

FERNANDO ATRIA
EUGENIO BULYGIN
JOSÉ JUAN MORESO
PABLO E. NAVARRO
JORGE L. RODRÍGUEZ
JUAN RUIZ MANERO

LAGUNAS EN EL DERECHO

**Una controversia sobre el derecho
y la función judicial**

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2005 BARCELONA

de los ataques de BULYGIN, NAVARRO y RODRÍGUEZ y propina severos golpes a sus adversarios.

El libro termina con un Epílogo a cargo de José Juan MORESO, profesor de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. MORESO comienza señalando que el tema de las lagunas no es más que un disfraz (*a brilliant disguise*) y lo que está en juego en el trasfondo de la discusión es la viabilidad del positivismo jurídico como teoría del derecho, que BULYGIN, NAVARRO y RODRÍGUEZ afirman y ATRIA y RUIZ MANERO niegan. Sin enrolarse en ninguna de las dos posiciones, MORESO propone una solución intermedia, que si bien no cabe calificar de neutral, es al menos equidistante de los dos bandos. Es la posición del llamado positivismo suave o incluyente. Esta postura permite a MORESO coincidir con ATRIA en que el derecho es un sistema institucional regulativo y no autónomo que recurre en la esfera de su aplicación a razones sustantivas de carácter moral. En coincidencia con RUIZ MANERO, MORESO acepta el doble nivel —el de las reglas y el de los principios jurídicos— en que se desenvuelve el derecho. Pero al mismo tiempo, acepta —si bien en sendas versiones debilitadas— las tesis de las fuentes sociales y de la discreción judicial. Con lo cual no queda excluida la posibilidad de que en vez de quedar bien con las dos partes contrincantes despierte la ira de ambas.

Tal es el contenido de este libro. Queda para el lector la ardua tarea de decidir cuál de los dos bandos sale victorioso de esta confrontación. Pero a diferencia del fútbol lo verdaderamente importante en una discusión filosófica no es perder o ganar, sino aclarar los problemas y en este sentido el presente libro constituye un buen ejemplo.

El texto «Sobre las lagunas» de Fernando ATRIA es una traducción de las páginas 76-86 del libro del mismo autor *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishers, 2002), y se reproduce aquí con la amable autorización de Hart Publishers. Fernando ATRIA también desea agradecer el apoyo financiero del Fondo Nacional Chileno de Desarrollo Científico y Tecnológico, por cuanto sus contribuciones a este volumen son parte de la ejecución del proyecto FONDECYT 1010461 que dicho fondo financia.

1. SOBRE LAS LAGUNAS

Fernando ATRIA
Universidad Adolfo Ibáñez

Hay tres respuestas que una teoría del derecho podría dar al problema de las lagunas:

- 1) Los sistemas jurídicos son necesariamente completos.
- 2) Los sistemas jurídicos necesariamente tienen lagunas.
- 3) La cuestión de si existen lagunas en un sistema jurídico es contingente.

Comencemos con 1), cuyo defensor más famoso fue Hans KELSEN. KELSEN creía que, para cualquier caso concebible:

«O bien el tribunal determina que el demandado o el acusado ha cometido el delito determinado en una norma jurídica general, según afirma el demandante privado o el acusador público y, por ende, que habría lesionado con su conducta una obligación que le estaba impuesta por el orden jurídico, en cuyo caso el tribunal tiene que hacer lugar a la demanda o querrela, ordenando la sanción estatuida por esa norma jurídica general; o bien el tribunal determina que el demandado o acusado no ha cometido el delito, no habiendo lesionado, por ende, con su conducta ninguna obligación que el orden jurídico le impusiera [...] Entonces corresponde que el tribunal rechace la demanda o absuelva al acusado, es decir, que ordene que no se debe imponer sanción alguna contra el demandado o acusado»¹.

¹ KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (1960): 251-252.

El derecho es siempre aplicable: lo que se denomina "laguna" en el derecho no es una laguna *jurídica*, sino una situación en la cual la aplicación del derecho a un caso particular es tan absurda o injusta que el juez asume que el derecho no debe ser aplicado al caso. En las palabras de KELSEN:

«La existencia de una laguna sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación»².

De acuerdo con ALCHOURRÓN y BULYGIN, el ejemplo de KELSEN es instructivo porque él trató de apoyar su argumento sobre la inexistencia de lagunas de dos maneras diferentes. ALCHOURRÓN y BULYGIN sostienen que ésas son *las* dos maneras en que esta tesis podría ser justificada. Las consideraremos en cierto detalle.

Para que un sistema sea cerrado (sin lagunas) debe contener alguna regla de clausura de acuerdo a la cual si el sistema no asigna una propiedad deóntica a cierta acción le asigna una propiedad deóntica a esa acción. El candidato obvio para esa regla (o principio) de clausura es lo que ALCHOURRÓN y BULYGIN llaman el "principio de prohibición": todo lo que no está prohibido está permitido. De acuerdo al significado que le sea asignado a la palabra "permitido", ALCHOURRÓN y BULYGIN distinguen dos versiones de este principio, una *débil* y una *fuerte*. En la versión fuerte, "permitido" significa positivamente permitido, mientras en la versión débil significa sólo no-prohibido. En esta versión (cuando "permitido" sólo quiere decir "no-prohibido") el principio de prohibición «es analítico y, por consiguiente, necesariamente verdadero», porque afirma que si una acción no está prohibida entonces no está prohibida³.

A pesar de que el principio de prohibición en su versión débil es necesariamente verdadero (*i. e.*, es lógicamente verdadero sostener que es parte de cualquier sistema jurídico), para ALCHOURRÓN y BULYGIN es compatible con la existencia de lagunas, «porque no cierra ningún sistema normativo y, por consiguiente, no excluye la posibilidad de sistemas incompletos»⁴. De hecho, como ellos afirman, «una laguna es un caso en el cual hay una acción *p* que está débilmente permitida (y no permitida en sentido fuerte) por el sistema» (NS 126; IMCJS 178). La versión fuerte del principio de prohibición, por otro lado, es suficientemente fuerte como para cerrar cualquier sistema, pero

² *Ibid.*, 255.

³ NS 125; IMCJS, 178.

⁴ NS 126; IMCJS, 178.

«lejos de ser necesario, es una proposición contingente» (NS 127; IMCJS 179). Como KELSEN no ofreció ningún argumento para mostrar cómo y por qué una norma podía tener «la misteriosa propiedad de pertenecer a todos los sistemas jurídicos» (NS 132; IMCJS 187), ellos pueden ser cerrados o abiertos de acuerdo a si contienen, de hecho, un principio fuerte de prohibición. Esto implica rechazar 1), la tesis de KELSEN, y aceptar 3).

En la obra temprana de KELSEN, de acuerdo con ALCHOURRÓN y BULYGIN, la tesis de que los sistemas jurídicos eran necesariamente cerrados se basaba sobre la versión fuerte del principio de prohibición. Precisamente para evitar tener que sostener que había una norma que existía en todos los sistemas jurídicos posibles, KELSEN abandonó la versión fuerte y adoptó, en la segunda edición de su *Teoría Pura del Derecho*, la versión débil del principio de prohibición. Para ALCHOURRÓN y BULYGIN KELSEN, habiendo hecho esta concesión, ya no podía sostener que los sistemas jurídicos eran necesariamente cerrados, y debió aceptar la posibilidad de lagunas aunque fuera a regañadientes:

«Es enteramente posible que la conducta no prohibida, y en este sentido, permitida de un individuo [...] se contraponga a la de otro individuo cuya conducta tampoco está prohibida y, por ende, sea permitida. Tendremos entonces [...] un conflicto de intereses que el orden jurídico no previene; ningún orden jurídico puede prevenir todos los conflictos de intereses»⁵.

ALCHOURRÓN y BULYGIN ven en esto un reconocimiento implícito de la existencia de lagunas, porque «¿qué otra cosa son las lagunas si no son "conflictos de intereses que el orden jurídico no previene"?»⁶. Esto es muy implausible. Considérese el caso siguiente: no hay regla del derecho escocés que especifique dónde una pareja de recién casados debe pasar sus vacaciones. Imaginemos que él quiere ir a Francia, pero ella quiere ir a Sudáfrica. Ellos tienen un conflicto de intereses, porque (imaginemos adicionalmente) ambos tienen que y quieren viajar juntos. Imaginemos por último que él la demanda, y solicita a la jueza que falle en su favor imponiéndole a ella la obligación de ir a Francia. ¿Qué dirá la jueza? Ella probablemente dirá que no existe ninguna regla aplicable, por lo que debe rechazar la demanda⁷.

⁵ KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (1960): 252.

⁶ IMCJS, 187.

⁷ Para una posición similar, véase RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*: 42-3: «de acuerdo [con KELSEN], en caso de inexistencia de norma que determine el *status* deóntico de la conducta del demandado, el juez sí tiene una obligación específica: la de rechazar la demanda. KELSEN ciertamente distingue entre el permitir en sentido negativo [*i. e.*, débil] y el permitir en sentido positivo [fuerte], pero ello no implica, en su opinión, que sólo cuando haya una permisón positiva de la conducta del demandado tenga el juez la obligación específica de rechazar la

El ejemplo muestra que hay dos cuestiones diferentes que ALCHOURRÓN y BULYGIN no distinguen: *a)* ¿qué dispone el derecho escocés en relación con el lugar en que una pareja de recién casados debe pasar sus vacaciones?; *b)* ¿cuál es la solución correcta para este caso? En términos de RAZ, *a)* es una pregunta sobre un enunciado jurídico puro, mientras *b)* es una sobre enunciados jurídicos aplicados. ALCHOURRÓN y BULYGIN creen que una respuesta a *a)* es una respuesta a *b)*:

«Cuando hay una laguna, ¿qué debe hacer el juez? ¿Debe fallar contra el demandado o rechazar la demanda? La respuesta es clara: si el sistema primario no dice nada sobre la acción en disputa, *el juez no tiene una obligación específica* ni de fallar contra el demandado ni de rechazar la demanda. Sólo tiene la obligación genérica de decidir el caso y cumple su obligación decidiendo en una de dos formas posibles: a favor del demandado o rechazando la demanda (suponiendo que éstas son las dos únicas formas de decidir). En otras palabras, el juez tiene la obligación de decidir, esto es, de admitir o rechazar la demanda, pero no tiene una obligación ni de admitirla ni de rechazarla» (NS 156-57; IMCJS 215).

El error de ALCHOURRÓN y BULYGIN, en mi opinión, se explica parcialmente por su caracterización de la función jurisdiccional⁸. Sin ofrecer argumentos adicionales, ellos asumen que “solucionar conflictos de intereses” es la “función primaria” de los tribunales (NS 147; IMCJS 204). Si esto es aceptado, entonces hay un argumento poderoso para sostener que todo conflicto de intereses no solucionado por el sistema jurídico es una laguna. En otras palabras, un *fiat* definitorio arbitrario constituye el vínculo entre *a)* y *b)* para ALCHOURRÓN y BULYGIN.

demanda, mientras que cuando se trate de una permisión negativa tenga sólo la obligación genérica de juzgar y cumpla con ella juzgando de cualquiera de las dos maneras posibles. Dicho de otra forma, la inexistencia de una norma que determine el *status* deóntico de la conducta del demandado tiene para KELSEN [...] exactamente las mismas consecuencias que la existencia de una norma que autorice positivamente la conducta correspondiente». No es claro, sin embargo, si RUIZ MANERO está o no de acuerdo con ALCHOURRÓN y BULYGIN en relación con la posibilidad de lagunas. Él sostiene que «Alchourrón y Bulygin tienen razón, desde luego, en su afirmación [...] de que las lagunas son “conflictos de intereses no solucionados por el orden jurídico”; pero no parecen advertir que puede admitirse la existencia de “conflictos de intereses no solucionados por el orden jurídico” sin que ello implique en modo alguno la admisión de la posibilidad de lagunas» (*ibid.*, 44). No soy capaz de ver cómo RUIZ MANERO puede compatibilizar estas dos afirmaciones: si las lagunas son “conflictos de intereses... (etc.)”, entonces ciertamente decir que existen esos conflictos de intereses es lo mismo que decir que existen esas lagunas. Como quedará claro luego, en mi opinión, la solución correcta es reconocer que la existencia de conflictos de intereses no previstos por el derecho no es suficiente para la existencia de una laguna.

⁸ Digo “parcialmente” porque incluso si esta caracterización es aceptada habría, a mi juicio, espacio para rechazar la conclusión de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Pero si su caracterización de los órganos jurisdiccionales es errada, como creo que es (al menos si es ofrecida como una caracterización *lógica*) la importancia de distinguir *a)* de *b)* es más evidente.

No quiero sostener que las decisiones judiciales, de hecho, no solucionan, en la mayoría de los casos, conflictos de intereses (una idea, incidentalmente, que ha sido desarrollada por la reflexión dogmática sobre el derecho privado en países capitalistas). Pero desde un punto de vista lógico o conceptual, que es el asumido por ALCHOURRÓN y BULYGIN, ésta es una manera equivocada de caracterizar la función judicial. ALCHOURRÓN y BULYGIN toman la función que los jueces tienen en el contexto de sociedades liberales modernas y suponen que ésa es la función estructural que tienen en relación con el funcionamiento de sistemas jurídicos institucionalizados.

De hecho, ni siquiera en los sistemas jurídicos occidentales modernos es siempre el caso que las decisiones judiciales solucionan conflictos de intereses, porque no siempre hay un conflicto a la espera de ser resuelto. En muchos países, por ejemplo, una decisión judicial es requerida para condenar a un acusado de un delito penal, incluso si éste ha confesado ser autor del delito: el hecho de que el acusado esté dispuesto a ser sancionado no siempre hace de la decisión judicial algo superfluo. Pero incluso si de alguna manera uno pudiera encontrar un conflicto en estas circunstancias, eso no sería suficiente para justificar la posición de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Mirjan DAMAŠKA, por ejemplo, ha sostenido que el vínculo entre jurisdicción y resolución de conflictos es fuerte en países liberales pero menos importante en sistemas en los que el derecho es visto como un mecanismo de implementación de decisiones políticas⁹.

¿Cómo hemos de caracterizar la función judicial, si no es sobre la base de la resolución de conflictos? Una respuesta plausible es caracterizarla como lo hizo Hart al introducir su noción de reglas secundarias de adjudicación. Desde este punto de vista, lo que es distintivo de la actividad jurisdiccional no es que soluciona conflictos de intereses, sino que provee «determinaciones autoritativas del hecho de la violación de reglas primarias»¹⁰. La resolución de conflictos aparece como una función característica de los órganos jurisdiccionales sólo si se supone que ésa es la función característica de las reglas que los tribunales aplican. Pero si esas reglas tienen como finalidad principal una diferente (implementar decisiones políticas, maximizar la utilidad, etc.) entonces la resolución de conflictos podrá ser entendida como un simple sub-producto de la aplicación de las reglas.

Si esto es correcto, no es posible transitar de *a)* a *b)*, al menos no sin una justificación adicional. Para ver esto, puede ser útil considerar un ejemplo propuesto por ALCHOURRÓN y BULYGIN, y comentado por Aleksander PECZENIK:

⁹ DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*: 84; véase adicionalmente OLLR, 216 s.

¹⁰ HART, *The Concept of Law*: 97.

«Supongamos que una ley dispone que: 1) la restitución de un inmueble es obligatoria, si el adquirente está de buena fe, la transferencia es hecha a título oneroso y el transferente está de mala fe; y 2) que la restitución del inmueble es obligatoria si la transferencia se hace a título gratuito. Supongamos ahora que el transferente está de buena fe, y la transferencia se hace a título oneroso pero el adquirente está de mala fe. ¿Es la restitución obligatoria? La norma no provee una respuesta. Existe una laguna. Uno puede establecer la existencia de esas lagunas de una manera objetiva, valorativamente neutra, pero para integrarlas uno debe complementar la ley con una norma adicional, como la siguiente: “una acción está permitida, si no está explícitamente prohibida por el derecho” [...] Una norma como ésa puede encontrarse en la ley o en otra fuente del derecho. En caso contrario, la integración de la laguna exige que uno tome una decisión valorativa¹¹».

En relación con la pregunta *a*), podemos decir con seguridad: el derecho argentino (al menos en 1971) no se refiere a la restitución de bienes inmuebles por el adquirente cuando el adquirente la adquirió de mala fe (llamemos a esta propiedad del caso A), el transferente estaba de buena fe B) y la transferencia fue hecha a título oneroso C). Podemos desde luego, como sostiene PECZENIK «establecer la existencia de esas lagunas de una manera objetiva, valorativamente neutra».

Las cosas son, sin embargo, diferentes si de lo que se trata es de responder la segunda pregunta, *b*). Aquí el problema es ¿qué debe hacer el tribunal?¹² La respuesta genérica es: aplicar el derecho. Supongamos que el dueño legítimo demanda al poseedor exigiendo la restitución. No hay regla aplicable, en el ejemplo de ALCHOURRÓN-BULYGIN-PECZENIK (ésta fue nuestra conclusión en relación con la pregunta *a*) más arriba). En consecuencia, el juez debe decir «no hay regla que deba ser aplicada», es decir, no hay regla cuya aplicación sea provocada por las propiedades ABC. Pero esto es precisamente lo que el demandado sostendrá, que él no tiene obligación de restituir porque no hay regla cuya aplicación sea condicional respecto de las propiedades ABC. Como hemos supuesto que la corte tiene el deber de «proveer determinaciones autoritativas de la violación de reglas primarias», la corte debe decir que en un caso como éste no hay regla que deba ser aplicada, *i. e.*, que debe fallar a favor del demandado (ésta era *precisamente* la conclusión de KELSEN). Se sigue de lo anterior que la existencia de una laguna no es suficiente para establecer que el tribunal tiene discreción para solucionar el caso. Lue-

¹¹ PECZENIK, *On Law and Reason*: 25.

¹² En *OLLR 72* había estipulado que el significado de la pregunta «¿cuál es la solución jurídicamente correcta para este caso?» es idéntico al de la pregunta «¿qué debe hacer el juez en este caso?».

go, no es necesariamente verdadero que «la integración de la laguna exige que uno tome una decisión valorativa».

No estoy sosteniendo ahora que los sistemas jurídicos son necesariamente completos, sino sólo que la existencia de una laguna “normativa” (que debe ser distinguida de una “axiológica”) no es suficiente para concluir que el juez tiene discreción¹³. En el caso de la pareja de recién casados en Escocia es posible hablar de una laguna, ya que la respuesta a la pregunta *a*) debe ser que el derecho escocés no dispone nada al respecto (al menos en 1998). Y esto es, creo, lo que ALCHOURRÓN y BULYGIN dirían (véase *NS 161s*; *IMCJS 220s*). Lo que he estado argumentando es simplemente que si esto es una laguna, entonces la distinción entre casos regulados y casos no regulados no tiene nada que ver con la distinción entre casos difíciles y casos claros: ¿podemos realmente decir que este caso es *difícil* porque no está regulado, queriendo decir que la corte tiene, de acuerdo con el derecho, discreción para decidirlo? Si falla a favor del demandante, ¿no estará violando el derecho? Por supuesto que sí: el caso está regulado, y la solución al problema jurídico que representa es «es derecho regula el caso, instruyendo al tribunal a desechar la demanda»¹⁴.

Ronald DWORKIN ha sostenido también que una concepción del derecho como un hecho institucional necesariamente implica la existencia de lagunas (el argumento está claramente diseñado para aplicarse también a cualquier teoría del derecho que acepte la tesis de las fuentes). Él también colapsa la distinción de KELSEN entre lagunas del derecho y «conflictos de intereses no regulados por el derecho», porque:

«La lógica interna de una regla permite tres valores de verdad porque permite la distinción entre lo que los lógicos llaman negación “interna” y “externa”. Esto es, hay una diferencia entre decir “no hay regla que me permita andar en bicicleta por el parque” y “hay una regla que no me permite o me prohíbe”. Como ésa es una característica lógica

¹³ La distinción entre lagunas axiológicas y normativas es introducida por ALCHOURRÓN y BULYGIN en el siguiente pasaje: «la expresión “laguna en el derecho” es usada a menudo en el lenguaje jurídico (y especialmente en el lenguaje judicial) para referirse a situaciones en las que hay una solución (por lo que esas situaciones no son lagunas normativas en nuestro sentido), pero una que es axiológicamente inadecuada. Sin embargo, no cualquier solución mala o injusta es considerada una laguna; los juristas hablan de lagunas —en este nuevo sentido que estamos tratando de caracterizar— cuando la solución es inadecuada *porque* el legislador no tomó en cuenta alguna distinción que debería haber considerado. Este tipo de lagunas presupone la existencia de alguna propiedad relevante (relevante en el sentido prescriptivo) que es, sin embargo, irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema en cuestión. En otras palabras: una propiedad que debería ser relevante es irrelevante para el sistema. Este tipo de lagunas será llamada una *laguna axiológica*, para distinguirla de las lagunas normativas» (*NS*, 106 s.; *IMCJS*, 158).

¹⁴ Véase MACHAN, «Legal Questions: What are they, and how are they answered?»: 125, respecto de lo que él llama decisiones que «prevalecen por defecto».

de las reglas, si pensamos en el derecho como hecho institucional, pensaremos que hay muchos casos en los cuales no es verdad ni que se ha sido creado una regla que me permita entrar al parque ni que se ha creado una regla prohibiéndomelo, y en estas circunstancias la proposición "se me permite hacerlo" no es verdadera ni falsa¹⁵.

Esta tesis sufre del mismo defecto que la de ALCHOURRÓN y BULYGIN: ella considera sólo lo que DWORKIN llama la "lógica interna de las reglas", pero no los efectos que sobre dicha lógica tiene la existencia de órganos aplicadores del derecho. Un órgano aplicador del derecho tiene el rol de aplicar reglas jurídicas una vez que sus hechos operativos han ocurrido. Si no hay una regla cuyos hechos operativos hayan ocurrido, no hay una regla que pueda ser aplicada. Esto significará que muchos conflictos de intereses no serán solucionados por el derecho, pero no significa que los tribunales tendrán discreción. Si no existe ninguna regla que se refiera a las bicicletas en el parque, entonces DWORKIN no puede ser multado por un órgano aplicador del derecho si anda en bicicleta por el parque. Si es procesado por ello, hay una respuesta jurídicamente correcta: debe ser absuelto. En ambos casos lo que la corte debe hacer se sigue de su caracterización: un órgano aplicador del derecho.

De acuerdo con la posición que estoy criticando, un juez argentino en 1971 tendría discreción para resolver un caso caracterizado por las propiedades ABC, porque el derecho no ofrecía solución para el caso. Me parece que esta posición es plausible porque, como sostenía KELSEN, aplicar el derecho de acuerdo a su tenor literal es (suponiendo que el dueño legítimo demanda al poseedor) moral o políticamente objetable. Yo seguiría a KELSEN y diría que si en un caso como éste el juez tiene discreción, no es porque haya una laguna normativa, sino porque hay una laguna axiológica. Para apoyar esta posición yo simplemente recordaría los muchos casos (como el de la pareja de recién casados en Escocia) de lagunas "normativas" en las cuales, como no hay laguna en el sentido "axiológico", no pensaríamos que el juez tiene discreción. En breve: *es imposible discriminar, sin argumentos evaluativos* (de esos que la tesis de las fuentes excluye) *entre casos que deben ser tratados como casos en los que el demandante simplemente carecía de fundamento plausible para litigar y casos de lagunas normativas*. ¿Cómo podremos decir (sin usar esos argumentos) «si el derecho no sanciona el robo de electricidad hay una laguna»¹⁶ sin decir «si el derecho no sanciona la ingesta de jugo de naranja hay una laguna»? Una laguna normativa (*i. e.*, lo que por hipótesis es común a estas acciones, *i. e.*, el hecho de que ninguna de estas acciones figura en los hechos opera-

¹⁵ DWORKIN, «On Gaps in the Law».

¹⁶ Éste es el ejemplo de KELSEN, un ejemplo común en la dogmática alemana de la primera mitad del siglo XX: KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (1960): 255.

tivos de regla alguna) no es suficiente para que el juez tenga discreción. Sólo las lagunas axiológicas pueden ser una fuente de discreción para el juez. Pero las lagunas axiológicas no son lagunas jurídicas, de acuerdo a la tesis de las fuentes, ya que ellas son definidas como casos en los cuales «hay una solución pero ella es axiológicamente inadecuada»¹⁷. Luego, la existencia de lagunas no nos provee de una explicación del desacuerdo jurídico compatible con la tesis de las fuentes.

Quiero considerar ahora las razones por las cuales RAZ cree que las lagunas existen. De hecho, él cree que las lagunas *deben* existir, es decir, él suscribe la tesis 2) identificada al principio. El caso de RAZ es interesante porque él no cree que una respuesta a a) es una respuesta a b): «a pesar de lo que mucha gente se ha imaginado, no hay laguna cuando el derecho calla»¹⁸. Pero esto no significa que los sistemas jurídicos sean completos. RAZ parece creer que las lagunas son una consecuencia inevitable de la tesis de las fuentes:

«Una disputa es regulada si las preguntas de la forma "en este caso, ¿debe la corte decidir que p?" tienen una respuesta jurídica correcta. Es no regulado si algunas de estas preguntas no tienen respuesta correcta, *i. e.*, si hay una laguna en el derecho aplicable al caso»¹⁹.

«¿Son estas lagunas inevitables? Parece que la tesis de las fuentes las hace inevitables porque hace que el derecho dependa de la acción humana con sus indeterminaciones concomitantes»²⁰.

De acuerdo con RAZ, hay tres razones independientes por las cuales la tesis de las fuentes «hace a las lagunas inevitables»:

1. *Textura abierta*. «Una causa de lagunas jurídicas [...] es la indeterminación del lenguaje, de la intención y de otros hechos»²¹. El primer tipo de lagunas jurídicas que la tesis de las fuentes hace inevitables se explica por la textura abierta del lenguaje. Espero que a estas alturas es claro por qué esta explicación no puede funcionar como explicación del desacuerdo jurídico: por un lado, la textura abierta (en el primero de los dos sentidos en que HART utilizó la expresión, que serán distinguidos más abajo²²) no implica por sí misma el tipo de indeterminación que es característico del desacuerdo jurídico, como sostuve en el capítulo anterior y HART mismo reconoció²³. La indeterminación no es un problema interesante en instituciones autónomas (p. ej., ajedrez); luego, el hecho de que una institución sea lo que he denominado "regulatoria" supone una diferencia que una explicación basada en

¹⁷ Cfr. *supra* p. 21, n. 13.

¹⁸ RAZ, «Legal Reasons, Sources and Gaps»: 77.

¹⁹ RAZ, «Law and Value in Adjudication»: 181.

²⁰ RAZ, «Legal Reasons, Sources and Gaps»: 73.

²¹ *Ibid.*

²² Véase ATRIA, «Las circunstancias de la derrotabilidad», *OLLR*, 89 ss.

²³ Véase HART, «Problems of the Philosophy of Law»: 106.

la textura abierta no puede justificar. Lo mismo puede decirse de la indeterminación de la intención: ¿a quién le importa, cuando se trata de aplicar la regla del fuera de juego, cuál era la intención de la FIFA?

2. *Reglas en conflicto.* El segundo tipo de lagunas se debe a la posibilidad de conflictos entre disposiciones jurídicas. Por un lado, puede haber conflicto porque dos razones jurídicas están balanceadas: «ellas se cancelan mutuamente y es falso que hay una razón conclusiva para un acto y falso que hay una razón conclusiva para su omisión [...] este tipo de situaciones no envuelve un conflicto no resuelto, ni una laguna jurídica»²⁴. Completamente distinta, sin embargo,

«es una situación de conflicto no resuelto. Surge cuando las razones en conflicto no se superan unas a otras, no porque sean iguales, sino porque no son iguales en absoluto: por cualquier razón, las razones en conflicto son inconmensurables en cuanto a su fuerza. En tal caso sería equivocado decir que al agente le está autorizado realizar el acto. Pero sería igualmente equivocado decir que no le está permitido realizarlo»²⁵.

¿Es esta situación posible? Nótese el vocabulario especial que está usando RAZ: él no habla de “reglas” o “disposiciones jurídicas” en conflicto, sino “razones jurídicas” en conflicto. Consideraré ambas expresiones, sin embargo, como sinónimas²⁶.

En *The Morality of Freedom*, RAZ identifica tres fuentes independientes de inconmensurabilidad: 1) la definición “incompleta” de la contribución de un criterio al valor²⁷; 2) la «vaguedad y la ausencia de límites precisos que infecta generalmente al lenguaje y en consecuencia también al valor medido por un solo criterio»²⁸, y 3) el hecho de que «el valor suele estar determinado por la probabilidad de que la opción producirá ciertos efectos. Los juicios de probabilidad presentan considerables inconmensurabilidades propias»²⁹.

²⁴ RAZ, «Legal Reasons, Sources and Gaps»: 75.

²⁵ *Ibid.* Ronald DWORKIN ha hecho una distinción muy similar entre estos dos casos de reglas en conflicto, DWORKIN, «On Gaps in the Law». Como él no acepta la tesis de las fuentes, su argumento no exhibe el problema comentado aquí.

²⁶ «Dos respuestas comunes a “¿Por qué debe uno hacer *f*?” son “porque hay una nueva ley en ese sentido” o “porque el año pasado el Parlamento decidió eso”. Ambas significan lo mismo» (RAZ, «Legal Reasons, Sources and Gaps»: 65).

²⁷ RAZ, *The Morality of Freedom*: 326; RAZ continúa: «Esto es obvio cuando un valor se asigna en función de varios criterios, de modo que, por ejemplo, un buen novelista puede ser juzgado por su humor, su agudeza, su imaginatividad, etc. Es posible que nuestras comparaciones de los diferentes criterios no establezcan un orden completo de todas las posibles combinaciones».

²⁸ *Ibid.*, 327; así, «Supongamos que uno está juzgando un letrado por su visibilidad. Su visibilidad depende, simplificando, sólo de su tamaño. Mientras más grande es más visible es, hasta que alcanza un cierto tamaño más allá del cual su visibilidad descende. Es probable que haya un rango de tamaños respecto de los cuales no será ni verdadero ni falso ni que letrados distintos son de la misma visibilidad ni que uno es más visible que el otro».

²⁹ *Ibid.*

Si la tesis de las fuentes es verdadera, la existencia y la fuerza de una razón jurídica dependerá de su fuente solamente. Por consiguiente, la primera y la tercera fuente de inconmensurabilidad no son útiles aquí: la primera porque habrá sólo un criterio —la fuente social del caso— que contribuya a la asignación del valor —la corrección de la respuesta jurídica—; el tercero porque si la tesis de las fuentes es correcta, el test para determinar la existencia y contenido de una disposición jurídica mirará siempre al pasado: buscará una fuente social en el pasado, no las consecuencias en el futuro. Sólo la segunda podría explicar por qué las razones jurídicas (*i. e.*, reglas jurídicas, disposiciones jurídicas) podrían ser inconmensurables. Desafortunadamente, la segunda es la más dudosa de las tres situaciones. No resulta en absoluto claro por qué ella es una situación de inconmensurabilidad. En el ejemplo del letrado, me parece que la forma adecuada de describir la situación será decir que si el letrado es demasiado pequeño no se ve bien, y si es demasiado grande tampoco. Algunos de los tamaños intermedios serán mejores que otros, y muchos serán iguales entre sí. Esta descripción no envuelve inconmensurabilidad, porque los diferentes tamaños son iguales mejores o peores que los otros (RAZ no ofrece ningún argumento para que pensemos con él que “probablemente sucederá” lo contrario).

Sin embargo, incluso si estoy equivocado en este sentido, y la situación de los letrados de RAZ es una de inconmensurabilidad, como una explicación de las lagunas jurídicas, es sólo una repetición del argumento de la textura abierta: si hay inconmensurabilidad en el segundo caso es debido a la «vaguedad y la ausencia de límites precisos que infecta generalmente al lenguaje»³⁰. En consecuencia, la posibilidad de reglas en conflicto no envuelve una razón adicional a las que hemos considerado para pensar que la tesis de las fuentes hace a las lagunas inevitables.

3. *Discreción.* El último tipo de lagunas que la tesis de las fuentes hace inevitable también surge de «situaciones de conflicto»:

«El derecho puede disponer que ciertas reglas tengan fuerza sólo *prima facie* sujetándolas a consideraciones morales u otras consideraciones que no están basadas en fuentes. Asumamos, por ejemplo, que de acuerdo al derecho los contratos sólo son válidos si no son inmorales. Cualquier contrato particular será considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones valorativamente neutrales que el derecho de contrato fija para la validez de un contrato. La proposición “es jurídicamente concluyente que este contrato es válido” no es ni verdadera ni falsa hasta que una corte ha determinado autoritativamente su validez»³¹.

³⁰ *Ibid.*

³¹ RAZ, «Legal Reasons, Sources and Gaps»: 75.

De hecho, sin embargo, la proposición «es jurídicamente *concluyente* que este contrato es válido» es, en el caso de RAZ, falsa: el tribunal podría decidir de otro modo, porque «de acuerdo a la tesis de las fuentes los tribunales tienen discreción cuando deben aplicar consideraciones morales»³². Si los tribunales tienen discreción en este caso, entonces es verdadero que el contrato no es (concluyentemente) válido (por supuesto, es también verdadero que la afirmación «es jurídicamente concluyente que este contrato es inválido» es falsa). De cualquier modo, este caso no es interesante, porque es demasiado contingente. Sólo explicaría los casos difíciles en los cuales las reglas aplicables hicieran *explícita* referencia a criterios morales. Recordemos que buscábamos una razón por la cual la tesis de las fuentes hacía a las lagunas inevitables, no sólo posibles.

Ninguna laguna puede hacer que un caso sea difícil, si la tesis de las fuentes es verdadera. No hay casos difíciles “regulativos” en el ajedrez, por ejemplo; ésta es la razón por la cual sistemas institucionales autónomos pueden ser formalizados (un computador puede “jugar” al ajedrez)³³. Por eso, aunque puede ser cierto que «respecto de cualquiera de las materias que las reglas de ajedrez dejan abiertas puede un árbitro fijar los estándares prevalecientes a través de su propio patrón de decisiones, y puede ajustar esas decisiones si se convence de la sabiduría de esas movidas»³⁴, lo interesante acerca de los juegos es que los asuntos no quedan abiertos sólo porque no han sido explícitamente cerrados: no hay ninguna regla del fútbol que prohíba, ni que permita, que los jugadores se tiñan su pelo amarillo. ¿Era el caso del equipo de Rumanía en su partido contra Croacia en el campeonato mundial de 1998 un “caso no regulado”? ¿Tenía el árbitro discreción? ¿Había sido ese asunto “dejado abierto”? Sí, no, no. Una institución autónoma³⁵ cumple estrictamente con la tesis de las fuentes: la existencia y el contenido de las reglas del ajedrez puede ser *completamente* determinado sin utilizar argumentos evaluativos. *Pero precisamente porque esos argumentos están fuera de lugar* en la adjudicación de las reglas

³² *Ibid.*

³³ De hecho, intentos de formalizar reglas jurídicas no han sido todo lo exitosos que podría haberse esperado: «nuestros intentos de manejar reglas jurídicas en programas computacionales no hacen ser más cuidadosos respecto de la creencia de que las reglas pueden tener una existencia fuera de una estructura de factores políticos y/o sociales. Si HART tenía razón en que las reglas pueden ser entidades fácilmente manejables que son obvias para el grupo y para el individuo, entonces debería ser posible creer que las reglas pueden simplemente ser válidas o inválidas y que su interpretación no es afectada por cuestiones de política, o factores sociales o políticos. Pero esto no es el caso: si lo fuera, entonces sería muy fácil computarizar nuestras claras reglas jurídicas». LEITH, «Common usage, certainty and computing»: 114.

³⁴ KRAMER, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*: 148.

³⁵ Véase OLLR, cap. 1.

del fútbol o el ajedrez, no hay casos difíciles inesperados en fútbol, ajedrez o cualquier otra institución autónoma³⁶.

En breve, las lagunas producen un dilema para la tesis de las fuentes: o ellas no existen, y entonces todos los casos son regulados por reglas basadas en fuentes, o ellas existen en sorprendente cantidad: no sólo el robo de electricidad, sino también 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 llevadas ante una corte, “casos no regulados”, con la implicación de que la corte tendría discreción para solucionarlo del modo más apropiado³⁷. Así, cuando se mira el problema desde el punto de vista del razonamiento jurídico, la tesis de las fuentes implica formalismo o escepticismo.

³⁶ “Inesperados”: el lector atento recordará un caso difícil en ajedrez como el narrado por DWORKIN, *Taking Rights Seriously*: 101 ss. Llamo a ese caso uno “esperado” porque fue difícil en virtud de que la regla en cuestión tenía una formulación verbal que tenía la finalidad precisa de dar discreción al árbitro (“molestia no razonable”).

³⁷ La lista, por supuesto, debe variar de país en país (reemplazar según corresponda).