

LOS JUECES ¿CREAN DERECHO?

*Eugenio Bulygin**

1. Introducción

La creación del derecho por los jueces es una cuestión muy debatida en los últimos doscientos años que ha recibido respuestas muy disímiles. Cabe distinguir entre por lo menos tres posiciones claramente diferenciadas:

- A. Teoría que sostiene que el derecho, entendiendo por tal el conjunto de las normas generales, es creado por el legislador y que los jueces se limitan a aplicar el derecho a casos particulares. Voy a referirme a esta posición como “doctrina tradicional”.
- B. Teoría para la cual el derecho es el conjunto de todas las normas, generales e individuales, y que sostiene que los jueces crean derecho porque crean normas individuales. El representante más conspicuo de esta tesis es Hans Kelsen.
- C. Teoría que sostiene que los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales. Trataré de defender esta tesis en el presente trabajo.

Es fácil advertir que no hay consenso entre estas teorías acerca de dos puntos fundamentales: 1) qué ha de entenderse por “derecho” y 2) qué quiere decir “crear derecho”. Nadie niega que los jueces dictan sentencias, pero las teorías A y C no consideran que esto justifique la tesis de que los jueces crean derecho. Hay una coincidencia importante entre estas dos teorías: ambas consideran que el derecho es el conjunto de las normas generales. Pero se oponen frontalmente en la cuestión de saber si los jueces crean normas generales: mientras que la teoría A niega esto, la teoría C lo afirma. La teoría B discrepa con las teorías A y C respecto de lo que ha de entenderse por “derecho”, pero coincide con la teo-

* Universidad de Buenos Aires.

ría C en que los jueces a veces también crean normas generales, si bien restringe las hipótesis en las que esto ocurre.

2. La doctrina tradicional

Lo que llamo aquí “doctrina tradicional” se caracteriza por una tajante distinción entre la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación del derecho por los tribunales de justicia. Esta doctrina hunde sus raíces en la Ilustración (con las teorías de la soberanía popular y de la división de poderes), la Revolución Francesa (que intentó poner en práctica las principales ideas de los pensadores de la Ilustración) y la codificación napoleónica que es una consecuencia casi necesaria de la doctrina de división de poderes, doctrina que mantiene su vigencia hasta nuestros días.

La separación entre el *poder legislativo* como poder político por excelencia, ejercido por el parlamento compuesto por los representantes del pueblo y encargado de la creación del derecho, y el *poder judicial*, un poder puramente técnico, ejercido por jueces profesionales cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo es uno de los puntos centrales de las propuestas de los teóricos de la Ilustración para la organización política y jurídica del Estado. Por derecho se entiende aquí el conjunto de las normas generales dictadas por el parlamento y el poder ejecutivo, en primer lugar, las leyes. La tarea de los jueces se circunscribe a la aplicación de las normas generales a casos concretos. Este planteo no sólo supone una división tajante entre la creación y la aplicación del derecho, sino que además exige –para que los jueces estén en condiciones de cumplir su función– que el derecho suministre a los jueces la posibilidad de resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales. Esto implica que el derecho ha de ser completo y coherente, en el sentido de que debe contener una solución para todo problema que sea sometido al juez y que no haya dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso. Aparentemente, la falta de una norma que resuelva el caso (lo que tradicionalmente se llama *laguna del derecho*) o la existencia de dos o más normas incompatibles aplicables al mismo caso (*conflicto de normas*) impediría al juez resolver el caso, esto es, aplicar el derecho, sin solucionar antes esos problemas.

Es en este sentido que la codificación napoleónica puede considerarse como un corolario indispensable de la división de poderes. En efecto, la codificación fue el primer intento serio de lograr una legislación completa y coherente para una determinada materia, como las relaciones civiles (Código Civil), comerciales (Código de Comercio), la pretensión punitiva del Estado (Código Penal), etc. El que las normas generales solucionen todos los casos y lo hagan en forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir del juez que se limite a la mera aplicación de esas normas, sin introducir modificaciones o cambios en las normas generales. Tan persistente es esta idea que en los órdenes jurídicos modernos que tienen su origen en la codificación napoleónica se da por supuesto que el derecho es siempre completo y coherente en el sentido de que proporciona una respuesta y sólo una respuesta a todo problema jurídico. Esto lo prueban las exigencias impuestas a los jueces por la legislación positiva de muchos países. En efecto:

- 1) Los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que dentro de su competencia les fueran planteados y si bien la competencia de un juez suele ser limitada, se supone que la competencia de todos los jueces es exhaustiva en el sentido de que para todo problema jurídico siempre ha de haber un juez competente.
- 2) Las resoluciones de los jueces deben ser fundadas en normas jurídicas.
Si los jueces están obligados a resolver todos los casos mediante sentencias fundadas en normas jurídicas, se infiere —en virtud del principio “deber implica poder”— que los jueces pueden cumplir esa obligación, de donde se sigue,
- 3) En el derecho se encuentra siempre una solución para cualquier problema jurídico planteado al juez.¹

Es característico para esta actitud, el artículo 15 del Código Civil argentino que dispone: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.” Está bien que no deban alegar pretextos, pero ¿qué sucede si no se trata de pre-

¹ Cfr. Alchourrón C.E y Bulygin E. *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien-New York, 1971, pp. 175-178. En adelante: NS. Cfr. también la versión castellana de los autores *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

textos si la ley guarda silencio, o es oscura o insuficiente? ¿O es que se supone que tal situación no puede darse? El artículo 16 indica el camino que debe adoptar el juez para evitar esta situación desagradable: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración, las circunstancias del caso.”

Esta disposición admite dos interpretaciones. O bien el legislador considera que aunque las leyes (es decir, las normas generales) pueden no ser completas, el conjunto resultante de agregar a las normas generales los principios de las leyes análogas y los principios generales del derecho es siempre completo y coherente. Esta tesis es llamativamente parecida a la posición de Dworkin para quien si bien el derecho establecido (*settled law*) —entendiendo por tal el conjunto de las leyes y precedentes judiciales— puede resultar incompleto e incoherente, una vez interpretado a la luz de los principios y de la mejor teoría política subyacente, suministra siempre una respuesta correcta. O bien el artículo 16 puede interpretarse en el sentido de que autoriza al juez a modificar el derecho existente, agregándole una nueva norma, al estilo del art. 1 del Código Civil Suizo.² En esta interpretación, el art.16 autorizaría al juez a crear nuevas normas jurídicas, lo que está en flagrante contradicción con la doctrina de la división de poderes en su versión tradicional.

La doctrina tradicional fue criticada por Kelsen, quien sostiene que todos los actos jurídicos son a la vez actos de aplicación y de creación del derecho (salvo los dos casos extremos: el dictado de la históricamente primera constitución que es pura creación y la ejecución de sentencia que es pura aplicación). En particular, el legislador aplica la constitución y crea normas generales y el juez aplica la ley y crea sentencias, es decir, normas individuales. Por lo tanto, la diferencia entre la función del legislador y la del juez es, según Kelsen, sólo cuantitativa: el juez suele estar más limitado que el legislador, pero ambos crean derecho dentro del marco establecido por la norma superior (la constitución en el caso del legislador y la ley en el del juez).

² “A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et a défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur”. Citado por H. Kelsen en *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, p. 174.

3. Normas generales y normas individuales

Antes de analizar más en detalle esta crítica, tenemos que aclarar qué se entiende en este contexto por “norma general” y “norma individual”.

Las normas pueden ser caracterizadas como expresiones usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una cierta conducta o acción en determinadas circunstancias. Llamaremos *caso* a la situación o la circunstancia en las que la conducta en cuestión debe, no debe o puede ser realizada conforme a la norma, y llamaremos *solución* a la expresión que ordena, prohíbe o permite la conducta en cuestión, es decir, que dice que esa conducta debe, no debe o puede ser llevada a cabo. En este sentido cabe decir que las normas son expresiones que correlacionan un caso con una solución.³

El término “caso” es ambiguo tanto en el lenguaje corriente como en el lenguaje jurídico: así hablamos del caso de atentado político y del caso del ataque a las Torres Gemelas. La palabra “caso” alude aquí, sin embargo, a dos cosas bien distintas. El caso de atentado político está caracterizado por un conjunto de propiedades (un hecho de violencia tendiente a causar daños a personas o cosas, producido por razones políticas). El atentado político puede producirse –y lamentablemente se produce con bastante frecuencia– en distintos lugares y en diferentes momentos (la explosión de la Embajada de Israel en Buenos Aires en 1992, el ataque a las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de Septiembre de 2001, un cochebomba colocado por ETA en una calle de Madrid, son todos ejemplos de atentado político). Para despejar esta ambigüedad usaré los términos *caso genérico* y *caso individual*. Un caso individual es un evento concreto ubicado en tiempo y espacio, cuyos protagonistas son individuos; un caso genérico es una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales.

Paralelamente podemos distinguir entre *soluciones genéricas* que son tipos o clases de acciones caracterizadas normativamente (como obligatorias, prohibidas o permitidas) y *soluciones individuales*, que son actos u omisiones realizados por individuos determinados, localizados espacial y temporalmente, calificados como obligatorios, prohibidos o permitidos.⁴ Es importante tener presente que ni los casos genéricos ni

³ Cfr. NS. Capítulos I y II.

⁴ Cfr. NS p. 35.

las soluciones genéricas se refieren a hechos reales, sino tan solo a hechos posibles. En cambio, los casos y las soluciones individuales se refieren a hechos reales.

Podemos definir *normas generales* como expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las *normas individuales* como expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual.⁵

Ahora bien, Kelsen sostiene que las sentencias judiciales son normas individuales. Pero esta tesis es más que dudosa.

En primer lugar, decir que la sentencia judicial *es* una norma individual es por lo menos una exageración, producto de una simplificación excesiva. La sentencia es una entidad compleja que consta de dos partes: los considerandos y la parte resolutive o dispositiva. La parte resolutive en la cual el juez condena al acusado a tantos años de cárcel o al demandado a pagarle al actor tal suma de dinero es una norma individual, pero esta norma individual está precedida por los considerandos en los que el juez justifica o fundamenta su decisión (*vgr.* dice que el acusado cometió tal delito, reprimido por tal norma del código penal o que el demandado dejó de cumplir tal obligación frente al actor). Los considerandos son una parte de la sentencia y una parte muy esencial. En esto estriba una diferencia fundamental entre el acto del legislador y el acto del juez: los jueces, a diferencia de los legisladores, están obligados a justificar expresamente sus decisiones y esta justificación forma parte de la sentencia. El legislador también justifica, a veces, las normas que dicta, agregando a la ley una explicación de motivos, pero ésta no forma parte de la ley, mientras que la justificación o fundamentación de la decisión judicial es una parte imprescindible de la sentencia. Una sentencia que carece de justificación es una sentencia arbitraria, sujeta a la anulación o revocación.

Cabe agregar que es dudoso que las llamadas “normas individuales” sean *normas*. El término “norma” –y con mayor razón el término “regla”– parece requerir la generalidad, al menos respecto del sujeto o destinatario de la norma.⁶ Por este motivo sería probablemente más ra-

⁵ Lo que llamo aquí “norma general” corresponde a “norma eminentemente general” de von Wright. *Cfr.* von Wright, G.H., *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, London 1963, pp. 81-83.

⁶ *Cfr.* J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Lecture One y von Wright G.H., *Norm and Action*, *op. cit.*, pp. 82-83.

zable denominar a la parte resolutive de una sentencia “disposición” o “mandato” y no “norma individual”. Es tan solo para no apartarme de la terminología usada por Kelsen que no propicio este cambio terminológico.

4. La justificación de la decisión judicial

Tenemos que analizar ahora en qué consiste la justificación de la decisión judicial. En principio, una norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está justificada cuando se infiere lógicamente de los considerandos. Para ello los considerandos deben contener un fundamento fáctico y un fundamento normativo. El fundamento fáctico consiste en la descripción del caso individual y la constatación de que ese caso individual es una instancia de un cierto caso genérico, esto es, que el caso individual tiene la propiedad definitoria de un determinado caso genérico. Esta operación se llama habitualmente “subsunción”.⁷

El fundamento normativo es una norma general que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez. Para que su decisión esté justificada, el juez debe subsumir el caso individual en un caso genérico y luego dictar una resolución o norma individual que corresponda a la solución que la norma general invocada en los considerandos correlaciona con el caso genérico correspondiente. Cuando el juez condena a Pedro a 12 años de prisión por haber matado a Juan, debe mostrar que la conducta realizada por Pedro es un homicidio y que la pena impuesta está dentro del marco fijado por la norma del código penal que pena el homicidio.

Para sostener que el juez siempre crea derecho, Kelsen se basa en dos argumentos: 1) La sentencia del juez es producto de un acto de voluntad y no de mero conocimiento y 2) en la sentencia se concretan una serie de elementos que en la norma general aplicada sólo son mencionados en forma abstracta (por ejemplo, la identificación del condenado, el monto de la pena, el lugar en que debe cumplirse, etc.). La nor-

⁷ En Alchourrón C.E. y Bulygin E., “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico” (publicado en Alchourrón C.E. y Bulygin E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-328) se usa como término técnico la expresión “subsunción individual” para distinguirla de la subsunción genérica (pp. 308-309).

ma general señala un marco de posibilidades que el juez llena al elegir una de ellas cuando crea la norma individual. Por ejemplo, si la norma del código penal establece para el homicidio una pena de prisión entre 8 y 25 años y el juez fija 12 años, su decisión (solución individual) corresponde a la solución genérica.

Ambos argumentos pueden ser admitidos sin dificultad, pero de ahí no se sigue la conclusión que Kelsen pretende sacar. Es cierto que la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un acto de voluntad y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general. Pero esto no implica que el juez esté creando derecho. Si la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está fundada en una norma general creada por el legislador, parece exagerado hablar de “creación del derecho”. He sostenido en otra oportunidad que el juez sólo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador⁸ y estoy dispuesto a mantener esta tesis. Pero ya hemos visto que de acuerdo a la doctrina tradicional esto es precisamente lo que el juez no debe hacer, pues debe fundar su decisión en el derecho, es decir, en las normas generales creadas por el legislador. La pregunta es ¿qué debe y qué puede hacer el juez cuando el derecho no soluciona su caso, es decir, frente a una laguna, si es que hay tal cosa como laguna normativa?

5. Lagunas normativas

Frente al problema de las lagunas normativas, los filósofos del derecho han adoptado actitudes muy dispares. Cabe distinguir básicamente tres posiciones:

I. Teorías que consideran que el derecho es necesariamente completo y, por lo tanto, niegan la posibilidad de lagunas. Kelsen es el representante más conocido de esta tendencia, que es compartida por muchos teóricos.

II. Teorías que consideran que aunque haya lagunas normativas, esto no impide que los jueces puedan resolver todos los casos mediante la

⁸ Cfr. E. Bulygin, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón C.E. y Bulygin E., *Análisis Lógico y Derecho, op. cit.*, pp. 355-369.

aplicación de las normas generales preexistentes. (Destacados representantes de esta posición son Juan Ruiz Manero y Fernando Atria en su libro **On Law and Legal Reasoning**.)⁹

III. Teorías que sostienen que la existencia o inexistencia de lagunas es una cuestión empírica y por lo tanto contingente (tesis defendida en **Normative Systems**, en adelante, **NS**).¹⁰

Las teorías que admiten la existencia de lagunas (grupo III) consideran que los jueces tienen discrecionalidad para resolver los casos en los que no hay regulación jurídica (casos de lagunas normativas). Para las teorías del grupo I, en principio no hay discrecionalidad porque no hay lagunas, pero puede haberla si el orden jurídico autoriza a los jueces a apartarse del derecho. En cambio, para las teorías agrupadas en II –y en particular para Atria– no hay discreción aunque haya lagunas.

En esta sección voy a hacer una breve reseña de la teoría de Kelsen, como representante más destacado del grupo I, cuya doctrina ha sido analizada en detalle en el capítulo VII de **NS**, para concentrarme en la sección siguiente en el grupo II y en particular en los argumentos de Fernando Atria.

El principal argumento que esgrimen los autores que niegan la existencia de lagunas está basado en el famoso principio “Todo lo que no está prohibido, está permitido” que llamaré “Principio de Prohibición”. Según Kelsen, este principio forma parte de todo orden jurídico. La idea central es que el derecho prohíbe ciertas conductas, y las demás conductas, al no estar prohibidas, están permitidas. Por lo tanto, todas las conductas tienen un status normativo (como prohibidas o como permitidas). Ergo no hay conductas no reguladas por el derecho.

Este argumento es una falacia, basada en la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas, por un lado, y entre diferentes sentidos del término “permitido”, por el otro.

Las normas son expresiones prescriptivas que prohíben, ordenan o permiten ciertas conductas (en determinadas circunstancias); las propo-

⁹ Hart Publishing, Oxford, 2002. Las citas que siguen se refieren al manuscrito y probablemente no coinciden con las páginas del libro.

¹⁰ En su libro, Atria incluye como una categoría aparte las teorías que sostienen que los sistemas jurídicos necesariamente tienen lagunas y menciona como ejemplo la de Raz. Es cierto que Raz –y mucho antes de él Kantorowicz– dicen que siempre hay lagunas. Sin embargo, ni Raz ni Kantorowicz sostienen que necesariamente haya lagunas *normativas*. Cuando hablan de la necesidad de lagunas se refieren a lagunas de reconocimiento y no a las lagunas normativas. No conozco ningún teórico que haya sostenido la necesidad de lagunas normativas.

siciones normativas son enunciados descriptivos que informan acerca de la existencia de normas. Las normas pueden ser calificadas de válidas o inválidas, eficaces o ineficaces, pueden ser obedecidas o desobedecidas, pero no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no pueden ser obedecidas y no son válidas ni inválidas. A pesar de estas claras diferencias, tanto unas como otras pueden ser expresadas mediante las mismas palabras. “Prohibido fumar” puede ser expresión de una norma o de una proposición que afirma la existencia de una norma que prohíbe fumar. Esta ambigüedad suele dar lugar a pocas confusiones.

El término “permitido” es, a su vez, ambiguo. Cuando figura en una norma, es decir, cuando es usado prescriptivamente, “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y “prohibido” significa “no permitido”. Pero cuando figura en una proposición normativa, “permitido” puede significar dos cosas distintas. Al decir “p está permitido” puedo querer decir, por un lado, que no existe una norma que prohíba p (permisión débil o negativa) o, por el otro, que existe una norma que permite p (permisión fuerte o positiva).

Cabe preguntarse si el principio “Lo que no está prohibido, está permitido” es una norma o una proposición normativa. Si es una norma que permite todas las conductas que no están prohibidas por otras normas, entonces –como toda norma– es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico. Si es una proposición normativa, caben dos posibilidades: o bien “permitido” significa “no prohibido” (permisión negativa o débil), o bien significa permisión fuerte o positiva. En el primer caso, el Principio de Prohibición es necesariamente verdadero, pero absolutamente trivial, pues sólo dice que lo que no está prohibido no está prohibido. Esto es totalmente inocuo y perfectamente compatible con la existencia de lagunas. Si, en cambio, “permitido” significa permisión fuerte o positiva, entonces el Principio dice que si una conducta no está prohibida hay una norma que la permite. Esto es claramente falso: del mero hecho de la ausencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la presencia de una norma permisiva. Resumiendo, el Principio de Prohibición como norma es contingente y como proposición normativa es o bien vacuo, o bien, falso. En ningún caso puede apoyar la tesis de que el derecho es necesariamente completo.

En la primera etapa de su obra, Kelsen parece recurrir al Principio de Prohibición en su versión fuerte, para lo cual intenta probar que frente

a una conducta *p*, siempre hay una norma aplicable: o bien una norma que prohíbe *p* o bien la norma negativa que establece la libertad “de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado”. “Es esta norma negativa la que viene a aplicarse en la decisión con que se rechaza una pretensión que está dirigida a una conducta no convertida en deber.”¹¹ Esto presupone la verdad del Principio de Prohibición en su versión fuerte. Pero ya hemos visto que en su versión fuerte el principio es falso: nada autoriza a pensar que en todo orden jurídico exista una norma que permite toda conducta no prohibida. En la segunda etapa, Kelsen cambia su planteo. Ya no pretende que en todo orden jurídico haya una norma que permite lo que no está prohibido; ahora sostiene que cuando no hay una norma aplicable, se aplica todo el orden jurídico, esta vez en virtud de la versión débil del Principio de Prohibición: toda conducta no prohibida está (débilmente) permitida. Pero la permisión débil es perfectamente compatible con la presencia de una laguna. De ahí la conclusión a la que llegamos en **NS** de que en el caso de una laguna normativa el juez no tiene la obligación de condenar al demandado, ni tampoco la de rechazar la demanda. Lo único a que está obligado es a dictar sentencia y lo puede hacer de cualquiera de las dos formas posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda. En otras palabras, el juez puede decidir discrecionalmente el caso individual.

6. La teoría de Atria

La tesis de **Normative Systems** fue criticada por Juan Ruiz Manero en su conocido libro **Jurisdicción y Normas**.¹² Ruiz Manero sostiene que en el caso en que no existe una norma específica que lo obligue a condenar, el juez está obligado a rechazar la demanda.

Fernando Atria comparte la tesis de Ruiz Manero y la desarrolla. El meollo de su posición es la distinción entre dos preguntas que, según él, Alchourrón y Bulygin no distinguen: a) ¿Qué dice el derecho de Escocia respecto de las vacaciones de parejas casadas? y b) ¿cuál es la solución jurídica correcta para este caso? Las preguntas están referidas a un ejemplo que será analizado más adelante, pero es fácil reformularlas en términos más generales. Si bien Atria no distingue entre

¹¹ Cfr. Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1941, p. 139.

¹² Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 38-45.

casos genéricos y casos individuales, la pregunta (a) se refiere claramente a casos genéricos, pues el caso caracterizado como “vacaciones de parejas casadas” es claramente un caso genérico. En cambio, la pregunta (b) se refiere a “este caso”, es decir, a un caso individual. Por consiguiente, cabe reformular las dos preguntas de la siguiente manera:

- (a') ¿Qué establece el derecho para el caso genérico?
- (b') ¿Qué debe hacer el juez en un caso individual que pertenece a ese caso genérico?

La idea básica de Atria es que —a diferencia de Alchourrón y Bulygin— la respuesta negativa a la pregunta (a') no implica una respuesta a la pregunta (b'). En particular, Atria cree que una respuesta negativa a la pregunta (a'): el derecho no establece nada respecto del caso genérico, no impide que haya una respuesta correcta a la pregunta (b'). Esta respuesta es que el juez debe rechazar la demanda. En consecuencia, no es verdad que el juez tenga discreción para resolver el caso individual cuando hay una laguna normativa (Atria pp. 62-63). Sólo en el caso de una laguna axiológica habría discrecionalidad (p. 66), donde por “laguna axiológica” se entiende un caso para el cual hay una solución, pero ésta es valorada por el intérprete como injusta o inadecuada.

Si bien Atria dice que no pretende sostener la tesis de que los sistemas jurídicos son necesariamente completos (p. 64), poco después afirma que el mero hecho de que el derecho guarde silencio respecto de una cuestión no significa que el caso no esté regulado (p. 65). Esto suena a una contradicción, pero creo que se pueden conciliar ambas afirmaciones: hay que entenderlas en el sentido de que aunque el caso genérico no esté regulado, el caso individual siempre está regulado.¹³

¹³ Al finalizar su discusión del problema de las lagunas, Atria dice que para un positivista que sostiene la tesis de las fuentes sociales del derecho al estilo de Raz, o bien no hay lagunas, o bien las hay en cantidades sorprendentes: no sólo el robo de electricidad, sino también el trabajo en el jardín, el usar ropas oscuras, el dormir de noche o de día y un enorme número de acciones que no están prohibidas ni expresamente permitidas, serían casos “no regulados” y, por lo tanto, lagunas normativas (Atria p. 69). Esto puede ser cierto respecto de Raz, pero no creo que la definición de laguna normativa en *NS* tenga esas consecuencias. Si bien las lagunas normativas son casos no regulados (no prohibidos ni permitidos en el sentido fuerte), no todos los casos no regulados son lagunas. La noción de laguna normativa es definida en *NS* como una relación entre tres conjuntos: un conjunto de normas (un sistema normativo), un conjunto de casos (universo de casos) y un conjunto de soluciones (universo de soluciones). El universo de soluciones es un conjunto

La principal discrepancia entre la posición asumida en NS y Atria reside en que él cree que las respuestas a las dos preguntas son independientes, mientras que en NS se sostiene que la respuesta a (a') implica una respuesta a (b'), lo que, según Atria, sería un error. Este error provendría, al menos en parte, de nuestra caracterización de la función de los jueces y otros órganos jurisdiccionales. Al sostener que la solución de los conflictos es la función primordial de los jueces, Alchourrón y Bulygin confundirían el papel que los jueces desempeñan en sociedades liberales modernas con su papel estructural en los sistemas jurídicos como tales. Atria propone, en cambio, adoptar la caracterización de Hart, para el cual la actividad jurisdiccional consistiría en la determinación autoritativa del hecho de violación de las reglas primarias, y la solución de conflictos sería una mera consecuencia secundaria de la aplicación de las reglas primarias (Atria p. 63).

Creo que los que se equivocan aquí son Ruiz Manero y Atria, y su error consiste en construir el argumento sobre la base de ejemplos penales en los cuales, cuando no existe una norma que pena la conducta del acusado, el juez debe absolverlo, al menos en el derecho penal liberal que contiene el principio *nullum crimen*. Pero como la presencia de este principio elimina las lagunas en el derecho penal, en este contexto, donde lo que interesa son precisamente las lagunas normativas, los procesos penales son irrelevantes. Y en los procesos civiles (en el sentido amplio de "civil" que sólo excluye los penales, pero abarca también los juicios comerciales, laborales, administrativos, etc.) cuando son contradictorios, siempre hay conflictos de intereses que el juez debe resolver. El conflicto en un juicio civil consiste en que el actor pretende que el demandado debe hacer algo (por ejemplo, pagar una suma de dinero, pintar una pared, tolerar que el actor pase por su predio, etc.) y el demandado niega que tenga tal obligación. Por otra parte, los conflictos de intereses no sólo se producen entre particulares, sino también entre el Estado y los particulares y también entre distintos órganos del Estado, de modo que nuestra caracterización nada tiene que ver con el capitalismo liberal y es igualmente aplicable a los sistemas jurídicos en

de acciones deónticamente modalizadas y el universo de casos es una clasificación, exhaustiva y excluyente, de un universo del discurso, hecha sobre la base de ciertas propiedades que el legislador ha considerado relevantes para la solución del problema. Gran parte de las acciones posibles y de casos posibles no interesan al derecho que no pretende regularlos y que, por lo tanto, no son considerados lagunas normativas.

los que se considera que el derecho es un medio de la política pública (ver Atria, p. 63 con la cita de Damaška).

Ya hemos visto que al igual que Ruiz Manero, Atria cree que hay siempre una respuesta correcta a la pregunta “¿Qué debe hacer el juez en el caso individual?”, aún en los casos en que el derecho nada dice respecto del caso genérico. Esta respuesta es: el juez debe rechazar la demanda.¹⁴

Esta tesis implica una diferencia fundamental entre la sentencia que hace lugar a la demanda y la sentencia que la rechaza. Para la primera, el juez necesita una norma general que diga que el demandado debe hacer lo que el actor pretende que haga; para la segunda, bastaría el hecho de que no exista una norma tal.

Yo no creo que haya tal diferencia, ya que toda sentencia, tanto la que hace lugar a la demanda como la que la rechaza, contiene en su parte dispositiva una norma individual. En el primer caso, una norma individual que ordena al demandado a hacer lo que el actor pretende que haga. En el segundo caso, una norma individual que permite al demandado no hacer lo que el actor pretende que haga. El error de Atria proviene de una falta de distinción adecuada entre normas y proposiciones normativas. 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 mera proposición normativa. Pero la función del juez no es informar a los litigantes acerca del contenido del derecho, sino resolver el conflicto y para hacerlo tiene que dictar una norma, ya sea una norma que obligue al demandado (de la forma obligatorio F, donde F simboliza la conducta del demandado pretendida por el actor), o una norma que permita al demandado no hacer lo que el actor pretende, es decir, una norma de la forma permitido no F. En ambos casos se trata de normas y no de proposiciones normativas.

Ahora bien, ¿cómo justifica el juez estas normas individuales? La respuesta es clara: mediante normas generales, es decir, normas que correlacionan el caso genérico al que pertenece el caso individual con la solución genérica, sea ésta Of (obligatorio f) o P-f (permitido no f), donde f ya no es la conducta del demandado, sino la clase de conductas

¹⁴ Una posición parecida, aunque no del todo igual es sostenida por Arend Soeteman en su artículo “On Legal Gaps”, publicado en Garzón Valdés E. et altera (ed.) *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin 1997, pp. 323-332.

a la que pertenece la conducta del demandado. Y como por hipótesis el caso genérico correspondiente no está solucionado por ninguna norma general, el juez tiene que crear una norma general para solucionarlo.

En apoyo de su teoría, Atria trae tres ejemplos que es instructivo analizar.

Una pareja de recién casados que viven en Escocia resuelven ir de vacaciones juntos. Pero no se ponen de acuerdo a dónde ir. El marido quiere ir a Francia y la mujer a Africa del Sur. El derecho escocés nada dice sobre el problema de quién tiene el derecho de elegir el lugar para las vacaciones, es decir, nada dice respecto del caso genérico (elección del lugar de las vacaciones). No obstante, según Atria, si el marido o la mujer acuden a un juez, el juez debe rechazar la demanda en ambas hipótesis, pues ésta es la solución correcta para el caso individual. (Para Atria, la pregunta “¿cuál es la solución correcta para este caso?” significa lo mismo que la pregunta “¿qué debe hacer el juez?” (Atria, p. 64, nota 50). Sin embargo, si el juez rechaza la demanda del marido, esta decisión permite que la mujer no siga la elección del marido, y si rechaza la demanda de la mujer, permite al marido no seguir la elección de la mujer. Estas decisiones comprometen al juez a decidir lo mismo en todos los casos relevantemente análogos, es decir, en el **caso genérico** “elección del lugar de las vacaciones por parte de parejas casadas”. Por lo tanto, la decisión del juez en el caso individual importa la aceptación por parte del juez de la norma general que dice que ninguno de los cónyuges está obligado a seguir la elección del lugar de las vacaciones hecha por el otro cónyuge. Por hipótesis, esta norma general no existía en el derecho escocés antes de la decisión del juez. Por lo tanto, esta norma general que el juez usó para justificar su decisión en el caso individual ha sido creada por él. Cuando digo que la decisión del juez en un caso individual lo compromete a decidir de igual modo todos los casos iguales (o relevantemente análogos) no quiero insinuar que el juez esté (jurídicamente o moralmente) obligado a seguir sus propios precedentes. No se trata de una obligación, sino de una condición de racionalidad: un juez que resuelve dos casos iguales de manera distinta, sin indicar en qué consiste la diferencia que lo induce a hacerlo, actúa irracionalmente. Como típico ejemplo de una regla de racionalidad aduce MacCormick¹⁵: “... if a certain decision can properly be

¹⁵ MacCormick, N., “The Separation of Law and Morals”, en Robeert Georg (ed.) *Natural Law Theories. Contemporary Essays*, Oxford 1992, pp. 120-121.

given in a certain case, then materially the same decision must also be proper in any materially similar case...”.

Es interesante observar que Kelsen –quien siempre ha negado la posibilidad de lagunas normativas y, salvo en el último período de su vida, también la de contradicciones– admite implícitamente que en determinadas circunstancias los jueces crean normas generales. Esto ocurre, según Kelsen, en los casos en que la solución prevista por la norma dictada por el legislador es valorada por el juez como muy inadecuada o injusta, es decir, en los casos de lagunas axiológicas. Ahora bien, Kelsen admite que en tales casos los jueces suelen apartarse de lo establecido por las normas dictadas por el legislador para dar una solución distinta:

Pero también es posible que el orden jurídico autorice al tribunal en caso de que no exista una norma general que impone un deber al demandado... a no rechazar la demanda, si la ausencia de una norma general tal es considerada por el juez como injusta o inequitativa, es decir, insatisfactoria. Esto significa que el tribunal está autorizado para crear para el caso individual una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por una norma general creada por el legislador o la costumbre... Pero el tribunal crea esta norma individual aplicando una norma general que considera “deseable” o “justa”, que el legislador positivo ha omitido crear. *Sólo la aplicación de una norma general tal, no positiva, justifica la norma individual creada por el tribunal.* (Kelsen)¹⁶.

Es muy claro que en la opinión de Kelsen la norma individual dictada por el juez sólo puede estar justificada por una norma general y como por hipótesis no hay una norma general preexistente que justifique la decisión del juez, éste tiene que inventarla. Ciertamente, Kelsen es reticente en admitir que esta norma general es creada por el juez y es por eso que dice que se trata de una norma no positiva. Pero esto es una clara inconsecuencia de Kelsen: si la positividad del derecho consiste en que sus normas son creadas mediante actos humanos, no se advierte por qué no ha de ser positiva una norma general creada por el juez. De hecho, Kelsen admite –si bien a regañadientes– que en el caso de lagunas

¹⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 1986, p. 253. (La cursiva es mía).

axiológicas los jueces suelen crear normas generales para justificar sus decisiones, que se apartan de lo dictado por el legislador.

Tanto Atria como Ruiz Manero consideran que el juez está obligado a rechazar la demanda en el caso individual cuando el caso genérico no está solucionado. ¿Pero no podría acaso un juez suficientemente conservador hacer lugar a la demanda del marido decidiendo –por analogía con el art. 53 del Código Civil argentino (ahora ya derogado) que obliga a la mujer a “habitar con su marido dondequiera que éste fije su residencia”– que es el marido quien puede elegir el lugar de las vacaciones? O un juez feminista ¿no podría resolver hacer lugar a la demanda de la mujer? Al hacerlo no violaría el derecho; simplemente aplicaría una nueva norma general que no existía antes de su sentencia. Lo decisivo es que en los tres casos, tanto cuando hace lugar a la demanda del marido o de la mujer, o cuando rechaza ambas demandas, el juez dicta una norma individual que sólo puede estar justificada por una norma general creada por el mismo juez. Es importante subrayar que esto ocurre –contrariamente a la opinión de Ruiz Manero y Atria– también cuando el juez rechaza la demanda, pues en tal caso permite al marido, o a la mujer, o a ambos, no seguir la decisión del otro cónyuge.

El que el juez no está obligado a rechazar la demanda en caso de una laguna normativa (caso genérico no solucionado) lo muestra aún más claramente el segundo ejemplo que Atria toma de Peczenik.¹⁷ El propietario de un inmueble demanda su restitución al poseedor que es un adquirente de buena fe (A) por título oneroso (B), que recibió el inmueble de un enajenante de mala fe (C). Por hipótesis, el caso caracterizado por ABC no está regulado por ninguna norma del sistema. Según Atria, a pesar de la ausencia de una norma general que regule el caso, el juez debe fallar a favor del poseedor, rechazando la demanda, porque el demandado no ha violado ninguna norma; tal sería la respuesta correcta a la pregunta (b'). Sin embargo, parece bastante obvio que el juez podría fallar a favor del actor, aduciendo que el actor es el legítimo propietario del inmueble y que no hay ninguna norma que autorice al poseedor a no devolverlo. Nuevamente, para justificar la norma individual (“el poseedor debe restituir el inmueble”) el juez debe recurrir a una norma general (“es obligatorio restituir el inmueble en el caso ABC”) que no existía antes de su fallo. Sin esa norma general la sentencia sería arbitraria.

¹⁷ Peczenik, A. *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1994.

En el tercer ejemplo, tomado de Dworkin, pasa algo parecido. No hay ninguna norma respecto del uso de las bicicletas en un parque público. De acuerdo con Atria, si Dworkin resuelve andar en bicicleta en el parque no se le puede multar y la única respuesta correcta es su absolución. Pero ¿qué sucedería si Dworkin resolviera traer un elefante? ¿Sería la misma la “única respuesta correcta”? Tengo mis fuertes dudas. Un juez muy bien podría decir que el elefante representa un serio peligro para los chicos que juegan en el parque y en consecuencia prohibir la entrada con el elefante o multar a Dworkin. Y lo mismo podría suceder con el caballo o con la bicicleta.

La moraleja de estos tres ejemplos es que en los tres casos el juez puede resolver discrecionalmente el caso individual, precisamente porque en los tres casos no hay normas preexistentes que resuelvan el caso genérico. Lo que Atria llama “la única respuesta correcta” no es más que un cierto consenso acerca de la solución que corresponde dar al caso genérico para poder justificar la decisión en el caso individual, consenso bastante generalizado en el primer ejemplo, muy problemático en el segundo y bastante dudoso en el tercero. Pero no hay nada que obligue al juez a adoptar una determinada solución: tanto la condena del demandado como el rechazo de la demanda requieren la creación de una norma general sin la cual la decisión del juez no estaría justificada, esto es, sería arbitraria.

6. Creación judicial del derecho

Estamos en condiciones de trazar un balance de las disquisiciones efectuadas. La separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, es decir, no porque los jueces dicten normas individuales que difícilmente puede considerarse como creación del derecho, sino porque los jueces crean también normas generales. Esto ocurre no sólo con los acuerdos plenarios de las cámaras de apelación o ciertas sentencias del tribunal supremo. También los jueces ordinarios se ven obligados a crear normas generales cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas y también en casos de lagunas axiológicas. (Como hemos visto, esto último lo admite el mismo Kelsen.) Pero esta

creación judicial de las normas generales difiere en importantes aspectos de la creación legislativa.

En primer lugar, las normas creadas por el poder legislativo son obligatorias para todos y en especial para todos los jueces. En cambio, las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces. Pero una norma general “creada” por un juez en un caso determinado constituye un precedente. Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme: la norma general creada por los jueces adquiere el carácter de obligatoria. Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles. El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida de origen jurisprudencial.

De acuerdo a la tesis defendida aquí, la creación judicial del derecho se produce tanto en los casos de lagunas normativas como en los de conflictos de normas. De este último tema no me voy a ocupar en este trabajo; me limito a señalar que cuando hay normas generales que correlacionan un caso genérico con dos o más soluciones incompatibles, el caso individual no puede ser resuelto por el juez sin modificar las normas existentes. La técnica usada normalmente por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto y en no aplicar la norma menos importante. Esta operación equivale o bien a una derogación parcial de una de las normas en conflicto (al introducir en ella una excepción), o bien a su derogación total.¹⁸ Pero la derogación (ya sea total o parcial) de normas forma parte de la actividad típicamente legislativa, que la doctrina tradicional atribuye con exclusividad a los legisladores.

¹⁸ Para el problema de la solución de conflictos normativos *Cfr.* Alchourrón, C.E y Makinson, D., “Hierarchies of Regulations and Their Logic”, en Hilpinen, R. (ed.), *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981.