ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2001

20 años de Nuestra sociedad



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Editor: Agustín Squella

Asistentes del Editor: Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2001

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 19 2 0 0 1

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Valparaíso, Católica de Temuco, de Concepción, de Chile, de los Andes, Internacional SEK, del Mar, Diego Portales, de la República, y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. S. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL Errázuriz 2120 - Valparaíso E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 años de nuestra sociedad

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Hemos visto que en los casos de lagunas normativas (y también en los de conflicto normativo) los jueces pueden resolver discrecionalmente, creando una norma que permite al demandado no hacer lo que el actor pretende y, en consecuencia, rechazan la demanda, o bien fallan a favor del actor para lo cual tienen que crear una norma que obligue al demandado. La discrecionalidad judicial es uno de los pilares de la doctrina positivista (13), muy atacado por sus adversarios, en especial, por Dworkin y también —aunque sobre la base de otros argumentos— por Atria, quienes, sin embargo, no han logrado, en mi opinión, producir argumentos convincentes en su contra.

CREACION Y APLICACION DEL DERECHO: ENTRE FORMALISMO Y ESCEPTICISMO

F. ATRIA L. *

En octubre de ese año, quizás preocupado por el hecho de que crecientes cantidades de católicos alrededor del mundo anticipaban un cambio en la actitud de la iglesia sobre el control de la natalidad, el Papa Paulo declaró que no habría un pronunciamiento al respecto en el futuro inmediato, y que mientras tanto la enseñanza tradicional debía ser estrictamente respetada. Cuando los periodistas preguntaron a Monseñor Vallainc, jefe de la oficina de prensa del Vaticano, cómo el Papa podía decir que no había duda sobre la doctrina tradicional si su propia comisión estaba estudiando el problema, él respondió que la Iglesia estaba en un estado de certeza, pero que cuando el Papa tomara una decisión, cualquiera que ésta fuera, la Iglesia pasaría de un estado de certeza a otro.

David Lodge, How Far Cam You Go? (1978)

En su elegante e influyente libro *Normative Systems*, publicado hace ya más de 30 años, los profesores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin defendían, entre otras, la tesis de que los sistemas jurídicos que conocemos son incompletos: ellos tienen *lagunas normativas*, y

^{18.} Cfr. H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2 ed. Clarendon Press, Oxford, 1994, 252.

^{*} Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 1994); Ph D (University of Edinburgh, 1999). Profesor Asistente de Derecho, Universidad de Talca. Gracias a Miguel Soto, que dirigió mi atención hacia la literatura procesal-penal relevante.

en los casos de lagunas los jueces tienen discreción para fallar del modo en que crean adecuado. En mi *On Law and Legal reasoning*, de próxima aparición, sostuve que las lagunas normativas, en caso de existir, no implican que el juzgador tenga discreción. El profesor Bulygin, en su artículo "Creación y aplicación del derecho" (publicado en este volumen) ha tenido a bien responder a ese argumento (¹).

A pesar de la respuesta del profesor Bulygin, y por algo más que obcecación, como espero poder mostrar, sigo creyendo que la posición de NS es insostenible. En este artículo intentaré explicar las razones para esto, e intentaré asimismo desarrollar algunas de las ideas defendidas en OLLR. Antes de eso, sin embargo, es importante situar la disputa en su contexto. Si bien esto puede parecer un truísmo (siempre es importante apreciar el contexto de un intercambio para entenderlo adecuadamente), en este caso es especialmente importante, porque el trasfondo de la discusión de NS (y de la pieza de Bulygin publicada en este volumen, "Creación y aplicación del derecho"), es diferente del trasfondo de la discusión en OLLR.

En "Creación y aplicación del derecho", la discusión sobre la existencia y consecuencias de lagunas normativas es parte de un argumento destinado a demostrar la imposibilidad de (parte de) "las propuestas de los teóricos de la ilustración para la organización política y jurídica del Estado" (1-2). En efecto, estas propuestas caracterizaban al derecho como el "conjunto de las normas generales dictadas por el parlamento y el poder ejecutivo", mientras asignaban al poder judicial la "aplicación de las normas generales a casos concretos" (2). Pero "la separación tajante entre la función [legislativa] como creador de normas generales y el poder judicial como

mero aplicador de esas normas resulta insostenible" (25), y esto es demostrado (entre otras cosas) por la existencia de lagunas normativas. Las lagunas normativas son casos concretos que no son correlacionados por ninguna de las reglas del sistema jurídico con propiedad deóntica alguna (²). Por eso el profesor Bulygin cree que, dada la prohibición de resoluciones de non liquet en la mayoría de los sistemas jurídicos, los jueces no pueden cumplir con las exigencias del 'ideal ilustrado': al fallar en casos de lagunas normativas ellos deben, para evitar la arbitrariedad, crear normas generales, es decir, normas que correlacionan el caso genérico del cual el caso específico sometido a su conocimiento es una instancia con una solución genérica del cual el mandato contenido en la parte resolutiva de la sentencia es una aplicación. La idea de que los sistemas jurídicos son necesariamente completos es caracterizado por Alchourrón y Bulygin como una ilusión racionalista NS, 175; IMCJS, 235) (³).

^{1.} En adelante, las referencias tanto a On Law and Legal Reasoning (Oxford: Hart Publishing, a ser publicado en 2002) como a Normative Systems (New York: Springer Verlag, 1971) las haré en el texto, con las abreviaciones OLLR y NS respectivamente. La versión castellana de NS, Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales (Buenos Aires: Astrea, 1987 será citada como IMCJS. Las citas a Bulygin, "Creación y aplicación del derecho" (en este volumen) serán insertadas en el texto sin más datos.

^{2. &}quot;Decir que un caso Ci de un UC es una laguna en un sistema normativo α en relación a un USmax significa que α no correlaciona Ci con ninguna solución del USmax" (NS, 20; IMCJS, 49). Definiciones auxiliares son necesarias para comprender esta definición de laguna. Un caso (C) es "toda propiedad de un UP y todo compuesto veritativo-funcional de tales propiedades—siempre que no sea tautológico ni contradictorio" (id. 12); un UP es definido como un "conjunto de propiedades que pueden estar presentes o ausentes en los elementos de un UD" (ibid); un UD es definido con un conjunto de situaciones o estados de cosas en las cuales una acción perteneciente a un UA es posible (cf. NS, 10; IMCJS, 32), y un UA es un conjunto finito de acciones básicas (ibid). Las acciones, por último, son básicas si las otras acciones son conjuntos veritativo-funcionales de ellas (ibid).

^{3.} Desde luego, Alchourrón y Bulygin no alegan que los sistemas jurídices son necesariamente incompletos, sino que la cuestión de su completitud es una cuestión contingente. En OLLR (p. 76) yo distingo teorías que sostienen que los sistemas jurídicos son necesariamente completos, teorías que sostienen que necesariamente tienen lagunas, y teorías que sostienen que la completitud de un sistema es una cuestión contingente. Joseph Raz es uno de los que creen que las lagunas son necesarias (véase OLLR, 82-83). Bulygin correctamente enfatiza que eso es así porque Raz no se refiere sólo a lagunas normativas. En realidad parece que Raz cree que las lagunas normativas no son lagunas: "contrariamente a muchas ideas populares, no hay lagunas cuando el derecho nada dice"; Raz, J.: The Authority of Law (Oxford: Clarendon Press.

Aunque por razones diversas, la tesis de que el sistema jurídico es siempre completo en el sentido de que sólo los legisladores crean y los jueces sólo aplican las reglas me parece también inadecuada. En realidad, lo que me parece inadecuado es la idea de que es posible hacer una distinción tajante entre creación y aplicación del derecho. Yo prefiero decir que, en términos políticos, la explicación de la diferenciación institucional entre jueces y legisladores se encuentra en las distintas lógicas de argumentación que cada uno de ellos debe manejar: el legislador justifica normas y el juez aplica normas (uso estas palabras en el sentido de Habermas y de Günther (4). La distinción entre justificación y aplicación permite, a mi juicio, explicar las diferentes configuraciones institucionales de cortes y legislaturas, aunque no es el único valor que es servido por esa división del trabajo (5). Como no es el único valor, en algunos casos resulta comprometido. Pero compromiso no es negación. La distinción entre aplicación y justificación también muestra por qué no es iluminador contrastar creación con aplicación del derecho. El juez debe aplicar una norma cuya justificación no tiene competencia para objetar, pero aplicar una norma en estos términos significa, por una parte, verificar que sus hechos operativos han ocurrido, y, por otra, establecer que el caso es suficientemente normal para que la aplicación de esa regla justificada sea adecuada al caso. Al decidir que el caso es tal que la regla no debe ser aplicada a él (a pesar de que el taso se ajusta a los hechos operativos de esa regla), restá el juez creando derecho? En algún sentido sí, porque está introduciendo

una excepción a la regla. Pero en otro sentido no, porque no está modificando la regla, sino adecuando su aplicación. Así, por ejemplo, en el caso discutido por Kant (6), el sujeto que decide mentir a la policía política sobre el paradero de su amigo buscado por ésta en algún sentido está modificando la norma 'no mentirás', porque le está introduciendo una excepción ('salvo que sea necesario para salvar vidas'), pero por otro lado él no está objetando la validez (en general) de la norma. No me cabe duda de que Bulygin caracterizaría esta decisión como una que crea una nueva norma, porque (si no es arbitraria) correlaciona el caso genérico (mentir para salvar vidas) con una solución genérica distinta de la contenida en la norma (permitido). Pero llamar a eso 'creación de derecho' oscurece una diferencia que creo que es importante mantener: la diferencia, discutida en OLLR (cf. pp. 114-115) entre el juez que adecua la aplicación al caso concreto de una norma cuya validez no discute (el caso insignia de Dworkin, Riggs v Palmer (7), es un buen ejemplo de esto) y el juez que cree que su deber moral es violar el derecho porque éste es demasiado injusto. La diferencia entre estas posiciones es importante porque sólo si las distinguimos es posible dar plausibilidad a la idea de fidelidad a la lev. Si colapsamos ambas posiciones, entonces la fidelidad a la ley sólo puede ser un formalismo absurdo. Si las distinguimos, podemos decir: el primer juez muestra fidelidad a la ley, porque acepta que la respuesta dada por la ley al problema genérico de cuándo (por ejemplo) un testamento es válido es una que él debe aceptar, pero objeta su aplicación a un caso concreto que muestra alguna peculiaridad que lo hace anormal. El segundo

^{1979),} p. 77. Por esto el argumento de Raz no es incluido en mi discusión de Alchourrón y Bulygin, y es considerado separadamente (véase OLLR, pp. 83-86).

Véase Habermas, Justification and Application (Cambridge: Polity Press, 1993) y Facticidad y Validez (Madrid: Trotta, 1998; orig. edn. 1992);
 Günther, The Sense of Appropriateness (Albany: SUNY Press, 1993; orig. edn. 1988). Véase también Atria, "Las Circunstancias de la Derrotabilidad" en Revista de Ciencias Sociales 45 (2000), pp. 437-467.

Atria, F.; "Legalismo, política y derechos", de próxima aparición en VV AA: Derechos Fundamentales (Buenos Aires: Editores del Puerto).

En su "On a supposed right to lie from philanthropy" (1797), reproducido en Kant, Practical Philosophy (editado por A. Wood; Cambridge: Cambridge, University Press, 1996).

^{7. 115} NY 506, 22 NE 188 (1889). Véase Dworkin, Taking Rights Seriously, (Cambridge, MA: Hatvard University Press, 1977) pp. 23 ss.; Cf. Dworkin, Los Derechos en Serio (Barcelona: Ariel, 1984), p. 73.

juez no muestra fidelidad a la ley: la inmoralidad de ésta lo lleva a objetar su validez, a erigirse en juez del legislador (8).

La tesis central de *OLLR* es que una teoría del derecho implica (parte de) una teoría del razonamiento jurídico. La explicación de esto es simple: una teoría del razonamiento jurídico es una teoría que explica cómo se transita de lo que J. Raz llama 'enunciados jurídicos puros' [pure legal statements] a 'enunciados jurídicos aplicados'. Los enunciados jurídicos puros son verdaderos en virtud del contenido de las reglas válidas de un sistema jurídico determinado. Los enunciados jurídicos aplicados son verdaderos en virtud de la ocurrencia de ciertos hechos y de la verdad de enunciados jurídicos puros (⁹).

Una teoría del derecho responde, por su parte, a la pregunta "¿Qué es derecho?". Crucialmente, al responder a esa pregunta una teoría del derecho establece qué cuenta como enunciado jurídico puro. El razonamiento jurídico plantea a una teoría del derecho un dilema que una teoría debería poder evitar. El dilema fue correctamente diagnosticado por Hart como formalismo o escepticismo ante las reglas (10). En OLLR (pp. 89-94) he mostrado que Hart, en tanto encuentra un punto medio entre formalismo y escepticismo lo hace con argumentos inaceptables en el contexto de una teoría positivista del derecho, y en cuanto mantiene sus postulados positivistas

oscila entre esos dos extremos del dilema (11). Aquí quiero brevemente explicar por qué este dilema es de tan difícil solución dentro de los límites metodológicos de una teoría positivista del derecho, lo que nos mostrará la importancia del argumento de Alchourrón y Bulygin.

Una teoría positivista del derecho, que sostiene que del hecho de que el derecho deba ser de un modo distinto al que es no se sigue que el derecho sea distinto, exige una manera de distinguir los casos que el derecho que es soluciona de los casos que no soluciona: los casos solucionados por el derecho que es deben (jurídicamente) ser solucionados de acuerdo a él, sin considerar cómo debe ser el derecho; sólo tratándose de casos no solucionados por el derecho que es podría el juez ejercer su discreción (i.e. fallar de acuerdo a lo que él cree que el derecho debería ser), en particular cuando el sistema jurídico le exige resolver todos los casos.

Así, cualquier teoría que quiere enfatizar la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser *necesita* proveer de un criterio para distinguir los casos cubiertos por el derecho (regulados) de los casos no cubiertos (no regulados). Adicionalmente, este criterio no puede ser moral: si un caso es difícil porque debe ser difícil, entonces (dado que los jueces tienen, en este contexto, discreción en los casos difíciles) resultaría que los jueces tienen discreción en todos los casos en que sería moralmente correcto que tuvieran discreción.

Para evitar esta conclusión, una teoría positivista del derecho necesita una caracterización de los casos difíciles (es decir, de los casos en los que el juez está autorizado para emplear estándares morales) que sea moralmente neutral. La tesis de *OLLR* es que las caracterizaciones moralmente neutras de los casos difíciles son inaceptables, porque conducen al escepticismo ante las reglas o al formalismo (la ironía, como hemos visto, es que evitar la elección entre es-

^{8.} Desde luego, no estoy defendiendo la postura del primer juez sobre la del segundo. No podemos saber si la ley merece fidelidad sin saber otras cosas sobre la ley y el sistema jurídico del caso: ¿cuán injusta es? ¿es un sistema democrático? etc. El argumento del texto sólo pretende crear espacio para que el ideal de fidelidad a la ley sea plausible, no defender la indefendible tesis de que el juez siempre debe ser fiel a la ley (nótese adicionalmente que el ideal de fidelidad a la ley es político o moral, porque desde el punto de vista del derecho decir que el juez siempre debe fidelidad a la ley (a las reglas jurídicas) no sólo no es indefendible, es un truísmo).

^{9.} Raz, "Authority, law and morality" en id. Ethics in the Public Domain (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp. 214-215.

^{10.} Véase Hart, The Concept of Law (Oxford: Clarendon Press, 1994), cap. 7.

^{11.} Véase también mi "Legal reasoning and legal theory revisited", en Law and Philosophy 18 (1999), pp. 537-577, y la versión española de este artículo, "Sobre el derecho y el razonamiento jurídico", en DOXA 22 (1999), pp. 79-119.

tos dos extremos era precisamente la finalidad del capítulo 7 de El Concepto de Derecho, de Hart).

Es en este contexto que la cuestión de las lagunas normativas es discutida en *OLLR*. Si Alchourrón y Bulygin tuvieran razón, si en los casos de (lo que ellos definen como) lagunas normativas el juez tuviera discreción, y si la existencia de lagunas normativas pudiera ser, como sostenía Peczenik siguiendo a Alchourrón y Bulygin, "establecida de una manera objetiva, valorativamente neutral" (12), entonces pareciera que ello podría abrir una vía para una doctrina positivista para evitar el cargo de formalismo o escepticismo que en *OLLR* es levantado contra ella.

Lo anterior implica que el argumento levantado contra Alchourrón y Bulygin en *OLLR* es elíptico: la discusión supone la verdad del positivismo, que es caracterizado, siguiendo a Raz, por su adherencia a la tesis de las fuentes (tesis que, en *OLLR*, intento mostrar que es falsa), conforme a la cual todo el derecho es derecho basado en fuentes, y "una disposición jurídica se basa en fuentes si su existencia y contenido puede ser determinado por referencia a hechos sociales solamente, sin referencia a argumentos evaluativos" (¹³). Alchourrón y Bulygin, desde luego, no usan este lenguaje, pero el pro-

fesor Bulygin ha sostenido, comentando precisamente la tesis raziana de las fuentes, que ella "es definitoria del positivismo" (14).

Sistemas normativos institucionalizados y la caracterización de la jurisdicción

El derecho, como ha sostenido N. MacCormick, es un sistema normativo institucionalizado. NS no discute las consecuencias que la institucionalización, como característica de los sistemas jurídicos, tiene para una lógica de las normas. Ahora, la palabra 'institución' (o palabras relacionadas como 'institucionalizado') es ambigua (véase OLLR, p. 1), porque hace referencia a (al menos) tres tipos de cosas (15): (1) a una forma de literatura jurídica, de la cual las Institutas de Cayo y Justiniano son los más conocidos ejemplos; (2) a conceptos que son el producto de la ocurrencia de ciertos hechos en el mundo y la aplicación de reglas, como 'prometer' o 'propiedad'; y (3) al hecho de ser un sistema normativo organizado, en el sentido

^{12.} Peczenik, A.: On Law and Reason (Dordrecht: Kluwer, 1994), p. 25.

^{13.} Raz, J.; "Authority, law and morality" (1985), reproducido en Raz, Ethics in the Public Domain (Oxford: Clarendon Press), p. 195.

^{14.} Bulygin, "Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz" en Alchourrón y Bulygin, Análisis Lógico y Derecho (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), p. 437. En The Authority of Law (Oxford: Clarendon Press, 1979), pp. 37-8, Raz caracteriza al positivismo por tres tesis: la tesis semántica (de acuerdo a la cual palabras como 'derechos' y 'deberes' no tienen el mismo significado en contextos jurídicos y morales), la tesis moral (de acuerdo a la cual el mérito moral del derecho es una cuestión contingente) y la tesis de las fuentes, de acuerdo a la cual "lo que es y no es derecho es una cuestión de hechos sociales" (p. 37). De éstas "la más fundamental es la tesis social" (38). Bulygin no objeta la caracterización del positivismo sobre la base de la tesis de las fuentes, sino la especial importancia que Raz le asigna a ésta, como se desprende del pasaje del cual la cita del texto principal fue extraída (que figura en la lista de conclusiones del artículo de Bulygin referido): "es definitoria de la posición positivista la aceptación —junto con las tesis de la conexión contingente [i.e. la tesis moral] y la de la fuentes— de la tesis reduccionista [i.e. semántica] débil, de acuerdo a la cual los enunciados teóricos o externos son descriptivos de hechos no valorativos" (Bulygin, op. v loc. cit., mis cursivas). Véase adicionalmente infra, n. 50.

Los modos en que estos tres sentidos están relacionados es una cuestión de suyo interesante: véase OLLR, pp. 24-31.

de que las normas que componen el sistema normativo son creadas por autoridades creadas por normas de ese sistema normativo y que las determinaciones de lo que esas normas mandan, permiten o prohíben en casos concretos están entregadas a autoridades también creadas por normas de ese sistema (las autoridades creadoras y aplicadoras de normas no necesitan ser diferentes, por lo que el argumento aquí no descansa en la distinción aplicación/creación de derecho rechazada por Bulygin en "Creación y aplicación del derecho").

El positivismo como teoría del derecho es una teoría de sistemas jurídicos institucionalizados. En términos de Hart, la institucionalización del sistema jurídico se produce cuando éste desarrolla reglas de cambio, reconocimiento y adjudicación (16). Nótese que estas reglas tienen la función precisa de identificar las reglas del sistema, las autoridades encargadas de crear nuevas reglas, y las autoridades cuyas decisiones respecto de los que las reglas exigen en casos concretos están dotadas de autoridad.

La institucionalización en el sentido (3) suele ir acompañada de institucionalización en el sentido (2). La estructura básica del mundo no incluye contratos como sí incluye montañas. En el sentido (2), de nuevo siguiendo a MacCormick, podemos caracterizar las instituciones jurídicas como

Conceptos jurídicos que son regulados por un conjunto de reglas institutivas, consecuenciales y terminativas, de modo que instancias de ellas existen en el tiempo, desde la ocurrencia de un acto institutivo hasta la ocurrencia de un acto o evento terminativo (17).

Es claro de donde surge la conexión entre los dos sentidos de institucionalización: en la medida en que el sistema se institucionali-

za en el sentido (3), la utilidad de la ontología permitida por el sentido (2) será cada vez más evidente y necesaria (18).

En el contexto de una teoría del derecho, la naturaleza institucional del derecho permite caracterizar la función de las cortes: las cortes tienen la función de establecer que ciertos hechos han ocurrido, y que a esos hechos deben (o no) aplicarse ciertas reglas, y que como consecuencia de la aplicación de esas reglas a esos hechos ciertos hechos o posiciones institucionales existen desde el punto de vista jurídico.

Alchourrón y Bulygin caracterizan la función de las cortes de otra manera, como "primariamente la solución de conflictos de intereses" (NS, 147; IMCJS, 204). A mi juicio, ésta es una incorrecta (u oblicua) caracterización de la función jurisdiccional, pero antes de explicar por qué quiero explicar las razones por las cuales creo que esto es importante.

El profesor Bulygin y yo no estamos en desacuerdo al distinguir dos problemas: el primero es una pregunta sobre la verdad de un enunciado jurídico puro (i.e. sobre la solución que el sistema correlaciona con el caso genérico del cual el caso específico en cuestión es una instancia, para usar el lenguaje de NS): '¿qué dispone el derecho para este tipos de casos?'; la segunda es una pregunta por un enunciado aplicado (o por un caso específico): '¿cuál es la solución jurídicamente correcta para este caso?'. Alchourrón y Bulygin creen que una respuesta negativa a la primera pregunta ('nada') implica que la respuesta a la segunda confiere discreción al juez. Podemos formularla como 'lo que el juez considere adecuado'.

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 solucionar el conflicto aun cuando el derecho no lo solucione, es decir, pareciera que el derecho le da al juez discreción en

^{16.} Véase Hart, The Concept of Law, cit. en n. 10, pp. 91-99.

^{17.} MacCormick: "Law as institutional fact" (1974), reproducido en MacCormick y Weinberger: An institutional Theory of Law (Dordrecht: Kluwer, 1986), p. 53.

^{18.} Véase Searle, J.: The Construction of Social Reality (Harmondsworth: Penguin, 1995).

todos los casos en que al juez llega un conflicto que no es solucionado por el derecho. Pero si la función jurisdiccional se caracteriza de otro modo (preliminarmente, podemos seguir a Hart, diciendo que las cortes 'proveen determinaciones autoritativas del hecho de la violación de reglas primarias' (19)), entonces el paso desde una respuesta negativa a la primera pregunta a la discreción como respuesta de la segunda es mucho más problemático. Ahora el principio de inexcusabilidad instruye a los jueces a proveer determinaciones autoritativas del hecho de la violación de las reglas primarias incluso cuando no haya regla aplicable, y en este caso pareciera que si no hay regla aplicable no hay regla que pueda haber sido violada, y si no hay regla que pueda haber sido violada, es decir, debe declarar que hay regla que haya sido infringida y que, por consiguiente, no tiene justificación para alterar el status quo.

Que la caracterización de la función jurisdiccional como primariamente solución de conflictos es relevante a la discusión sobre la importancia de las lagunas es una cuestión que se hace explícita cuando Alchourrón y Bulygin discuten el caso de Kelsen (20). Kelsen creía que podía haber conflictos de intereses no resueltos por el derecho, sin que éstos constituyan lagunas. Pero, dada su caracterización de la función jurisdiccional, Alchourrón y Bulygin parecen creer que una laguna normativa es un conflicto de intereses no reresuelto por el sistema jurídico. Kelsen sostuvo, en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, que en ciertos casos

La conducta no prohibida, y en este sentido permitida, de un individuo [...] se contraponga a la de otro individuo cuya conducta tampoco esté 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 posible de intereses (21).

Comentando este pasaje, Alchourrón y Bulygin afirman que "[estas] palabras de Kelsen [...] suenan a una admisión implícita de la posibilidad de las lagunas, pues ¿qué otra cosa son las lagunas sino 'conflictos de intereses no solucionados por el orden jurídico'?" (IMCIS, 187).

Desechar la idea de que la función judicial debe ser caracterizada sobre la base de resolver conflictos de intereses me permite responder la objeción de Bulygin de no distinguir "entre normas y proposiciones normativas" (20-21). Es cierto que no menciono esa distinción, pero no creo que eso sea relevante. El profesor Bulygin sostiene:

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 (ibid).

Pero la función del juez no es resolver el conflicto, sino declarar que el caso (en alguna descripción) se ajusta a los hechos operativos de una regla jurídica y por lo tanto su consecuencia normativa es debida. El juez no se limita a informar a las partes de que no hay regla que regule el caso, el juez dicta una norma (o un mandato) cu-

^{19.} Hart, The Concept of Law, cit. en n. 10, p. 96.

^{20.} Véase NS, cap. 7 (IMCJS, cap. 7).

^{21.} Kelsen, H.: Teoría Pura del Derecho (México: Porrúa/UNAM, 1991; originalmente publicado como 2º edición de Teoría Pura del Derecho, 1960), p. 252.

yo contenido es 'no hay posiciones institucionales que deban ser modificadas'.

La caracterización de la función de la jurisdicción como solución de conflictos de intereses es, desde luego, la caracterización tradicional ofrecida por estudiosos de la jurisdicción y el derecho procesal (22). Peto ésta es una caracterización ideológica, en el sentido (no peyorativo) de que representa una manera determinada de concebir la justificación e importancia del derecho; esta caracterización encuentra su justificación más profunda en la reflexión sobre el derecho patrimonial privado en sociedades capitalistas:

La función del derecho de contratos [en el siglo XIX] era meramente asistir a una de las partes contratantes cuando el otro violaba las reglas del juego e incumplía sus obligaciones contractuales. El juez era una especie de árbitro cuyo trabajo era responder al reclamo '¿cómo es eso?' cuando algo iba mal (3).

La demostración más evidente de que es este modelo el que ha sido tomado por los estudiosos de la jurisdicción y por los abogados para caracterizar la jurisdicción es que si hubieran adoptado el proceso penal, especialmente en su versión inquisitiva, habrían llegado a una caracterización distinta. En este modelo lo que importa no es que haya conflicto (que puede o no haber) sino encontrar la verdad; esto hace que el conflicto sea prescindible:

En forma distinta a lo que sucede en el derecho civil y en el derecho administrativo, en los que las pretensiones son satisfechas, por regla general, voluntariamente y el proceso es la excepción, la 'pretensión penal' estatal sólo puede ser realizada en el procedimien-

to penal; incluso si alguien solicita ser penado voluntariamente deberá llevarse a cabo antes un proceso penal contra él (24).

Lo anterior también es demostrado por el hecho de que fracasar en resolver el conflicto no es demostración de un ejercicio fallido de la potestad jurisdiccional. En primer lugar, porque no siempre hay un conflicto esperando ser resuelto. En OLLR (p. 79) mencionaba el caso del proceso penal que no es innecesario aun cuando el imputado está confeso y, como Raskolnicov, dispuesto a ser sancionado para expiar su falta (25). Pero aun en los casos en que hay conflicto, la intervención del derecho no siempre los soluciona: en casos, por ejemplo, de divorcio, es perfectamente posible que al llevar el problema ante el magistrado el conflicto se haga más agudo. De modo más significativo, es posible sostener que fue precisamente cuando la comparecencia de las partes a las audiencias de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica empezaron a ser regu-

Véase, entre muchos otros: Colombo, La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1980),
 pp. 14-17; Hoyos, Temas Fundamentales de Derecho Procesal (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987), pp. 141-144.

^{23.} Atiyah, An Introduction to the Law of Contract (Oxford: Clarendon Press, 1995), p. 8.

^{24.} Roxin, Derecho Procesal Penal (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000; edn. orig. 1998), p. 6. O véase idem, p. 4: "el fin del proceso penal tiene, entonces, naturaleza compleja: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejado de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión". Roxin correctamente a mi juicio enfatiza la limitada utilidad del intento por encontrar "principios generales de los distintos derechos procesales", como (diría yo) que los procesos son mecanismos de solución de los conflictos.

^{25.} Bulygin desecha estos casos porque sostiene que, dado que se refieren a casos penales, y que en el derecho penal existe una regla de clausura, cuya función es precisamente la de eliminar las lagunas normativas. En consecuencia, "los procesos penales son irrelevantes" (19). Pero Bulygin aquí está mezclando dos problemas distintos. Cuando, más adelante, discutamos sobre si en ciertos casos no regulados el juez tiene discreción, será importante distinguir casos penales de casos no penales, porque en derecho penal, dado el principio de legalidad, no hay lagunas normativas. En otras palabras, Bulygin estaría en lo correcto al objetar a mí uso de ejemplos penales si ellos fueran utilizados para mostrar que no hay lagunas normativas. Pero no se trata aquí de eso. Aquí sólo estroy tratando de encontrar una caracterización adecuada de la función judicial en el contexto de una teoría del derecho. Los procesos penales, si bien pueden ser irrelevantes desde el punto de vista del problema de la existencia de lagunas normativas, no son irrelevantes desde el punto de vista de la caracterización de la función judicial.

ladas mediante reglas de comparecencia y procedimiento que el conflicto entre ellas se agudizó, porque las partes dejaron de llegar a una instancia en la que confrontarían víctimas en toda su singularidad y empezaron a llegar a audiencias judiciales en que no encontraban víctimas en toda su singularidad, encontraban sujetos de derecho representados por sus abogados (26).

A esto el profesor Bulygin podría responder: no se trata de que las cortes solucionen los conflictos en el sentido humano (a falta de otro término), sino en el sentido jurídico. El conflicto entre los dos cónyuges queda jurídicamente solucionado cuando se ha dictado sentencia de divorcio y se ha decidido cuáles son las condiciones patrimoniales y de visitas en que cada uno de ellos quedará. En el sentido en que se usa al caracterizar la función de la jurisdicción, la verdad de la frase 'el conflicto está solucionado' no es negada por el hecho de que en un sentido no jurídico las relaciones de los ex cónyuges hayan devenido en más, no menos, conflictivas a consecuencia del proceso. Pero nótese que aquí 'solucionar el conflicto' no significa solucionar el conflicto. Significa simplemente establecer que el hecho institucional 'matrimonio' que existía ha terminado, y que ambos ex-cónyuges se encuentran en posiciones institucionales diversas. 'Solucionar el conflicto' aquí significa 'determinar las posiciones institucionales a las cuales quedan las partes afectas, aunque el conflicto entre ellas se agudice como consecuencia'. En este caso, parece más razonable olvidarse de la etiqueta 'solución de conflictos' y usar derechamente lo etiquetado, es decir 'determinación de la realización (o no) de los hechos operativos de una regla válida y de las consecuencias de ello para el caso' (21).

Nótese que el mismo problema aparecería si en vez de elegir la 'solución de conflictos' como caracterización primaria de la jurisdicción uno eligiera cualquier otra formulación de la función de la

jurisdicción expresada en términos no jurídicos. Considérese por ejemplo, para usar el ejemplo mencionado más arriba, la función de 'encontrar la verdad': la función elegida sería susceptible de contraejemplos, y debería recibir una interpretación puramente auto-relevente: no se trata de encontrar la verdad (hay ejercicio de la potestad jurisdiccional incluso cuando la verdad no se encuentra en procedimientos inquisitivos, hay casos en que no hay verdad que establecer, hay casos en que se da por cierto lo que se sabe que es falso (28) sino encontrar la verdad jurídica, es decir, lo que de acuerdo al derecho es verdad, lo que 'cuenta' como verdad para el derecho. Y el juez no busca la verdad como la busca el científico, el juez la busca sólo con miras a establecer las posiciones institucionales de las partes (como 'homicida', 'comprador', 'dueño', etc. (29).

Esto apunta hacia una característica extraordinariamente importante de los sistemas normativos institucionalizados: ellos devienen, en mayor o menor medida (porque en este sentido 'institucionalizado' es una cuestión de grados) auto-referentes: no hay conflicto sino cuando conforme al derecho hay conflicto, no hay solución del conflicto sino cuando el derecho provee una solución del conflicto, etc. (30). Las potestades jurídicas sólo pueden ser definidas jurídicamente: la potestad legislativa es la potestad de crear nuevas normas

^{26.} Véase Veitch, "The legal politics of amnesty", in Christodoulidis, E. y Veitch, S.: Lebe's Law (Oxford: Hart Publishing, 2000).

Para una discusión más detallada de la caracterización institucional de la jurisdicción, véase Atria, "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo", de próxima aparición en Revista de Derecho (Universidad Austral, Valdivia, 2002).

^{28.} Como el caso del juez que sabe que una propiedad secuestrada está siendo explotada (porque al manejar del tribunal a su casa ve a los arrendatarios), pero que hace una inspección ocular y no puede encontrar signo alguno de uso posterior al decreto de secuestro. El conocimiento personal que el juez tenga de la verdad, se dice, no es jurídicamente relevante.

^{29.} Véase Searle, op. cit., en n. 18, pp. 43 ss. Como sostiene MacCormick, "Los 'hechos' que [el juez] 'encuentra' son entonces considerados como verdaderos para los propósitos del juicio [...]. El proceso de 'prueba' es un proceso que mira a establecer que ciertas proposiciones son para fines jurídicos verdaderas, específicamente para los fines del litigio en cuestión". MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory (Oxford: Clarendon Press, 1994; orig. Edn. 1978), p. 27.

^{30.} Cf. MacCormick, "On institutional normative order", en Gatzón Valdés et al. (eds): Normative Sytems in Legal and Moral Theory (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), pp. 411-426, aquí p. 420.

jurídicas, la potestad jurisdiccional es la potestad de declarar que los hechos operativos de una regla jurídica han sido realizados y por consiguiente su consecuencia normativa es debida, etc. (31).

Lagunas normativas y discreción judicial

Quiero ahora considerar los tres ejemplos discutidos en OLLR, de los que Bulygin intenta hacerse cargo.

El primer ejemplo es el de una pareja de recién casados en Escocia que deben decidir el lugar al que viajarán de vacaciones. Ambos quieren viajar juntos pero él quiere ir a Francia y ella a Sudáfrica. En consecuencia, tienen un conflicto de intereses. El la demanda a ella invocando el argumento de Alchourrón y Bulygin, sosteniendo que el caso es una laguna normativa y pidiendo al juez que, en ejercicio de su discreción, obligue a la mujer a ir a Francia (quizás él sabe que el juez, como la mayoría de los jueces, tiende a ser más conservador que lo normal, por lo que si puede utilizar su discreción es probable que falle a favor del marido). El segundo ejemplo es el de Alchourrón y Bulygin (NS, 9-10; IMCIS, 32-33): El dueño de una cosa intenta reivindicarla de manos del tercero poseedor, quien la ha adquirido de mala fe de un tradente de buena fe v a título oneroso. Por hipótesis, hay sólo dos reglas: la primera establece que el dueño tiene acción reivindicatoria si la tradición es a título gratuito, y la segunda que tiene acción si la tradición a título oneroso es hecha por un tradente de mala fe a un adquirente de buena fe. El tercer caso, por último, es discutido por Dworkin (32); no hay regla alguna que permita, ordene o prohíba a Dworkin usar su bicicleta en el parque, y (1) Dworkin es sorprendido por un policía usándola en el parque y llevado ante el juez, o (2) un tercero intenta impedir a Dworkin que use su bicicleta en el parque y Dworkin lo demanda.

La tesis que he defendido es que en ninguno de estos casos hay, dados los supuestos mencionados más arriba, discreción para el juzgador, es decir, en ninguno de estos casos tiene el juez una opción entre dos opciones jurídicamente equivalentes, la de acoger o rechazar la demanda. Ello es así a pesar de que si preguntamos por cuál es el enunciado jurídico puro aplicable al caso (o cuál es la solución para los casos genéricos de los cuales los casos específicos más arriba relatados son instancias) la respuesta es 'ninguno' (ninguna). En otras palabras: puede haber lagunas normativas, pero de ellas no se sigue discreción para el juzgador.

El profesor Bulygin cree que en todos estos casos el juez tiene discreción. En el caso de la pareja escocesa, él sostiene que

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 vacaciones por parte de parejas recién 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 (22).

Bulygin aquí razona sobre la base de que la única manera en la que el juez puede evitar un fallo arbitrario es formulando una norma general: esto explicaría el reproche que le haríamos a un juez que decidiera hoy rechazar la demanda del marido y mañana acoger la demanda relevantemente análoga de otro marido. Esto es correcto en el caso de sistemas normativos no institucionalizados: imagínese que yo debo resolver, como árbitro arbitrador (33), un caso en el cual

^{31.} Uso las expresiones 'hechos operativos' y 'consecuencias normativas' de acuerdo al sentido que les da MacCormick, Legal Reasoning, cit., en n. 29, p. 45.

^{32.} Dworkin: "On gaps in the law", en MacCormick y Amselek (eds.): Controversies about the Law's Ontology (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991).

Que es el que falla "obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren" (art. 223 COT).

el comprador se niega a pagar el precio de la cosa comprada porque ha perdido el empleo. Imagínese que resuelvo que el comprador está obligado a pagar, y que al día siguiente debo resolver otro caso de otro comprador que se rehúsa a pagar también por haber perdido el empleo. No cabe duda que, aún en esta descripción, es todavía posible que muchas cosas sean diferentes y que se justifique que yo falle de modo distinto. Pero si los casos son iguales en todos sus aspectos relevantes al fallar el primero me he comprometido a fallar el segundo del mismo modo. En algún sentido he aceptado la validez de una regla (moral) de acuerdo a la cual dado (un contrato de compraventa), (la entrega de la cosa por el vendedor), (la pérdida del empleo por el comprador) debe ser (pago del precio). Si esa regla no existía antes de mi decisión (lo que es discutible, dado que estamos hablando de sistemas no institucionalizados), la he creado. Tratándose de sistemas no institucionalizados, pareciera que Bulygin tiene razón.

Pero si introducimos la idea de que hay órganos a cargo de aplicar las reglas repentinamente vemos que, sin incurrir en irracionalidad, hay una serie de razones (propiamente institucionales) que pueden justificar el hecho de que el juez rechace la demanda a pesar de no haber una regla que regule el caso, y sin calificar deónticamente el caso específico. La acción ejercida puede estar prescrita, fuera de plazo, no haber sido patrocinada por un abogado habilitado o presentada en un tribunal incompetente, entre otras razones. Quiero detenerme especialmente en el caso de la demanda presentada ante tribunal incompetente (34). Las razones más evidentes son problemas de competencia. En vez de un árbitro arbitrador, imagínese que soy un juez con competencia exclusivamente penal. ¿Cuál es mi deber jurídico? Parece claro que deberé rechazar la demanda (aun si opino que de acuerdo a derecho el demandante tiene derecho al precio de la cosa), sin necesidad de que formule regla general alguna relativa al caso específico. Simplemente aplico una regla que restringe mi competencia a asuntos criminales, y rechazo la demanda sobre la base de la incompetencia del tribunal. Supongamos que al día siguiente soy nombrado juez en lo civil y debo conocer de la misma demanda, que el demandante derrotado se ha llevado desde el tribunal penal al tribunal civil competente. ¿Estoy obligado, por razones de racionalidad, a fallar del mismo modo? Claramente no. Ahora el derecho me impone la obligación (por hipótesis) de aceptar la demanda, ordenando al comprador que pague. Cuando deseché la demanda como juez penal no formulé regla alguna relativa a la calificación deóntica de la negativa del comprador, a causa de su repentina cesantía, a cumplir su obligación contractual (35).

Este punto preciso es mejor ilustrado por el tercero de los casos mencionados, el de Dworkin andando en bicicleta por el par-

Aquí estoy en deuda con el Profesor Antonio Bascuñán R., quien me sugirió la conveniencia de discutir el problema en los términos que siguen.

^{35. ¿}Podría decirse que si bien no califiqué deónticamente el caso del comprador en términos civiles sí lo califiqué deónticamente en términos penales, como "permitido"? La respuesta depende de hechos no narrados como parte del ejemplo: si yo juez, estudiando los hechos de la demanda, me convenciera de que esos hechos configuran un tipo penal, pero un tipo penal de acción privada, y si la demanda hubiera estado planteada en términos unívocamente civiles, como demandando sólo el cumplimiento de la obligación contractual, y no la pena penal, entonces el juez podría perfectamente rechazar la demanda sin siquiera asumir que los hechos alegados no configuran un tipo penal. Todo depende de reglas procesales, es decir, de reglas que regulan el funcionamiento de la institución judicial. Aquí podríamos aludir a todos los casos en que, sin haber pronunciamiento de fondo, el caso es decidido en un sentido u otro. Cuando la Corte de Apelaciones de Santiago, y luego la Corte Suprema, sobreseyó a Pinochet de los cargos de tortura que se le formulaban, no emitió opinión sobre la caracterización deóntica de la acción de torturar: simplemente rechazó las querellas en su contra, por razones puramente institucionales no relacionados al caso concreto (porque proceder en contra de Pinochet violaba la garantía del debido proceso, es decir, violaba las condiciones de ejercicio válido de la potestad jurisdiccional).

que (36). Como se recordará, este caso tiene dos variantes: la primera es que Dworkin intenta entrar al parque con su bicicleta y es llevado ante el juez por un policía para que le imponga una multa. Hay laguna normativa (por hipótesis), pero el juez, invocando el hecho de que no hay norma cuyas consecuencias jurídicas sean exigibles, lo absuelve. Bulygin cree que con esto el juez estaría creando una norma general que permite andar en bicicleta en el parque. Pero ahora consideremos la segunda variante del caso, e imaginemos que después de haber sido absuelto Dworkin va al parque con su bicicleta y una persona intenta impedirle que la use. Dworkin entonces concurre al (mismo) juez, y éste decide que no hay norma que impute consecuencias normativas al caso de un ciudadano impidiendo a otro andar en bicicleta en el parque (37). No hay arbitrariedad en la decisión sucesiva de estos dos casos, precisamente porque para decidirlos el juez no invoca ninguna regla general que ca-

lifique deónticamente el caso genérico del cual la acción de Dworkin es una instancia específica.

Volviendo al ejemplo de la pareja en Escocia, Bulygin cree que un juez argentino suficientemente conservador [podría] 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 el que puede elegir el lugar de las vacaciones (23).

Lo contrario, cree Bulygin, podría hacer un juez feminista, acogiendo la demanda de la mujer: "al hacerlo no violaría el derecho; simplemente aplicaría una nueva norma general que no existía antes de su sentencia" (ibid).

Mi impresión es que aquí Bulygin está violando las reglas de su propio juego. En el caso de su juez conservador, habría que decir, conforme a lo que él nos indica, que un juez argentino conservador no podría hacer lo que él sostiene sin violar el derecho: el artículo 53 está, él nos informa, derogado. Pero aun cuando no estuviera derogado, estaríamos ante una laguna de reconocimiento, porque el problema sería la indeterminación semántica o vaguedad del concepto 'residencia'. Estos son casos de aquellos que Hart llamó 'de penumbra', y "los casos de penumbra nada tienen que ver con el problema tradicional de las lagunas del derecho, i.e. el problema de la completitud normativa" (NS, 32; IMCJS, 64-65). Adicionalmente, nos dicen Alchourrón y Bulygin, debe evitarse "la tendencia a exagerar el papel que a los problemas empíricos corresponde en la aplicación de la ley a casos individuales" (NS, 33-34; IMCJS, 64) (38).

^{36.} La respuesta de Bulygin imagina que, en vez de una bicicleta, Dworkin pretende entrar al parque con un elefante, y luego invoca, al igual que en su respuesta al segundo caso (la acción de reivindicación), discutida más abajo, una norma que no estaba incluida en el ejemplo: una que prohíbe "lo que es peligroso para los niños que juegan en el parque" (24). El entonces afirma "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" (ibid). Si el juez falla así porque cree que sería bueno que lo que es peligroso no pudiera hacerse en el parque, sin referencia a norma jurídica alguna, entonces no está fallando conforme a derecho, sino conforme a lo que él cree que debe ser derecho. En este caso, dado que no hay norma que se refiera ni al elefante en particular ni a lo peligroso en el parque en general, no entiendo por qué Bulygin cree que la propiedad 'ser peligroso' para los niños en el parque' es parte del UP, es decir, es relevante; si falla invocando una norma distinta, que prohíbe lo que es peligroso, entonces no hay laguna normativa: a lo más, hay una de reconocimiento ('¿están los elefantes incluidos dentro de la caracterización 'peligroso?').

^{37.} Esta variante requiere un esfuerzo de imaginación mayor, porque normalmente los sistemas jurídicos contienen reglas que impiden a las personas interferir con la acción inocente de otras. Pero es conceptualmente posible que esa regla no exista (en otras palabras: es verdadero por estipulación que el caso es una laguna normativa).

^{38.} En esto estoy en completo acuerdo con Alchourrán y Bulygin: de hecho, parte importante del argumento del primer capítulo de OLLR está diseñado para mostrar lo límitadas que son las lagunas de reconocimiento en sistemas normativos, incluso en aquellos cuyas reglas están expresadas en lenguajes naturales. Véase OLLR, pp. 6 ss.

¿Qué hay del juez feminista? Si, en vez de la idea no jurídica de resolver conflictos, caracterizamos la jurisdicción institucionalmente como la potestad de declarar de modo autoritativo que los hechos operativos de al menos una regla han sido cumplidos y que por tanto su consecuencia normativa es debida, tendremos que exigir al juez feminista que indique cuál es la regla válida cuyos hechos operativos se han cumplido. Si no hay regla jurídica válida, entonces no hay regla que aplicar. El juez deberá responder a las partes 'mi función es declarar qué consecuencias jurídicas se siguen de qué actos que constituyen instancias de hechos operativos de reglas jurídicas válidas; en este caso no encuentro regla jurídica alguna que aplicar; aquél de ustedes, en consecuencia, que haya recurrido a mí solicitando que declare que cierta consecuencia normativa se sigue de la realización de ciertos hechos (habitualmente el demandante) pierde el juicio'. Por supuesto el juez feminista podría fallar en contra del derecho por razones políticas o morales: quizás es un revolucionario disfrazado de juez. Pero no nos importa eso aquí, porque estamos discutiendo sobre cuál es el contenido del deber del juez de aplicar el derecho al caso.

Más adelante mostraré cómo Bulygin, si rechaza este argumento, y si se mantiene fiel a la caracterización ofrecida más arriba del positivismo jurídico (*i.e.* caracterizado por la tesis de las fuentes), debe ser escéptico, es decir, debe negar la posibilidad de legislar mediante reglas generales. Ahora quiero, sin embargo utilizar el segundo caso, del propietario que pretende reivindicar de manos del tercero poseedor, para mostrar cómo, con esos mismos supuestos, el argumento lleva al formalismo.

Yo sostenía, en *OLLR* (p. 80), que el juez debía rechazar la demanda del propietario. Bulygin, sin embargo, incorpora a S4 otra regla para justificar al juez que hace lugar a la demanda, una equivalente al art. 889 del Código Civil chileno:

La acción reivindicatoria o acción de dominio es la que tiene

el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (39).

Que Bulygin incorpora esta regla es claro cuando él sostiene 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" (24).

Pero si incorporamos esta regla a S_4 , entonces no quedan lagunas. N_6 y N_2 , las reglas que conformaban S_4 , deben ser entendidas como reiteraciones de la regla del art. 889. En los casos a los que se refieren N_6 y N_3 , así como en todos los otros casos en los que un tercero posee lo que es de dominio de otro, el propietario puede usar la acción reivindicatoria para superar la posesión. El profesor Bulygin no puede argumentar que en este caso hay laguna normativa y que el juez puede fallar conforme a la regla del art. 889. O lo uno

^{39.} Puede ser útil explicar la terminología utilizada por Alchourrón y Bulygin, para beneficio del lector. En NS, Alchourrón y Bulygin usan como ejemplo de laguna normativa el sistema normativo compuesto por dos normas: los artículos 2777 y 2778 del Código Civil Argentino. El primero dispone que procede la reivindicación si la tradición a título oneroso fue hecha a un adquirente de buena fe por un enajenante de mala fe, y el segundo que procede si la tradición fue a título gratuíto. En NS el artículo 2777 es formalizado como N₆ (aunque NB: en IMCJS es N₅), y el artículo 2778 es formalizado como N₃. El sistema normativo compuesto sólo por las normas N₆ (N₅ en IMCJS) y N₃ es denominado S₄. Véase NS, 19; IMCJS, 45-47.

La regla del art. 889 del Código Civil chileno no es mencionada en la discusión del caso en NS, aunque el Código Civil argentino contiene una regla análoga (cf. art. 2758: "La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella"). Lo que Alchourrón y Bulygin mostraron, en ese texto, es que un sistema con sólo dos reglas, [N₆ y N₃] tenía lagunas normativas. De hecho, los autores aceptan que "es muy posible que si el sistema S₄ se interesa con alguna otra norma (por ejemplo, con alguna otra disposición del Código) las lagunas desaparecerían. Pero entonces se trataría de otro sistema distinto" (NS, 19; IMCJS, 47). A mi juicio, en los términos en que estamos discutiendo el problema la regla del art. 889 (2758) es una regla tal. Si Bulygin quiere invocarla, en consecuencia, debe sostener que no hay laguna normativa.

o lo otro (40). Aquí uno se mueve, como sostenía Monseñor Vallainc, entre 'un estado de certeza y otro'.

En efecto, ¿qué evita que pacíficamente aceptemos esta solución? Recuérdese que N₆ da acción al dueño si la tradición fue a título oneroso, el tradente estaba de mala fe, y el adquirente estaba de buena fe, mientras N₃ da acción si la tradición fue a título gratuito. Ambas reglas no son, en esta interpretación, sino corolarios de la regla del artículo 889 del Código Civil chileno (2758 argentino): el dueño tiene acción contra terceros poseedores. ¿Por qué no ver a ambas regla como redundantes? Después de todo, los códigos están plagados de reglas redundantes (41).

Respuesta: porque por razones normativas (yo diría: morales) nos parece inadecuado no proteger al tercero de buena fe. El problema es que, en términos estrictos, no hay (al menos en Chile) una regla que establezca que el poseedor de buena fe tiene una posición especialmente protegida. Hay varias reglas que disponen eso pero tratándose de otros casos genéricos, por lo que no deberían aplicarse al problema: en Chile, por ejemplo, el tercero adquirente de buena fe que adquirió de quien tenía la cosa condicionalmente está parcialmente protegido del dueño si la condición se cumple (cf. art. 1490 y 1491), pero esta regla no es aplicable al caso de Alchourrón y Bulygin, porque no estamos hablando de un caso caracterizado por el hecho de que el tradente tenía la cosa bajo condición. Los argu-

mentos normativos para dar al adquirente de buena fe en el caso de Alchourrón y Bulygin alguna protección son, sin embargo, suficientemente podetosos. Nótese que aquí el argumento es: el derecho debería reconocer una excepción a la regla del artículo 889 del Código Civil, al menos tratándose del poseedor de buena fe, por lo tanto la reconoce. El derecho debería ser diferente, por lo tanto es diferente. Si argumentos de este tipo son rechazados como 'políticos pero no jurídicos', entonces lo que queda es formalismo (42). Esos argumentos morales no valen porque estén basados en fuentes, sino porque son correctos (43).

Para evitar el formalismo aquí deberíamos aceptar que argumentos morales pueden derrotar (jurídicamente hablando) la aplicación de reglas basadas en fuentes, y que esos argumentos morales son jurídicos porque (a) son correctos y (b) son aceptados por lo que en *OLLR* llamé el 'canon de argumentación jurídica' (41). Lo que a mi juicio no es suficiente es declarar que, como las reglas que protegen al poseedor de buena fe no están en el Código Civil, su caso es una 'laguna normativa' y el juez tiene discreción para solucionarlo. La conclusión debería ser otra: si no hay una regla que proteja

Podría decirse que la regla del art. 889 no es necesaria, porque eso significa ser dueño: poder reclamar la cosa sea quien sea que la tenga (véase OLLR, p. 18n15). En este caso ni siquiera S₄ contendría una laguna normativa.

^{41.} Que los Códigos tienen reglas redundantes no es extraño: después de todo, el propio redactor del Código Chileno, Andrés Bello, explicó la lógica de las reglas redundantes en el mensaje del Código Civil: "[El Código Civil] hubiera podido hacerse menos voluminoso, omitiendo ya los ejemplos que suelen acompañar a las reglas abstractas, ya los corolarios que se derivan de ellas, y que para la razón ejercitada de magistrados y jurisconsultos eran ciertamente innecesarios. Pero, a mi juicio, se ha preferido fundamentalmente la práctica contraria, imitando al sabio legislador de las partidas. Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de la ley en sus aplicaciones;

los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella, y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse. La brevedad ha parecido en esta materia, una consideración secundaria" ("Mensaje del Ejecutivo al Congreso sobre el Código Civil", reproducido en las ediciones oficiales del Código Civil chileno (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 27-28)). Desde luego, todos los abogados están familiarizados con la idea de que una interpretación en la que una regla tiene sentido es preferible a otra en la que no lo tiene, pero esta cuestión no es pertinente aquí: si uno complementa S_4 con el artículo 889 (2758), entonces no hay lagunas normativas. El sistema sería, en términos de Alchourrón y Bulygin, redundante pero completo (NS, 17; IMCJS, 41-42).

^{42.} Véase Atria, "Legal Reasoning and Legal Theory", cit., en n. 11, pp. 557-558; Id. "Del derecho y del razonamiento jurídico", cit., en n. 11, pp. 98-100.

Lo cual no quiere decir que todos los argumentos moralmente correctos valgan. Véase OLLR, cap. 8.

^{44.} Véase OLLR, pp. 142-143, 218-222.

al adquirente de buena fe, entonces el adquirente de buena fe no está protegido.

Quiero ahora mostrar cómo la tesis de Alchourrón y Bulygin puede llevarlos a negar la posibilidad de la legislación, es decir, al escepticismo. Para esto es necesario volver a considerar el caso de la pareja en Escocia. Mi argumento es que el juez tiene el deber de rechazar la demanda, no porque en ejercicio de su discreción haya creado una norma que permite a cualquiera de los cónyuges ir de vacaciones donde desee, sino porque no tiene regla que aplicar. Esto quiere decir, como fue explicado más arriba, que en el contexto de sistemas institucionalizados hay, entre las decisiones de acoger y de rechazar la demanda, una asimetría.

Esta asimetría no tiene por qué tener un origen misterioso: 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 jurídicas que se sigan de ese caso: para acoger la demanda (declarar que hay consecuencias jurídicas 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.

Es esta asimetría la que el profesor Bulygin niega. Pero entonces Bulygin debe defenderse del cargo de escepticismo. Si en todos los casos en los cuales no hay reglas aplicables el juez tiene discreción para fallar, entonces Bulygin estatía efectivamente negando la posibilidad de la legislación y afirmando una teoría escéptica. Como sostengo en OLLR (p. 86), en un pasaje al cual Bulygin hace referencia (18 n 13), no sólo el robo de electricidad, sino también trabajar en el jardín, usar ropas oscuras, dormir de noche, dormir de día y un enorme número de otras acciones que no están ni permitidas ni expresamente prohibidas (u ordenadas) constituirían lagunas y el juez tendría discreción para fallar a su respecto.

Esto puede parecer una exageración. Por lo pronto, podría sostenerse que decir que 'si en todos los casos en los cuales no hay reglas aplicables el juez tiene discreción para fallar ello lleva al escepticismo' supone que todos los casos son casos en los cuales no hay reglas aplicables. Pero, ¿no es esto absurdo?

No es absurdo, sino rigurosamente verdadero, una vez que recordamos la definición de 'caso' que Alchourrón y Bulygin utilizan: "toda propiedad [...] y todo compuesto veritativo-funcional de [...] propiedades —siempre que éste no sea tautológico ni contradictorio— define un caso (posible)" (45). El caso de un comprador que no quiere pagar el precio (llamemos a esta propiedad 'I' por 'incumplimiento') parece estar regulado (40), pero la propiedad del deudor de ser cesante ('C') no está regulada. Como los casos son conjuntos de propiedades, entonces el caso IC es un caso distinto del caso C, y no está regulado: I está regulado, pero IC no lo está. 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. Esto es posible en todos los casos. Ergo, escepticismo.

Lo anterior, me apresuro a añadir, es absurdo. Y Alchourrón y Bulygin han explicado por qué es absurdo:

El legislador no necesita prever todos los posibles casos individuales. El legislador no dicta normas para cada caso individual (esto sería seguramente imposible; además, al intentar hacerlo dejaría de actuar como legislador). Su función consiste en la creación de normas generales, por medio de las cuales resuelve casos genéricos (NS, 30; IMCJS, 60).

El caso IC, por consiguiente, no es un caso distinto del caso C, y está regulado por el art. 1831. La frase que dos párrafos más arriba fue omitida (por razones retóricas) de la definición de 'caso' en NS, dice "de un UP" (47), y ahora podemos apreciar la extraordina-

^{45.} NS, 12; IMCJS, 34.

^{46.} Cf. art. 1881 CC chileno: "la principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido".

^{47.} La frase completa, entonces, es: "toda propiedad de un UP y todo compuesto veritativo-funcional de tales propiedades —siempre que éste no sea tautalógico ni contradictorio— define un caso (posible)". Un UP es un universo de propiedades (Cf. NS, 12; IMCJS, 34). En cursiva aparecen las partes que fueron omitidas más arriba, texto que acompaña la n. 45.

ria importancia de la determinación de este UP: una propiedad que no es parte de un UP no define un caso. El hecho de que el comprador en mi ejemplo haya perdido el trabajo es irrelevante, no define a un caso distinto. IC es una instancia de C.

La pregunta interesante aquí es: ¿cuál es el deber de un juez si en la relación de hechos contenida en la demanda figura una propiedad que no pertenece al Universo de Propiedades? En otras palabras, ¿qué debe hacer el juez cuando le es sometido a su conocimiento un caso que, como sostiene Bulygin "no interesa al derecho" (18 n 13)? El caso IC parece ser un buen candidato: al derecho no 'le interesa' IC, le interesa sólo C. ¿Hay o no hay aquí una asimetría entre acoger y rechazar la demanda?

Aquí el profesor Bulygin necesita aceptar la asimetría, porque si la negara mi retórico argumento escéptico más arriba recobraría toda su fuerza. Si tratándose de un 'caso' caracterizado por una propiedad que no forma parte del UP el juez tiene discreción, y no el deber jurídico de rechazar la demanda, entonces el juez tiene discreción en todos los casos, porque todos los casos presentan alguna propiedad que no forma parte del UP del sistema jurídico. Por lo tanto tratándose de casos que el derecho no 'pretende' regular hay una asimetría, y el juez puede sin necesidad de crear norma alguna, desechar la demanda, sin arbitrariedad y sin discreción.

Y, aunque no lo dice expresamente, el argumento de Bulygin efectivamente supone que tratándose de casos que el derecho no pretende regular la asimetría existe:

gran parte de las acciones posibles y de casos posibles no interesan al derecho y [...], por lo tanto, no son considerados lagunas normativas (18 n 13).

En otras palabras, la excepción de cesantía que el comprador opuso a la demanda del vendedor no es una laguna, porque el derecha no pretende regular el caso caracterizado por la propiedad 'cesantía del comprador'.

Pero a mí lo que me interesa no es la existencia de lagunas, sino la de discreción para el juzgador. Si el caso llevado ante el juez es uno que no interesa al derecho, el juez no tiene discreción, aun-

que no esté el caso regulado, y debe desechar la demanda. Si el caso es uno que sí interesa al derecho pero que no está regulado, entonces el juez tiene discreción y debe crear una regla.

Esta posición, sin embargo, sólo es sostenible si es posible formular un criterio para determinar el conjunto de casos que el derecho pretende regular, un criterio que nos permita distinguir casos no regulados pero que el derecho pretende regular y casos no regulados pero que el derecho no pretende regular. La función de este criterio es crucial, porque sólo el primer tipo de casos constituirían lagunas que darían discreción al juez. Pero el derecho no tiene estados mentales, y 'pretender' es algo que sólo figurativamente puede hacer. El argumento de OLLR es que sólo argumentos normativos (morales), que deben su valor no a estar basados en fuentes sino a que son correctos, permiten hacer esta distinción (48). Los casos que el derecho pretende solucionar son los casos que, en la mejor interpretación, el derecho debe pretender solucionar. Si, por negar recurso a estos argumentos normativos, se declara que el derecho pretende solucionar todos los casos, entonces el juez tendrá discreción en todos los casos (I se transforma en IC).

Véase OILR, p. 82: "sin utilizar argumentos evaluativos, de esos que la tesis de las fuentes excluye, es imposible discriminar entre casos que han de ser tratados como lagunas del derecho y casos en los cuales la pretensión del demandante no tenía fundamento jurídico". Este es el problema que dificulta, según el argumento defendido en el capítulo 6 de OLLR, nuestra comprensión del derecho romano: "¿cómo sabremos qué situaciones no descritas en el Digesto serían tratadas por los juristas romanos con la flexibilidad que ellos mostraron en el caso de oneris ferandi [i.e. servidumbre de apoyo, reconocida por el derecho romano a pesar de que el dueño del predio sirviente adquiría por ello una obligación positiva, lo que según Ulpiano (D.8.5.6.2) era contrario a la naturaleza de las servidumbres: servitus in faciendo consistere non potest} y cuáles serían tratados con el formalismo rígido que mostraron en relación a locatio conductio o permutatio [el arrendatario no tenía posesión, aunque el tenedor precario sí la tenía; la permuta nunca llegó a ser un contrato consensual como la compraventa, porque no era posible distinguir comprador o de vendedor: D.18.1.1.1]" (p. 160).

Hay dos estrategias posibles para evitar esta conclusión. La primera implica alegar que en todos los casos será necesario decidir esta cuestión moral antes de aplicar el derecho, y (por ejemplo) que los criterios de acuerdo a los cuales esta decisión moral debe ser adoptada no 'pertenecen' al derecho pero son 'aplicables' al caso. Pero entonces para que el juez pueda aplicar una norma a un caso concreto él deberá primero decidir que, de acuerdo a la mejor interpretación, las propiedades no reguladas del caso son propiedades que el derecho pretende (o no) regular. En una teoría positivista del derecho, esta cuestión (i.e. la de determinar cuál es la mejor interpretación) es una para la que el juez tiene discreción. Como en todos los casos es necesario decidir si las características no reguladas son de aquellas que el derecho pretende regular, en todos los casos el juez tiene discreción. La legislación por reglas generales sería imposible.

O, alternativamente, el profesor Bulygin podría ofrecer un criterio no moral para decidir qué es lo que el derecho pretende regular. Sorprendentemente, pese a su admirable rigurosidad, NS es más bien parco tratándose de este punto crucial. Alchourrón y Bulygin a veces parecen pensar que sólo la intención del legislador cuenta, cuando afirman, de modo más bien abrupto, que la oración "la propiedad p es relevante, aunque el legislador no la consideró cuando resolvió el caso" es auto-contradictoria si "relevante" es usada en sentido descriptivo (NS, 103; IMCJS, 154). La misma idea, de descansar sobre los estados mentales del legislador, aparece en la importante nota 13 de "Creación y aplicación del derecho": "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" (18 n 13; mis cursivas). Pero esto es un error, y no un eror lógico, sino un error de derecho. El enunciado "sólo son relevantes las propiedades que el legislador consideró cuando legisló" es un enunciado que puede o no ser verdadero, dependiendo del contenido del sistema jurídico respectivo. En ciertas prácticas jurídicas pueden ser otros los criterios utilizados para determinar qué cuenta como relevante (el 'espíritu' objetivo de la ley, para mencionar una con la que los estudiantes de derecho chilenos se familiarizan en primer año). Por eso es fácil pensar en casos en los cuales esto no es contradictorio. Dos casos utilizados como modelo en *OLLR* (*cf.* pp. 12-14) muestran que la frase que Alchourrón y Bulygin consideran una contradicción en los términos no es tal. "La propiedad de ser el acusado un viajero de negocios que a las 3:00 AM se quedó dormido en la estación mientras esperaba por su tren retrasado no fue considerada por el legislador, pero es relevante a la hora de decidir sobre la multa que la ley impone a quienes duerman en la estación", o "la propiedad de ser el acusado un barbero que afeitaba a un cliente en la plaza y accidentalmente lo hirió es relevante, aunque el legislador no la consideró cuando promulgó la regla que dispone que todos los que derramen sangre en las calles deberán ser sancionados con la mayor severidad" (⁴⁹). Cualquier abogado puede entender estas afirmaciones, así como puede entender (1) que no son contradictorias, y (2) que la idea de relevancia no se está usando en sentido prescriptivo, instando al juez a fallar contra derecho.

No pretendo aquí sostener que la intención del legislador es irrelevante, o que no es correcto interpretar las leyes de acuerdo a la intención del legislador (aunque no me queda claro cómo una entidad colectiva puede tener estados mentales). El problema es que Alchourrón y Bulygin hacen de un problema contingente, que depende del contenido de cada práctica jurídica, una cuestión conceptual: ellos parecen pensar que 'considerada por el legislador al promulgar la regla' es parte del significado de la expresión '(jurídicamente) relevante' (pero cuando Bulygin sostiene que el caso de la pareja en Escocia es una laguna, él no se preocupa de hacer presente la necesidad de estudiar si es de hecho verdadero que el legislador escocés consideró ese caso relevante. En todo caso, al inventar el caso de la pareja en Escocia mi intención era precisamente presentar un caso tal que sería natural pensar que el derecho no pretendía regular).

Quizás la solución es que en realidad no importa cuál es el criterio para determinar cuáles son los casos que el derecho preten-

^{49.} El primer caso es de Fuller, "Positivism and fidelity to law—a reply to professor Hart", en Harvard Law Review 71 (1958), p. 664; el Segundo es de Pufendorf, De Iure Naturae et Gentium Libri Octo (Oxford, Clarendon Press, 1939; orig. edn. 1688), Libro V, cap. 12, § 8, pp. 802-3.

de regular. Quizás lo conceptualmente importante es la distinción entre ellos y otros casos que el derecho no pretende regular, pero no el criterio preciso que se utilice para distinguir. A esta respuesta yo tendría dos observaciones que hacer:

- (1) En primer lugar, esta respuesta dejaría abierta la pregunta de por qué es importante distinguir entre casos que el derecho pretende y no pretende regular. Si la asimetría se justifica en un tipo de casos, ¿por qué no en el otro? La distinción, en este caso, se sostendría solamente porque sin ella la tesis de NS llevaría al escepticismo y el escepticismo es indeseable. Pero esto haría de la tesis de NS una tautología. Introducir la distinción aludida sólo para salvar la tesis de NS de las conclusiones indeseables que de ella se siguen es inmunizarla contra las objeciones. La tesis sería trivialmente inatacable.
- (2) En segundo lugar, es probablemente aquí donde resulte más clara la importancia de los diferentes contextos del libro NS y OLLR. En NS la tesis de las lagunas se defendía como una manera de mostrar la irracionalidad de la idea de completitud. En OLLR el argumento de NS es discutido porque éste podría ser utilizado para defender una teoría positivista del derecho (50). La cuestión es importante aquí porque la manera natural en que uno podría trazar la diferencia entre casos que el derecho no regula pero pretende regular y casos que el derecho no regula ni pretende regular implicaría renunciar a una teoría positivista del derecho: 'el derecho pretende regular todos los casos que debe regular'. Aquí lo que importaría no es si, de acuerdo a las reglas basadas en fuentes, el derecho regula un caso, sino si, de acuerdo a la mejor interpreta-

ción del derecho como un concepto interpretativo, el derecho debería regular un caso.

De modo que pareciera que el profesor Bulygin tiene que elegit: o una teoría positivista del derecho o la distinción entre casos que el derecho pretende regular pero no regula y casos que el derecho ni regula ni pretende regular. Si él rechaza la teoría positivista, entonces no hay razón para pensar que los jueces tienen discreción. Si él, por el contrario, desea mantener la teoría positivista, entonces no puede distinguir entre estos dos tipos de casos y debe concluir: (1) que el derecho pretende regular sólo los casos que efectivamente regula (negando, en consecuencia, las lagunas normativas y la discreción judicial) o (2) el derecho pretende regular todos los casos (con la consecuencia de que el juez tiene discreción siempre y en todo caso). Una teoría positivista del derecho todavía no puede evitar el dilema que el propio Hart diagnosticara certeramente: formalismo o escepticismo ante las reglas.

Conclusión: buscando El Dorado

De la consideración de los tres ejemplos discutidos en OLLR, el profesor Bulygin extrae la siguiente 'moraleja':

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 caso, 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 a la demanda requieren la creación de una norma general, sin la cual la decisión del juez no estaría justificada, esto es, sería arbitraria (25, las últimas cursivas son agregadas).

En breve: esos son casos en los que hay un consenso, pero no hay nada que obligue al juez a fallar en un sentido u otro. Bulygin parece hacer una distinción entre casos en los que sólo hay un consenso más o menos extendido y casos en los cuales hay 'algo' (i.e. algo más) que 'obliga al juez a adoptar una determinada so-

^{50.} Aunque es el propio Bulygín, en el párrafo final de su "Creación y aplicación del derecho", el que conecta el argumento de NS sobre lagunas y discreción judicial con la suerte del positivismo como teoría del derecho: "Hemos visto que en los casos de lagunas normativas [...] los jueces pueden resolver discrecionalmente [...]. La discrecionalidad judicial es uno de los pilares de la doctrina positivista, muy atacado por Dworkin y también —aunque sobre la base de otros argumentos— por Atria quienes, sin embargo, no han logrado, en mi opinión, producir argumentos convincentes en su contra" (27).

lución'. Pero yo no soy capaz de ver qué más pudiera haber, aparte del hecho que, de acuerdo a la interpretación correcta, el derecho obliga al juez a fallar en un determinado sentido. ¿Qué hace correcta a una interpretación? ¿Hay algo que la haga correcta en adición a los argumentos en virtud de los cuales yo creo que es correcta? Si a mí me preguntan, por ejemplo, cuándo, de acuerdo al derecho chileno, se perfecciona el contrato de compraventa de bienes inmuebles, responderé que al momento de darse escritura pública. Pero supongamos que me preguntan por qué creo eso, en virtud de qué ese enunciado es correcto. Yo responderé que yo creo el art. 1801 del Código Civil ("La venta de los bienes raíces [...] no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública") es claro, que esa interpretación es compatible con la de una serie de otros artículos del mismo código, que es razonable, etc. Pero supongamos que mi interlocutor insiste: 'Pero', podría decir, 'esas son simplemente sus opiniones, su contribución a un consenso más o menos extendido sobre la correcta interpretación del art. 1801. Aparte de sus opiniones, qué más hay que obligue al juez a declarat que un contrato de compraventa de bienes inmuebles no es perfecto mientras no se haya dado escritura pública? ¿O aparte de sus razones para creer eso y el extendido consenso que hay entre abogados chilenos al respecto, 'no hay nada que obligue al juez a adoptar una determinada solución'?'. Mi respuesta será... que esa es la respuesta correcta, porque a mi juicio el texto del art. 1801 es claro, porque esa interpretación es compatible con la de una serie de otros artículos del mismo código, porque es razonable, etc. Sólo podré repetir los mismos argumentos ya ofrecidos. No hay nada más que yo pueda decir. La búsqueda de 'algo' adicional que obligue al juez es la búsqueda de El Dorado. No hay, ni puede haber, nada más.

LA CREACION DE DERECHO POR EL JUEZ *

EUGENIO BULYGIN

El sábado 1 de diciembre, bajo el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social conmemoró 20 años de existencia. La pieza central del evento fue la conferencia sobre "Creación y aplicación del derecho", dictada por Eugenio Bulygin, presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho. "Artes y Letras" aprovechó la oportunidad para conversar ese día con el Profesor Bulygin acerca del tema de su conferencia.

—En esta ocasión, usted ha vuelto a sostener con la lucidez y vehemencia que caracteriza sus planteamientos las tesis de la labor creadora de derecho del juez. Entiendo que hay una clara continuidad entre la tesis sostenida hace ya bastante tiempo y su opinión actual sobre el tema.

"Ya que hablamos de continuidad, permítame primero agradecer la invitación que me ha hecho la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, y felicitarla por haber cumplido ya sus 20 años de existencia. Nosotros en Argentina tenemos apenas 19 años y hay que ver qué cosa difícil es mantener la vigencia de una institución

^{*} Entrevista de Antonio Bascuñán Rodríguez a Eugenio Bulygin, publicada en "Artes y Letras", El Mercurio, Santiago, 23 de diciembre de 2001.