existen razones jurídicas, el juez debe, o bien rechazar la demanda, o bien hacerle lugar aduciendo razones subyacentes que permitan considerar obligatoria a la acción exigida. Estos son casos que el derecho no regula pero admite regular. En estos casos el juez tiene discreción para resolver sólo en el sentido de que está autorizado a crear una regla que establezca que la conducta exigida es obligatoria por analogía con un caso que está expresa o típicamente regulado.

La tercera es que si hay razones jurídicas para considerar obligatoria a la acción exigida y ella no está expresamente (típicamente) permitida ni expresamente (típicamente) prohibida, entonces el juez tiene *discreción* para resolver, por lo menos, en el sentido de que para resolver el caso judicial deberá crear una regla (que permita o establezca como obligatoria la acción exigida). Estos son los que AyB califican de lagunas normativas. En estos casos, es posible además, distinguir tres supuestos.

56

Un *primer supuesto* es aquél en el que, por razonamientos *a fortiori* que consideren las razones jurídicas aplicables al caso genérico del que el presente caso individual es una instancia y las razones jurídicas que se aplican a otros casos genéricos expresamente (típicamente) regulados, sea posible arribar a una solución para el presente caso. A efectos de ejemplificar este supuesto consideremos *RI*.

El hecho de que el adquirente sea de mala fe es una razón para considerar que la restitución del inmueble es obligatoria. Por lo tanto, si en el caso del adquirente de buena fe, enajenante de mala fe y transferencia a título oneroso, la restitución es obligatoria

---

34 Ruiz Manero define a las lagunas normativas del siguiente modo: “[u]n cierto caso constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese 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” RUIZ MANERO, J., “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” en ATRIA, F., et al., *Lagunas en el derecho*, op. cit., p. 123.

35 En este sentido, Bayón sostiene que “la laguna de la ley es la ausencia de regulación en el nivel de las calificaciones normativas *prima facie*; y además no cualquier ausencia de regulación en dicho nivel, sino sólo la de una que vendría exigida por el balance entre los principios o razones subyacentes del sistema (lo que – por otra parte- vendría a aclarar en qué sentido una laguna –de la ley- es diferente de un supuesto que el derecho no regula «ni pretende regular», que «no interesa al derecho»”. BAYÓN, J., “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”, en ATIENZA, et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, op. cit., p. 55.



(cf. N1), entonces, con mayor razón, la restitución debe considerarse obligatoria si el adquirente es de mala fe, el enajenante es de mala fe y la transferencia a título oneroso.<sup>36</sup>

Por lo tanto, contrario a lo que sugiere Atria, en este caso, el juez debe hacer lugar a la demanda. Para ello, deberá dictar una norma individual, que, a su vez, deberá justificar en una norma general, que deberá *crear* considerando las razones jurídicas aplicables. En estos casos, el juez tiene discreción en el sentido de que debe crear una regla para resolver el caso. Sin embargo, no tiene discreción en el sentido de que las razones jurídicas determinan cuál es la regla que el juez debe crear (o explicitar, si se considera que está implícita).

Por supuesto, existe la posibilidad de que, atendiendo a las razones subyacentes de estas reglas o de otras reglas que se aplican por analogía, el juez distinga este caso (indicando una propiedad que es relevante conforme a aquéllas y que las reglas no mencionan) y, resuelva que, todas las cosas consideradas, el poseedor tiene permitido no restituir el inmueble.

Un *segundo supuesto*, es aquél en que, en cambio, las razones jurídicas no determinan una solución para el presente caso. Es el caso de RI. Si el adquirente es de mala fe, el enajenante de buena fe y la transferencia a título oneroso, no tiene una solución determinada por aplicación de las razones jurídicas. Es cierto que el hecho de que el adquirente sea de mala fe es una razón para considerar obligatoria a la restitución. Sin embargo, el hecho de que el enajenante sea de buena fe y la transferencia a título oneroso son razones para considerar que la restitución no es obligatoria. El balance entre estas razones no está resuelto por una norma expresamente, ni puede ser resuelto razonando *a fortiori* a partir de los casos que sí están expresamente regulados. En estos casos, el juez tiene discreción no sólo en el sentido de que deberá crear una regla para solucionar el caso sino que la creación de esa regla estará basada en una decisión discrecional respecto a qué razones jurídicas deben prevalecer.

Un *tercer supuesto* es aquél en el que, si bien las razones jurídicas no determinan una solución para el caso, existen otras razones jurídicamente admisibles para considerar obligatoria o permitida a la acción exigida y el juez está autorizado a apelar a tales razones. En estos supuestos la laguna normativa se puede integrar apelando a

---

<sup>36</sup> Para un análisis de cómo se pueden resolver supuestos de lagunas apelando a las razones jurídicas utilizando razonamientos *a fortiori*, v. ALONSO, J., "Principios Jurídicos Implícitos y Coherencia", *Doxa* 36 (en prensa). Sin embargo, no creo que sea adecuado reconstruir, como hace Alonso, los argumentos referidos en términos de apelación a principios. En este sentido, creo que debe distinguirse entre decisiones justificadas en razones jurídicas y decisiones justificadas en razones subyacentes.

las razones subyacentes de estas u otras reglas y aplicando por analogía la solución que ellas establecen para el caso genérico expresamente regulado a este caso que no está expresamente regulado. En estos casos, el juez tiene discreción en el sentido de que deberá crear una regla aplicando por analogía otras reglas del sistema.<sup>37</sup>

### IX. Consideraciones finales

Las consideraciones realizadas permiten sostener las siguientes tesis:

1) En primer lugar, que, como sostiene Atria, el hecho de que un caso no esté regulado no es condición suficiente para afirmar que el juez tiene discreción para resolverlo. Por lo tanto, la acusación de escepticismo que Atria realiza al positivismo no está justificada.

2) En segundo lugar, que, contra lo que sostiene Atria, el hecho de que un caso no esté regulado o sea una laguna normativa no es condición suficiente para afirmar que el juez tiene el deber de rechazar la demanda.

3) En tercer lugar, que, como sostiene Bulygin, en los supuestos de laguna normativa el juez tiene discreción en el sentido de que la resolución justificada del caso supone la *creación* de una regla general. Por lo tanto, la acusación de formalismo que Atria realiza al positivismo no está justificada.

58 4) En cuarto lugar, que, en algunos supuestos de laguna normativa, es posible resolver el caso no regulado explícitamente apelando sólo a las razones jurídicas por razonamientos *a fortiori*.

5) En quinto lugar, que, en algunos supuestos de laguna normativa, el juez deberá crear una regla basándose en una decisión discrecional sobre qué razones jurídicas deben prevalecer.

### X. Bibliografía

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio. *Normative Systems*. Springer-Verlag, New York-Wien, 1971. [Versión en español: Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974].

Alonso, Juan Pablo. “Principios Jurídicos Implícitos y Coherencia”, *Doxa* 36 (en prensa).

---

37 La relevancia de algunas de estas distinciones depende de si la aplicación de reglas por analogía supone o no realizar consideraciones morales. Ello ocurre, por ejemplo, respecto a la distinción entre el segundo y el tercer supuesto de lagunas normativas. Sin embargo, no es posible discutir esta cuestión aquí.

- Atienza, Manuel, “Sobre «Creación judicial del derecho» de Eugenio Bulygin”. En Atienza, et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 95-123. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Atienza, Manuel, et al. *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Atria, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*, Portland: Hart Publishing, 2002.
- “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”. En Atria et al. *Lagunas en el derecho*, 45-71. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- , “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”. En Atria, Fernando, et al. *Lagunas en el derecho*, 159-183. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- , “Sobre las lagunas”. En Atria et al. *Lagunas en el derecho*, 15-27. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Atria, Fernando et al. *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Bayón, Juan Carlos. “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”, en Atienza et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 27-73. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- “Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: respuesta a Bulygin”. *Doxa* 33 (2010): 307-317.
- Bulygin, Eugenio. “Creación y aplicación del derecho”. En Atria et al., *Lagunas en el derecho*, 29-44. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- “En defensa de El Dorado: Respuesta a Fernando Atria”. En Atria et al. *Lagunas en el derecho*, 73-85. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- “Creación judicial del derecho”. En Atienza, Manuel, et al. *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, 75-94. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

——— “Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición”. *Doxa* 33 (2010): 283-296.

Caracciolo, Ricardo. “El concepto de laguna, ¿descripción o prescripción?”. En *La noción de sistema en la teoría del derecho*, 27-36. México, Fontanamara, 1994.

Chiassoni, Pierlugi. “El deber de juzgar y las lagunas en el derecho”. En Josep Joan Moreso y Cristina Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, 97-108. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Moreso, Josep Joan. “A Brilliant Disguise: entre fuentes y lagunas”. En Atria et al., *Lagunas en el derecho*, 185-203. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Navarro, Pablo. “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial”. En Atria et al., *Lagunas en el derecho*, 87-101. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, 2da ed., Oxford: Oxford University Press, 1980.

60 Raz, Joseph. *The Authority of Law*, 2da ed., Oxford: Oxford University Press, 2009.

Rodríguez, Jorge. “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”. *Doxa* 22 (1999): pp. 349-369.

——— “La imagen actual de las lagunas en el derecho”. En Atria et al. *Lagunas en el derecho*, 127-157. Madrid: Marcial Pons, 2005

Ruiz Manero, Juan. “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”. En Atria et al., *Lagunas en el derecho*, 103-126. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Ruiz Manero, Juan. “Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del Derecho”. *Doxa* 33 (2010): 297-306.

Soeteman, Arend. “Legal Gaps.” En *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law* [modificado por última vez: 23 de abril de 2009]. Disponible en: [http://ivr-enc.info/index.php?title=Legal\\_gaps&oldid=1427](http://ivr-enc.info/index.php?title=Legal_gaps&oldid=1427)