

---

## SOBRE JUECES Y LAGUNAS NORMATIVAS.

### COMENTARIOS A NORMATIVE SYSTEMS. LA CUESTIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL\*

José Luis MONTI\*\*

---

Fecha de recepción: 26 de diciembre de 2016

Fecha de aprobación: 10 de marzo de 2017

#### Resumen

El objetivo del presente trabajo consiste en rever la actividad de los jueces en los supuestos de lagunas normativas, es decir, cuando el caso sometido a juzgamiento no presenta una solución dentro del ordenamiento jurídico. Este análisis llevará al autor a indagar lo que hacen los jueces en tales situaciones y, en particular, la problemática que plantea la justificación de su sentencia.

El autor analizará la cuestión no sólo desde la óptica de la teoría general, sino también a través de las disposiciones de nuestro ordenamiento legal, en especial, el Código Civil y Comercial de la Nación, y también desde el punto de vista de la práctica judicial.

---

\* El presente trabajo configura una versión corregida y ampliada de su primera versión publicada en *Jurisprudencia Argentina* en el mes de noviembre de 2016 (Rev. n° 3 del 19-10, p. 17 y ss.).

\*\* Abogado con diploma de honor por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Doctor por la Universidad de Buenos Aires en el área de Filosofía del Derecho. Profesor Consulto a cargo de la Cátedra de *Elementos de Derecho Civil (Parte General)*. Profesor invitado en la Univ. T. Di Tella y en cursos de postgrado en UCES, Univ. Austral, UCA, UMSA, entre otros. Ejerció la profesión de abogado hasta ingresar al Poder Judicial de la Nación como Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia (1981). Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial (1991-2011). Es autor de varios libros y numerosas publicaciones de doctrina, así como participaciones en congresos y conferencias, en el país y en el extranjero.

## Palabras clave

Jueces – lagunas normativas – sistema normativo – Código Civil y Comercial de la Nación – justificación de sentencias – creación de derecho – práctica judicial

### ON JUDGES AND LEGAL GAPS.

### COMMENTS TO NORMATIVE SYSTEMS. THE ISSUE IN THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE

## Abstract

The aim of this paper is to review the activity of judges in cases of legal gaps, that is, when the case under review does not present a solution within the legal system. This analysis will lead the author to investigate what the judges do in such situations and, in particular, the problem raised by the justification of its judgment.

The author will analyze the issue not only from a general theory point of view, but also through the provisions of our legal system, especially the Civil and Commercial Code, as well as from a judicial practice point of view.

## Keywords

Judges – legal gaps– normative system – National Civil and Commercial Code – justification of judgments – creation of law – judicial practice

## I. Introducción

En su ya clásica obra *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*,<sup>1</sup> con frecuencia conocida por el título de la primigenia versión inglesa: *Normative Systems*

---

<sup>1</sup> Esta obra fue esclarecedora para la teoría general del derecho y un aporte fundamental en las investigaciones sobre lógica de los sistemas normativos. Ha inspirado a muchas generaciones ulteriores de estudiosos de esas disciplinas en los principales centros de investigación del mundo. Es pues

(NS), Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin<sup>2</sup> (AB) (1974) dedicaron largas reflexiones al problema de las *lagunas* en los sistemas normativos y su relación con la actividad jurisdiccional, tema que fue también tratado en diversos trabajos posteriores de Bulygin.<sup>3</sup> El propósito de este ensayo es rever un aspecto particular de la tesis allí expuesta, que se refiere a la actividad de los jueces en los supuestos de las denominadas *lagunas normativas*, vale decir, cuando el caso sometido a juzgamiento no encuentra *solución* en el orden jurídico vigente. Según lo expresado en NS, en tales supuestos, para justificar su decisión el juez tiene que ‘crear una norma general’ que solucione el *caso genérico*, de la cual habrá de derivar luego la solución de la controversia que le fue planteada.

Esa sugerente expresión requiere, a mi modo de ver, algo más que una clarificación desde el punto de vista semántico, y nos lleva de la mano a indagar lo que el juez tiene que hacer o de hecho hace en tales situaciones y, en particular, el problema que plantea la justificación de su sentencia. En esa línea, procuraré analizar la cuestión no sólo desde la óptica de la teoría general —como ha sido estudiada en NS—, sino también a través de las disposiciones de nuestro ordenamiento legal, en especial, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), así como desde el punto de vista de nuestra práctica judicial. Por otra parte, la referida tesis de AB suscitó reacciones adversas desde otra perspectiva, cual es la tendencia a pensar el orden jurídico en general, incluido el derecho privado, como un sistema cerrado en el que no habría posibilidad de lagunas, de manera que, para completar el cuadro, corresponde explorar brevemente esa tesis, en la medida que se relaciona con los argumentos aquí expuestos.

## II. Sobre la labor de los jueces: variaciones en una antigua melodía

Los interrogantes en torno de lo que los jueces hacen, de la labor que despliegan como piezas necesarias en la dinámica de un orden jurídico, se escuchan cíclicamente a la manera de un *ritornelo*, cual acordes repetidos de una antigua melodía. El tema que trataré aquí es apenas una pequeña *variación* dentro de esa partitura.

En otro memorable texto de nuestra literatura jurídica, CARRIÓ (1965) hizo referencia a los desacuerdos entre juristas y, en especial, a la polémica acerca de si ‘*los jueces crean derecho*’. Para el autor, el eje de la controversia entre quienes daban una respuesta

---

merecido el reconocimiento a sus autores, dos profesores ejemplares, a cuyo respecto (en particular de Eugenio Bulygin) me honra haber sido un antiguo discípulo.

<sup>2</sup> A lo largo del presente trabajo, cuando se mencione a ambos autores en conjunto, se los dominará “AB”.

<sup>3</sup> Entre muchos: BULYGIN (2003), BULYGIN (2009).

afirmativa o negativa a esa cuestión no pasaba por un desacuerdo sobre hechos, ya que todos sabían -en mi opinión quizá debió decir ‘creían saber’- lo que los jueces hacen. Tampoco se reducía a un problema puramente verbal, pues, aunque un análisis terminológico podía ayudar a esclarecer los términos de la disputa, no bastaba para agotarla, razón por la cual concluyó que se trataba de un *desacuerdo de actitud*,<sup>4</sup> es decir, una polémica donde el uso de los enunciados *no era descriptivo*. Si bien la frase en cuestión tenía esa apariencia, su uso era en verdad *pseudo-descriptivo* y encubría las preferencias de quienes la afirmaban o negaban. Los primeros procuraban revalorizar la función jurisdiccional y alentar un rol más activo de la judicatura en el ejercicio de sus atribuciones, mientras que los segundos eran proclives a preservar un esquema clásico de drástica separación entre la labor legislativa de creación de normas generales y la judicial consistente sólo en su aplicación a los casos particulares.

El tiempo transcurrido fue dejando atrás algunos resquemores que subyacían en esa controversia descrita por Carrió, aunque aún hoy subsisten bajo nuevas formas ciertas discrepancias actitudinales acerca de lo que los jueces hacen y, sobre todo, de lo que *debieran hacer*.<sup>5</sup> Inclusive persisten también ciertos resabios de los problemas verbales que rodeaban la cuestión. De hecho, BULYGIN (2003), en un trabajo posterior a NS, expresa sus reparos respecto de la clásica tesis de Kelsen en el sentido que la emisión de sentencias por el juez —cuya parte dispositiva contiene una norma individual— pueda considerarse como ‘creación del derecho’,<sup>6</sup> a menos que la norma general en la que funda su decisión no sea una norma creada por el legislador sino por el mismo juez.

Sin ánimo de volver sobre la cuestión lingüística en torno de lo que cabe entender por ‘crear derecho’ —ambos términos afectados de *vaguedad* y de una *poterosa carga emotiva*, al decir de CARRIÓ (1965) —,<sup>7</sup> parece conveniente introducir breves precisiones al respecto. Es cierto que, en el lenguaje generalizado, al hablar de *derecho* —en sentido objetivo—, se hace referencia al conjunto de normas *generales* vigentes, es decir, aquellas que pueden tener mayor incidencia en la vida colectiva por su aptitud potencial para regir hacia el futuro los comportamientos de individuos y grupos que interactúan en la sociedad.

---

<sup>4</sup> Esta expresión fue tomada de Charles L. Stevenson, a quien cita en *Ethics and Language*.

<sup>5</sup> Sobre este último aspecto ver MONTI (2015).

<sup>6</sup> Si bien coincide con Kelsen 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”, observa enseguida que “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’”.

<sup>7</sup> Pensó que en esos factores se hallaba quizás la raíz de la controversia, ver ob. cit. nota 6 en p. 82 y p. 87.

Pero desde otra perspectiva —en la que insistía Kelsen— que procura registrar el orden jurídico en su integridad, como un sistema, cabe considerar también parte del derecho a las normas individuales.

En todo caso, a fin de despejar equívocos, parece necesario señalar que la norma individual contenida en la sentencia no es superflua, porque sin ella no puede haber *efectos normativos primarios*, según la terminología que usan AB en su obra. Sea la sentencia *declarativa* o *normativa* —son también los términos usados por AB—, esos efectos no se producen en el mundo sin el dictado de la sentencia. Por eso, no parece descabellado que se utilice la expresión *creación normativa* —por cierto, despojada de la carga emotiva— en estos casos en que se trata de la emisión de normas *individuales*.<sup>8</sup>

Se ha dicho que no es dable hablar aquí de *creación* porque el juez se limitaría a repetir en un caso singular lo que ya está expresado en una norma general. Es más, durante casi todo el siglo XIX se pensó que eso es lo que *debe* hacer el juez, es decir, ser *la boca que pronuncia las palabras de la ley*, como decía Montesquieu.<sup>9</sup> Tal concepción, empero, parece tomar en cuenta sólo los casos más simples, cuya solución resulta clara en una norma general, lo que supone dejar de lado gran parte de la actividad jurisdiccional. En efecto, además de las frecuentes complicaciones en el plano fáctico y probatorio, la labor de selección del material normativo en que se fundamentará la solución suele ser muy ardua, ya que requiere a veces combinar, coordinar o compatibilizar disposiciones dispersas en múltiples subsistemas normativos dentro del mismo orden,<sup>10</sup> lo que involucra también la

---

<sup>8</sup> No sólo en el caso de las sentencias. Puede decirse lo mismo de los contratos y los actos jurídicos en general que, con base en una norma de habilitación que confiere a los particulares la potestad (facultad, competencia en sentido amplio) de *reglar sus derechos*, contienen *normas* particulares que imponen obligaciones, prohibiciones o confieren derechos, a los sujetos que son parte en ellos.

<sup>9</sup> Estas expresiones de Montesquieu, que luego aparecerían como emblema de la llamada *escuela exegética*, fueron criticadas por situar al juez como un autómatas que aplica mecánicamente los textos sin preocuparse por la realidad subyacente. Creo que es una crítica injustificada. El noble francés que devino magistrado en Burdeos, cuando escribe en 1748 su “espíritu de las leyes”, mira con admiración la situación institucional en Inglaterra luego de la Revolución de 1688, pero vive en una Francia donde los tribunales están habituados a impartir justicia en nombre del monarca absoluto, quien se reserva la última palabra, creando inseguridad en los derechos de los súbditos. Por eso es comprensible que recomendara que los jueces tuvieran un *poder*, diferenciado del monarca, pero *nulo* para que no distorsionaran la fuerza de las leyes. Es claro que, en un contexto distinto, ese temor carece de sentido.

<sup>10</sup> Con más asiduidad que la que podría suponerse se encuentran estas situaciones en la labor judicial, como experimenté y advertí en diversos trabajos: MONTI (2000), MONTI (2006a) MONTI (2006b), MONTI (2007).

formulación de definiciones de los conceptos jurídicos.<sup>11</sup>

El resultado de esa tarea compleja, casi de ingeniería conceptual, que se engloba sin mucha precisión bajo el rótulo de *interpretación*, tiene muchas veces un componente, mayor o menor, de creatividad, el cual se hace más ostensible en los supuestos de laguna porque se introduce una solución no prevista. Pero aun soslayando este aspecto, corresponde insistir en que, sin el acto normativo del juez, no se producen los *efectos normativos primarios* de la sentencia. Es decir, la norma individual contenida en ella es una pieza necesaria en la dinámica del sistema jurídico, pues, como el propio Bulygin ha expresado en varias ocasiones, el juez no emite *proposiciones normativas*, enunciados descriptivos que informan a las partes lo que el ordenamiento dice, sino que dicta una norma que dirige el conflicto y obliga a una de ellas a hacer lo que la otra requiere, o le permite no hacerlo, etcétera.<sup>12</sup>

Ahora bien, en punto a lo que interesa analizar, dicen AB (1974) que “sólo cabe hablar de auténtica creación normativa del juez cuando éste —como suele ocurrir en los casos de lagunas normativas o axiológicas— modifica el sistema, creando una nueva norma general”.<sup>13</sup> Esta difundida idea de AB en el sentido que, cuando los jueces tienen que resolver en supuestos de *lagunas normativas*, crean *una nueva norma general* que modifica el sistema normativo, no parece apropiada, al menos en los sistemas de derecho continental, salvo en las hipótesis específicas en que el propio ordenamiento así lo prevé (v. gr.: fallos plenarios, sentencias de tribunales de casación y otros).<sup>14</sup>

Pero dejando a salvo esas hipótesis excepcionales, en los regímenes de derecho codificado no encuentra una explicación clara la referencia a que, en los supuestos de lagunas normativas, los jueces *crean normas generales*.

---

<sup>11</sup> Bulygin insistió sobre este aspecto de la tarea judicial, atribuyendo a Alchourrón el haber llamado la atención al respecto; ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1991).

<sup>12</sup> Al responder las tesis de Atria y Ruiz Manero, en BULYGIN (2003). En otro pasaje, es cierto, dice que preferiría hablar de ‘disposición’ o ‘mandato’ al referirse a la parte resolutive de la sentencia; pero estas preferencias lingüísticas no desdibujan el sentido normativo de la decisión que adopta el órgano judicial.

<sup>13</sup> Esta frase, inserta en la nota 16 AB (1974:213), condensa las ideas desarrolladas en el texto.

<sup>14</sup> En los sistemas donde rige el *common law*, con su dinámica propia basada en la regla del *stare decisis*, la expresión de AB puede ser exacta en la medida que la sentencia de un tribunal genere un nuevo precedente que será obligatorio para futuros casos que tengan las mismas características que el resuelto.

### III. Aclaraciones necesarias: ¿qué significa decir que el juez ‘crea una norma general’ en los supuestos de lagunas normativas?

Parece útil recordar que en NS, las lagunas normativas se describen como un hiato o vacío dentro de un conjunto definido de normas. Para caracterizarlas se parte de un *universo de discurso*, es decir, un conjunto de situaciones o estados de cosas que exhiben ciertas *propiedades* definidas como relevantes por las normas de un *sistema normativo*, sobre cuya base se confecciona un repertorio finito de casos posibles (*universo de casos*), los cuales se correlacionan con un conjunto de soluciones (*universo de soluciones*), que son determinadas acciones deónticamente modalizadas (es decir, calificadas como obligatorias, prohibidas, permitidas). En ese cuadro, si aparece un *caso no correlacionado con ninguna solución* se dice que hay una ‘laguna normativa’. Explica BULYGIN (2003), en trabajos posteriores, que esa hipótesis no es equivalente a una ‘ausencia de regulación’. Observa que, si bien las lagunas normativas son casos no regulados (no prohibidos ni permitidos en sentido fuerte —o sea expresamente—), no todas las conductas no reguladas configuran una laguna normativa con el alcance expuesto. Esa distinción, empero, no parece tener mayor relevancia en cuanto aquí interesa, dado que Bulygin admite que los casos no regulados pueden dar lugar a problemas similares a los que plantean las lagunas normativas, de modo que la resolución de tales casos requeriría también el dictado de una norma individual cuya justificación reposaría a su vez en una norma general que, por hipótesis, no existe y que, por lo tanto, debiera ser creada por el juez.<sup>15</sup>

En situaciones como las descriptas, a las que aludiré genéricamente como *lagunas normativas*, se plantea el interrogante del epígrafe: ¿qué se quiere significar cuando se dice que en tales situaciones el juez ‘crea una norma general’? La respuesta requiere algunas precisiones.

(i) Podría pensarse que esa frase es usada de un modo figurativo, con el simple propósito de explicar que el juez, al desarrollar el fundamento de su sentencia en estos casos, tiene que *formular* una ‘norma general’, de la cual se deriva la norma individual que contiene una solución para el caso no regulado que debe decidir. Tal ‘norma general’, que no está explicitada en el orden jurídico, sería invocada por el juez como parte de su secuencia argumental. La presencia de esa ‘norma general’ en su razonamiento tendría una

---

<sup>15</sup> *Brevitatis causae* no trataré aquí la cuestión acerca de la comparación entre las dos situaciones, vale decir, un hiato dentro de un conjunto normativo y la falta total de regulación. Para un estudio de esa problemática y la controversia de Bulygin y Atria al respecto ver: MONTI (2014).

*función meramente argumental*, que incide sí en la decisión, pero que, como se agota allí, no es susceptible por sí sola de producir un cambio en el orden jurídico, en el sentido de introducir formalmente en él una nueva norma general.<sup>16</sup>

(ii) De su lado, si la expresión a que se alude se entiende en un sentido más fuerte y literal, cuando se afirma que en los supuestos de lagunas normativas el juez *crea una norma general*, ello equivale a decir que, en estos casos, el juez estaría efectivamente *emitiendo* una ‘norma general’ que se inserta sin más en el orden jurídico y lo modifica, aun cuando formalmente regiría *sólo para ese caso*. Este parece ser el alcance con que se entiende la expresión en el enfoque propuesto en NS, como consecuencia de un argumento al que haré referencia en el apartado siguiente.

Como puede verse, las dificultades semánticas con que tropezamos en el intento de responder el interrogante inicial provienen, principalmente, del uso de la palabra ‘crear’, cuya ambigüedad y vaguedad son fácilmente perceptibles. La dificultad es mayor si la frase a que se ha hecho referencia se entiende en el sentido descripto en (ii).

En efecto, puede admitirse que cuando se dice que el juez ‘crea’ una norma general, hay que entender esto en el sentido de que formula o elabora *ex novo* un enunciado de esa forma como parte de su argumentación,<sup>17</sup> bien que se trataría de una ‘norma general’ que

---

<sup>16</sup> Lo dicho no excluye, por cierto, que mediante un fallo –sobre todo si proviene del más alto tribunal judicial– pueda introducirse un cambio en el derecho positivo. No son pocos los ejemplos que hallamos en el derecho argentino. Basta recordar el caso “*Siri*”, del 27/12/1957 en que la CSJN admitió el *amparo* de los derechos reconocidos en la constitución, sin necesidad de una reglamentación especial, precedente que produjo un cambio trascendental en el derecho vigente. Sin embargo, no parece que sea éste el sentido que se desprende de NS cuando se hace referencia a la creación de una norma general por el juez. No se alude allí a la posibilidad de que las sentencias, en los supuestos de lagunas normativas, creen un precedente que a su vez tendrá, por persuasión o por la autoridad del tribunal, gravitación en fallos ulteriores, generando una corriente jurisprudencial que modificará el sistema. No obstante, cabe observar que esta situación fue tenida en cuenta en NS (ob. cit., p. 223), con la finalidad de demostrar el error de Kelsen cuando afirma que los jueces pueden resolver un caso no reglado con base en el ‘derecho preexistente’ si su decisión es denegatoria de la demanda.

<sup>17</sup> Al redactar este párrafo he tenido en cuenta una oportuna observación de Eugenio Bulygín acerca de la noción de norma general que, por cierto, comparto. Efectivamente, en su formulación se trataría de una *norma general*, tanto en cuanto a los sujetos como en cuanto a la ocasión, según la nomenclatura de Von Wright. Pero empíricamente hablando, estaría destinada a regir sólo en el caso que el juez resuelve. Y sólo en esa medida introduce un cambio en el sistema, al regular *ex novo* un supuesto hasta entonces no reglado. Pero en otros casos similares, los jueces podrán o no adoptar la misma solución, es decir, invocar como *premisa* la misma norma general u otra, a menos que medie algún



sólo sería tal en su formulación, como enunciado normativo, pero en los hechos no podría regir otros casos particulares que sean instanciación del caso genérico al que dicha norma se refiere, por la sencilla razón que se halla encapsulada en los fundamentos de la norma individual (considerandos de la sentencia).

Además, admitir que el juez argumenta a partir de una ‘norma general’ que formula en su sentencia, no significa decir que pone en vigencia esa norma general, algo que el juez no está habilitado a hacer. No parece que quepa afirmar que en estos casos los jueces introducen en el orden jurídico normas generales que quedan como en un limbo, de modo tal que se tornarían ineficaces si ningún otro juez las aplica, o se convalidarían si otros jueces las invocan como fundamento de sus sentencias.<sup>18</sup> Sería ésta una situación un tanto desconcertante, a la que, sin embargo, parece conducir el argumento que AB desarrollan en el capítulo VIII de NS,<sup>19</sup> al cual me referiré con más detalle seguidamente.

#### IV. Reparos al planteo de Normative Systems

Para sustentar su tesis, AB sostienen que las tres exigencias que habitualmente convergen sobre el juez: (1) la prohibición de abstenerse de juzgar o *principio de inexcusabilidad*, (2) la obligación de juzgar conforme al derecho<sup>20</sup> y (3) la prohibición de modificar el derecho, “son incompatibles entre sí en el caso de laguna y sólo pueden coexistir si el sistema es completo”. En consecuencia, contrariamente a lo que sostienen Kelsen y otros autores, consideran *insoluble* esa situación, a menos que se admita que el juez, en tal hipótesis, *crea una norma general*.

---

procedimiento de casación o de unificación (fallo plenario) que inserte como obligatoria alguna de las formulaciones posibles.

<sup>18</sup> Más bien, si ocurre esto último, parece que la situación podría describirse mejor diciendo que el conjunto de los jueces ha comenzado a fundar sus decisiones en un enunciado normativo elaborado por ellos, que no está expresado en el orden jurídico, de modo que habrían introducido, ahora sí, una norma general de origen jurisprudencial, que se ha incorporado como una *norma consuetudinaria*.

<sup>19</sup> En el apartado 6, bajo el título “¿Puede el juez resolver un caso de laguna sin modificar el derecho?”, ob. cit., p. 217 y ss.

<sup>20</sup> Cuando dicen ‘conforme a derecho’ hacen referencia a lo que denominan *sistema primario* o sistema del súbdito, esto es, las normas destinadas a regir la conducta de los individuos en general, que se distingue del *sistema secundario* o sistema del juez, cuyas normas se dirigen primordialmente a éstos (como las reglas enunciadas en el texto) y son consideradas normas de segundo nivel (o segundo grado) porque se refieren —directa o indirectamente— a otras normas (ob. cit., p. 213). Ver coincidencias con esta distinción en HART (1965).

Creo advertir un error en ese razonamiento. El error radica en considerar que, al ordenar al juez que resuelva el caso (1) y que funde su decisión en el sistema primario (2 y 3), el orden jurídico le exige atenerse —en los casos de laguna normativa— a las normas que, por definición, *no contienen* una solución para el caso a resolver. Se daría entonces un dilema sólo superable si el juez crea una norma general que modifica el sistema primario, porque si no infringiría la regla (2).

Pero la obligación de fundar la sentencia en los casos de *laguna normativa* no podría entenderse en el sentido de derivar una solución que sería *inhallable*. En el derecho argentino encontramos una pista interesante para comprender el alcance que cabe atribuir al deber del juez en estos casos. El art. 15 del Código Civil de Vélez Sarsfield decía con clara y precisa redacción que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes”.<sup>21</sup> El nuevo Código mantiene la directiva en su art. 3 que dice: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. Aunque el nuevo texto suprime el refuerzo que tenía el anterior en punto a la inadmisibilidad de pretexto alguno basado en defectos de las leyes, nada obsta a que tal advertencia se conserve como pauta complementaria implícita a fin de delimitar los alcances del deber de resolver.<sup>22</sup>

Es obvio que si el juez debe resolver el caso que le ha sido sometido a decisión aún en tales supuestos, en particular cuando hay *silencio* en la ley —o sea ausencia de regulación del caso—, el alcance del deber de juzgar no puede entenderse sino en el sentido que el juez puede *crear directamente* la norma individual, es decir, sin derivación de una norma general preexistente que solucione el *caso genérico* del cual el que debe decidir es una instanciación, puesto que tal norma general, por definición, *no está* o no permite una inferencia idónea debido a su *obscuridad* o *insuficiencia*.

En estos casos, pues, la obligación de juzgar (1) se cumple con la emisión de la sentencia cuyo contenido es puesto por el juez. Y la de sujetar la fundamentación del fallo al derecho vigente (sistema primario), reglas (2) y (3), se cumple con: (a) la verificación de que

---

<sup>21</sup> La expresión ‘bajo pretexto’ contenida en el art. 15 del Código de Vélez, no puede entenderse en el sentido que el codificador considerase que en realidad no habría ‘silencios’ en la ley y sólo podrían surgir como un eventual ‘pretexto’ del juez para eludir su deber. Los términos del art. 16 del mismo Código muestran lo contrario. De modo que la directiva del art. 15 apuntaba simplemente al juez, para indicarle que no podía excusarse de cumplir con dicho deber alegando el silencio de la ley, hoy diríamos aduciendo la existencia de una laguna normativa. La fuente de este último (art. 4 del Código Civil francés) lo corrobora al añadir que si el juez se niega a juzgar con tales pretextos puede ser perseguido como culpable de denegación de justicia.

<sup>22</sup> Con alcance más general, así también lo ha sugerido MOISSET DE ESPANES (2016).

no hay en él una norma que contenga el caso genérico del que sería instanciación el caso a resolver y (b) proporcionando argumentos que puedan considerarse una *fundamentación razonable* de la decisión adoptada. De ese modo se cumple con el deber de  *juzgar* en caso de  *silencio*. Con las adaptaciones necesarias estaríamos ante un supuesto similar al del Código Civil Suizo al que se alude como ejemplo en NS.<sup>23</sup>

En mi opinión, el argumento de que en estos casos el juez  *crea una norma general*, una expresión que aparece contra-intuitiva, puede superarse considerando que, al imponer el deber de  *juzgar a todo trance*, el orden jurídico presupone o contiene una autorización (explícita como en el ejemplo suizo o cuanto menos implícita) para que el juez en esos supuestos emita una norma individual, aunque  *no sea* estrictamente derivable de una norma general contenida en el orden jurídico. Tal autorización forma parte del sistema del juez (sistema secundario) y es una consecuencia inescindible de la regla que le exige resolver el caso aún en ausencia de una norma general que prevea una solución para dicho caso; norma general que, además, el juez  *no podría emitir válidamente*.<sup>24</sup>

Dentro de este esquema, al igual que en el planteo formulado por AB en NS, carece de relevancia que la sentencia importe admitir o denegar la demanda, ya que en ambos supuestos se requiere una  *fundamentación razonable* de la solución alcanzada (como expresa ahora el art. 3 del CCCN), aunque esta afirmación ha dado lugar a algunas discrepancias que examinaré más adelante.

Finalmente, debo atender otro argumento sugerido por Bulygin<sup>25</sup> en defensa de su tesis de que los jueces, al decidir los casos de laguna normativa, crean una norma general.

---

<sup>23</sup> Según el art. 1, segundo párrafo, de ese código, a falta de una disposición legal aplicable el juez debe pronunciarse según el derecho consuetudinario y, a falta de éste,  *según la regla que él adoptaría como legislador* (traducción mía de la versión en italiano del código). El ejemplo fue citado por Kelsen (1944: 174).

<sup>24</sup> En el derecho argentino y en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, los jueces no están habilitados para emitir normas generales, salvo en algunas situaciones excepcionales ya aludidas, bien que podría decirse que, tanto en las sentencias de casación como en los fallos plenarios, la norma resultante está primordialmente dirigida a los mismos jueces y/o a los tribunales inferiores, de modo que se trataría de una regla secundaria. Como sea, es claro que la función asignada a los jueces consiste en el  *conocimiento y decisión de las causas* en que les corresponde intervenir según las leyes de competencia (arts. 116, 75 inc. 12, 5 y 123, CN; art. 21, ley 48), en las cuales dictan sentencias (normas individuales). La emisión de normas generales (función legislativa o reglamentaria, arts. 75 y 99, CN), particularmente las que integran el sistema primario, está asignada a órganos diferenciados de los jueces.

<sup>25</sup> La observación fue hecha al conocer un borrador de este trabajo.

Se vincula con el principio de igualdad ante la ley. Dice que el juez no puede condenar a NN a hacer 'x' sin decir que todos en la situación de NN deben hacer 'x'. De manera que la norma que invoca como base de su decisión es una *norma general*, sin que importe que otros jueces no la apliquen, ya que, en todo caso, su ineficacia no le resta el carácter de general. Esta observación es más que sensata, pero no alcanza a mi modo de ver para derrotar los reparos antes señalados.

Como se ha dicho, podemos aceptar que el juez, al desarrollar los argumentos en que funda su decisión, de manera explícita o tácita, concluirá probablemente *formulando* un enunciado que expresa una 'norma general' comprensiva de la situación fáctica que configura el caso que está llamado a resolver. Pero ese enunciado, más allá de su eventual apariencia, *no puede ser considerado propiamente una norma*, porque no integra el sistema normativo. Solo es parte de la argumentación de la sentencia, fruto de las razones que el juez invoca para justificar su decisión, y como tal se parece más bien a una *proposición normativa*. Es cierto que ésta se define como una 'oración jurídica' que consiste en un 'enunciado externo acerca de las normas',<sup>26</sup> con clara referencia al lenguaje de los operadores jurídicos o de textos de doctrina, pero no advierto obstáculo en que con esa expresión se haga referencia a los asertos contenidos en los considerandos de la sentencia, que, sin ser textos doctrinarios, están destinados a *informar* sobre las razones en que el juez funda su decisión.

De todos modos, cabe reiterar que una cosa es *argumentar* con base en que NN, en la situación H, al igual que cualquier otro en su lugar, debe hacer 'x', y otra distinta sería decir que, al resolver el caso, el juez *incorpora* al sistema una norma general que impone hacer 'x' en la situación H.

La observación de Bulygin parece dar a entender que el carácter general de la norma que, según él, emite el juez, vendría impuesto como consecuencia del principio de igualdad, puesto que al condenar a NN a hacer 'x' tiene que afirmar que todos en la situación de NN deben ser condenados a hacer 'x'. Sin embargo, el juez no necesita afirmar eso —ni lo hace habitualmente—, porque la regla que impone la igualdad de todos los habitantes ante la ley es una *norma* que *ya integra* el orden jurídico.<sup>27</sup> Por eso no es necesario que el juez

---

<sup>26</sup> Estas expresiones provienen de un valioso trabajo de BULYGIN (1991), donde traza un análisis comparativo con las exposiciones de Hart y Dworkin.

<sup>27</sup> En el derecho argentino está expresada en el art. 16 de la CN. Está primordialmente (aunque no exclusivamente) dirigida a los diversos órganos del gobierno, los que tienen funciones legislativas o reglamentarias y también los jueces, lo que permite atribuirle el alcance de una regla secundaria. Es una regla aceptada en casi todos los ordenamientos legales, aunque podría no existir, como en los regímenes monárquicos absolutistas o en otros contemporáneos no menos desagradables.

introduzca cada vez un cuantificador universal al fundar sus decisiones, *trátese o no de un supuesto de laguna*. Y si el juez lo hiciera, siguiendo el argumento de Bulygin, para satisfacer la exigencia de igualdad, no implicaría introducir una nueva norma general, pues una afirmación de esa índole tendría solo el alcance ya señalado, sin que se extienda más allá de la solución concreta que ha diseñado para el caso que tiene que resolver.

## V. El problema de la fundamentación de la sentencia en supuestos de laguna. Incidencia de las reglas del nuevo Código y de la práctica judicial

A esta altura, una pregunta que cabe formular sería: ¿cómo o sobre qué bases puede el juez construir los fundamentos de su sentencia cuando falta una norma que establezca una solución para el caso genérico sobre el que tiene que decidir? La cuestión es compleja, trasciende los esquemas lógico-normativos y sus reglas de inferencia, y requiere analizar otros aspectos que pueden incidir en la respuesta.

### V.A. Alcances del problema

Por una parte, el punto de partida sería, naturalmente, considerar que para justificar el dictado de una norma individual conforme con un sistema *S* (o también llamado “*S*”) es necesario hallar una norma general de *S* de la que se deduzca la calificación deóntica que realiza la norma individual. Esta premisa subyace en la exposición de *NS*, pero llevada al extremo en supuestos como el que nos ocupa, conduce a que la cuestión se torne insoluble, como allí mismo se expresa. Ya que si una sentencia se encuentra justificada *si y solo si* hay una norma general que prevé el caso genérico que corresponde al caso individual a decidir, entonces en *ningún* supuesto de laguna normativa la sentencia podría estar fundada, porque en tales casos, por definición, esa norma general no existe, a menos que sea puesta por el juez.

Por otra parte, desechado ese enfoque por los reparos que he señalado en apartados anteriores, la vía alternativa propuesta no está libre de dificultades. Es cierto que las reglas *secundarias* de *S*, es decir, las que determinan la competencia material, territorial, etc., para juzgar el caso, así como las que dicen cómo tiene que proceder el juez en esos supuestos, v. gr.: las que exigen que la sentencia esté fundada (art. 163, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación) o ‘razonablemente fundada’ (art. 3 CCCN), pueden no parecer suficientes por sí solas para suplir el vacío normativo, porque no anticipan una solución concreta del caso y podrían justificar *cualquiera* de las alternativas posibles (*i.e.* admitir o

rechazar la demanda).<sup>28</sup> Pero caben aquí un par de advertencias: (a) por lo pronto, dichas reglas sí cumplen el papel que en el clásico esquema kelseniano se asigna a una *norma superior*: decir quién y cómo debe dictar la *norma inferior*, condiciones necesarias de esta última, y (b) aunque esas reglas secundarias no provean una solución concreta para el caso genérico (*ergo* para el individual a resolver), suelen establecer parámetros para su determinación y, en correlación con el resto de las normas del sistema, fijan los límites a que se tiene que ajustar el juez en esa tarea.

En primer lugar, aunque parezca obvio, la solución que adopte el juez tiene por límite la antijuridicidad, al decidir el caso *no puede contrariar* las normas del sistema primario. Esa alternativa se encuentra vedada, porque el juez debe obediencia al orden legal y entre los delitos penales se prevé el *prevaricato*.<sup>29</sup> A menos que declare la inconstitucionalidad (o invalidez) de una norma, el juez no puede contradecirla. Ese límite, sin embargo, no le impide crear una solución para un caso que no sea directamente derivable de una norma del sistema primario.

Por cierto, fundar la sentencia en los supuestos de lagunas normativas, desde que se trata de conductas no normadas o casos cuyas propiedades no aparecen reflejadas en las normas generales, exige al juez elaborar *ex novo* una solución. Labor compleja, en la que podría, v. gr., redefinir términos normativos, invocar argumentos *a fortiori* o *a pari*, dos especies del argumento por *analogía*,<sup>30</sup> o aún aplicar los llamados *principios generales del derecho*, bien que esos u otros instrumentos tienen que ser especificados en su relación con el caso concreto. Desde un punto de vista pragmático, el grado de discrecionalidad puede variar en función de las características del caso, y lo que podría llamarse la porción *creativa* de la decisión varía correlativamente.

Para examinar más de cerca vías posibles de respuesta al interrogante inicial será útil analizar algunas alternativas que proporcionan los modelos legislativos y la práctica judicial.

---

<sup>28</sup> Esta observación fue hecha por Ezequiel H. Monti en el Seminario permanente de Lógica y Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, co-dirigido por Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta.

<sup>29</sup> El art. 269 del Código Penal Argentino impone una sanción al “juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas” (lo transcrito en cursiva pertenece al autor).

<sup>30</sup> Ver el precursor estudio de ALCHOURRÓN (1961), reproducido en ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991).

### V.B. La solución del Código Civil Suizo

Siguiendo el ejemplo que se propone en NS, cabe examinar si sería suficiente para justificar la sentencia en los casos de laguna, una regla como la del C.C. Suizo que, en tales casos, habilita al juez para decidir *según la regla que él adoptaría como legislador*.

BA dicen que sí. Comparto esa respuesta, aunque creo pertinente advertir que dicha regla, pese a su apariencia, no contiene un *cheque en blanco* para que el juez disponga *cualquier cosa*. De hecho, el mismo artículo 1 del C.C. Suizo, en el párrafo (3) que sigue al transcripto, añade que el juez tiene que atenerse a *la doctrina y a la jurisprudencia más autorizadas (sic)*. De modo que la facultad conferida al juez no es tan *abierta*, por ejemplo, no significa un permiso para indagar libremente los ‘fines’ a los cuales, según su creencia o lo que su ideología le dicta, debería adecuarse la solución del caso. Aun cuando no tuviera ese agregado, no cabe suponer que la regla citada habilitaría al juez, por ejemplo, a contradecir otras normas (primarias o secundarias) de S, como condenar a quien no ha sido parte, imponer una obligación sin causa, admitir una conducta prohibida, etcétera.

Es que el rol de *legislar* —salvo el lejano primer constituyente— siempre se encuentra en alguna medida acotado. El Parlamento tiene el límite impuesto por la constitución. Y en el caso del juez, si bien no suele usarse la expresión ‘legislar’<sup>31</sup> para aludir a la emisión de normas individuales (sentencias), es claro que el contenido de éstas está acotado por las normas generales del sistema (constitución, leyes, etc.). Por eso, cuando el C.C. Suizo utiliza esa expresión que parece un tanto insólita referida a los jueces, les confiere a éstos la potestad de decidir el caso de laguna *como si fuese legislador*, en el sentido de configurar una solución normativa no contenida en las normas generales del sistema, pero *no los convierte en legisladores*, sino que siguen siendo jueces. El genuino legislador podría alterar otras normas generales del sistema, derogarlas o modificarlas. Estas alternativas no le son dadas al juez en el caso de laguna. Su rol *legislativo* se agota en introducir una solución *para el caso que juzga* que no estaba contenida en las normas de S, pero no podría modificar otras normas de S. Creo que este es un dato relevante para sustentar mi observación a NS.

---

<sup>31</sup> Kelsen la usa cuando sostiene que, entre el supuesto en que el tribunal aplica normas del derecho sustantivo ya existente como cuando se halla autorizado por el orden jurídico para resolver discrecionalmente el caso (creando la norma), sólo media una diferencia de grado. Expresa: “al prescribir una sanción, el tribunal es siempre legislador, en cuanto crea derecho, del mismo modo que el legislador es siempre órgano aplicador de normas jurídicas, en cuanto la legislación es acto de cumplimiento de preceptos constitucionales” KELSEN (1969: 173).

### V.C. La cuestión en el derecho argentino: el código de Vélez Sársfield y el nuevo CCCN

¿Eran equiparables a la regla del C.C. Suizo las directivas contenidas en los arts. 15 y 16 del Código Civil de V. Sársfield? En su caso, ¿pueden esas reglas considerarse contradictorias en cuanto obligan al juez a fallar (aún en caso de *silencio* de la ley) y, a la vez, le imponen atenerse a la ley que, por hipótesis, no resuelve el caso? La respuesta a estos interrogantes ¿es predicable también de las reglas correlativas del nuevo código, arts. 3, 1 y 2?

El art. 15 del código de Vélez se refería al *silencio* de la ley, por tanto, parece que se impone una respuesta afirmativa a la primera pregunta. Y en cuanto a la segunda, tal como se hubo ya expresado en el párrafo IV, creo que no había contradicción, punto en el que no coincido con NS. En el contexto del código cabía interpretar que la obligación de fallar ‘aún en caso de silencio’ (art. 15) suponía precisamente, por necesaria implicación, la ausencia de una norma general aplicable al caso, lo que equivale a decir que *no había una ley* a la cual sujetarse. El art. 16 completaba el esquema normativo y despejaba cualquier duda sobre su coherencia. La obligación de fallar existía siempre, aún en caso de laguna (*silencio de la ley*). En estos casos, cuando la cuestión no encontraba respuesta en la *letra* ni en el *espíritu*<sup>32</sup> de la ley, el art. 16 le indicaba al juez que buscara la solución en los ‘principios de leyes análogas’ y, en su caso, en ‘los principios generales del derecho’.

De esa manera, el código le proporcionaba al juez criterios, ciertamente amplios, para justificar su decisión. Pero hay que enfatizar una vez más que *amplitud* no quiere decir ‘cualquier argumento’, pues rigen los límites a que ya hice referencia antes y, por otra parte, los criterios para encontrar una solución no eran totalmente vacuos, podían orientar al juez en la tarea de *formular* un enunciado continente de una solución para el caso genérico, que permitiera derivar la norma individual para el caso a decidir. Por las razones que veremos en seguida, por encima de diferencias de pluma, creo que este panorama no ha cambiado en el código vigente y la respuesta al último interrogante sigue siendo afirmativa.

El nuevo código ha mantenido en su art. 3 la exigencia del viejo art. 15, cuyo epígrafe dice precisamente *deber de resolver*, aunque la parquedad de la nueva regla hace necesario, como señalé, acudir al texto anterior para recordar que ese deber no cesa ante posibles deficiencias de las normas a aplicar o ante la ausencia de norma. Y así como el art. 16 del

---

<sup>32</sup> Esta referencia al *espíritu* de la ley, permitía considerar que el caso se hallaba implícitamente comprendido en la norma, aunque no en su expresión literal. Solía leerse como alusión a la *ratio legis*, a las razones subyacentes en las normas del sistema respecto de la materia legislada.



código anterior era el complemento apropiado de la obligación de fallar, hoy suplen ese papel los arts. 1 y 2 del CCCN. Esas reglas requieren un análisis más detenido ya que pueden suscitar ciertos problemas de orden técnico que deben ser advertidos.<sup>33</sup> Veamos.

### V.C.1. El artículo 1 primera parte CCCN

El art. 1 tiene como epígrafe ‘fuentes y aplicación’, términos que se refieren al ‘derecho’, ya que éste es el título del capítulo donde se encuentra. La expresión ‘fuentes del derecho’, sin embargo, es equívoca y puede inducir a confusión.<sup>34</sup> Asimismo, el art. 1 CCCN comienza con una tautología. Dice que “los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables”. Pero, afirmar que una norma *rige un caso* significa que esa norma le es aplicable, de modo que cuando se alude a *los casos regidos por este código*, no se dice otra cosa que el código les es aplicable. Por tanto, la citada frase equivale a decir que: ‘los casos que deben ser resueltos según este código, deben ser resueltos según este código’. Las tautologías no son algo ‘malo’, la lógica se nutre constantemente de ellas, pero por encima de su apariencia, no dicen nada acerca del mundo, ni del mundo físico ni del mundo de las normas, de ahí el desacierto de esa frase inicial.

El art. 1 añade que los casos deben resolverse ‘conforme con la Constitución Nacional y los tratados’ —una directiva innecesaria porque los jueces *deben* aplicar esas normas (art. 31 CN y art. 21 ley 48)—, y a continuación expresa que: “[A] tal efecto [o sea para la aplicación de las leyes] se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”. Esta exigencia de considerar ‘la finalidad de la norma’ que se ha de aplicar, expresada en singular, alude

---

<sup>33</sup> Al respecto, ver MONTI (2012), en donde expuse mis objeciones a esos textos cuando aún eran parte de un proyecto.

<sup>34</sup> Las llamadas *fuentes formales*, es decir las que son *vinculantes* para el juez y a las que se refiere el artículo, no son una entidad diferente del *derecho*, algo que tendría una existencia independiente frente a éste. Por el contrario, las normas legales o consuetudinarias, que se enuncian como *fuentes formales*, en tanto forman parte del orden jurídico vigente, *son* en verdad el derecho mismo. A su vez, las denominadas *fuentes materiales* normalmente hacen referencia a elementos extrajurídicos que, aunque varían según los autores, suelen aludir a los múltiples factores o motivaciones que *ejercen influencia* sobre los órganos de aplicación. La confusión que empaña el uso de la expresión, habitualmente aplicada a fenómenos disímiles entre sí, hace que su utilidad resulte al menos opinable. Los agregados a la palabra *fuentes* (formal-material) no resuelven el problema, porque más allá que las normas que integran un orden jurídico aparecerían como ‘fuentes’ de sí mismas, el uso promiscuo de esa palabra insinúa la presencia de un factor *común*, que induce a situar en una misma línea tanto a la ley como a la jurisprudencia, los ‘principios’ o ‘valores’, las opiniones doctrinarias, la equidad, la razón, etc., lo que empalidece la necesaria diferenciación entre las normas generales y las motivaciones que pueden incidir en los órganos encargados de su creación o aplicación. Sobre este problema ver Monti (2009).

inequívocamente a la *ratio legis*, la razón que justifica la existencia de dicha norma. Es un antiguo principio de hermenéutica jurídica,<sup>35</sup> que se reitera luego en el art. 2 relativo a la interpretación de las leyes.

### V.C.2. El artículo 1 segunda parte CCCN

La parte final del art. 1 CCCN alude a los usos, *prácticas* y *costumbres*, que “son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Mantiene así la solución del art. 17 del código anterior,<sup>36</sup> pero al enfatizar el carácter *vinculante* de las normas consuetudinarias *praeter legem*, es decir, las que rigen en situaciones no regladas legalmente, habilita a los jueces para aplicarlas directamente, sin invocación de parte. No es afortunada, en cambio, la inclusión del supuesto en que “*los interesados*” se refieren a los usos y costumbres: (i) ante todo debió decir *cuando las partes en sus convenciones* se remiten a ellos; (ii) pero éste no es un caso de aplicación de la costumbre en cuanto tal, pues ella sólo resulta aplicable como parte del contrato mismo (norma individual), merced a la fuerza obligatoria que le acuerda una norma legal (art. 959 CCCN).

Se ha señalado también el pleonasma que implica el agregado de la palabra ‘prácticas’ porque estaría ya implicada en los otros dos términos usados, que tienen una larga tradición en el lenguaje jurídico.<sup>37</sup> Sin embargo, el término incorporado puede servir para reforzar la tesis sostenida por MOISSET DE ESPANES (2016) en el sentido que los vacíos y silencios del nuevo código sobre tópicos que estaban regulados en el código de Vélez y que han desaparecido con la global derogación de su articulado, sin que se establecieran soluciones contrarias, podrían conservar vigencia como ‘costumbres’ a través de esta regla

---

<sup>35</sup> En este sentido dice LLAMBÍAS (2003: 99) que ‘el motivo de la norma, o ‘ratio legis’, es la razón que la justifica, la que se identifica con la necesidad humana cuya satisfacción la norma busca y por consiguiente se erige en fin de su institución’..

<sup>36</sup> La redacción anterior, al partir del principio inverso [los usos y costumbres *no pueden crear derechos sino...*], tendía a reforzar la prelación de la ley escrita (art. 19 CN) sobre las normas consuetudinarias, tal vez porque éstas, al no estar formuladas, carecen de la precisión de las normas escritas. De todos modos, el actual art. 1, con otra redacción, mantiene la misma solución pues, al final del texto, excluye la fuerza obligatoria que se confiere a las normas consuetudinarias cuando ellas fueran *contrarias a derecho*.

<sup>37</sup> Nada se dijo en los fundamentos del proyecto. El diccionario de la RAE para la acepción pertinente define ‘práctica’ así: *uso continuado, costumbre o estilo de una cosa*. De manera que el significado de la expresión se diluye en la sinonimia con las otras palabras (usos, costumbres). Para exhibir alguna singularidad tendría que tener un complemento, v. gr. *prácticas forenses, comerciales, etc.*; pero el texto guarda silencio, de modo que todas ellas estarían comprendidas.

del art. 1 *in fine*, CCCN.<sup>38</sup> Siguiendo esa idea podría interpretarse que la palabra ‘prácticas’ incluye en su referencia a las prácticas *forenses*, entendidas como un catálogo de las soluciones observadas por los tribunales y la doctrina respecto de los casos que ya no están regulados, soluciones que se hallaban cristalizadas en las antiguas disposiciones del código centenario y que vendrían a recobrar aplicabilidad por esta vía indirecta.

### V.C.3. El artículo 2 CCCN

Este artículo, bajo el epígrafe de *interpretación*, viene en rigor a suplantar el 16 del anterior código. Comienza indicando cómo debe ser interpretada la ley: “teniendo en cuenta sus palabras”, a lo que añade “sus finalidades”. Esta expresión debe entenderse circunscripta a la *ratio legis*, la razón que justifica la norma que se interpreta, en clara correlación con igual referencia contenida en el art. 1, como se ha dicho.<sup>39</sup>

La secuencia siguiente plantea un problema al referirse a las ‘leyes análogas’, puesto que su principal función no consiste en servir de meros instrumentos para interpretar otro texto legal, sino más bien en proporcionar *pautas para resolver los casos no previstos*, es decir, suplir los vacíos o lagunas del ordenamiento legal. Los autores del proyecto, en los *fundamentos*, para justificar ese rol secundario que se atribuye a las leyes análogas, afirman que no son tratadas como *fuentes*, sino como criterios de interpretación, ‘para dar libertad al juez en los diferentes casos’ (*sic*). La frase es bastante enigmática, aunque parece indicar que el juez puede emplear la analogía en ambos sentidos. A renglón seguido destacan que la función hermenéutica tiene importancia en supuestos en que pueda haber “discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales”.

Hay aquí una confusión. Si dos normas rigen un mismo caso, una legal y otra consuetudinaria, de ser ellas compatibles la solución es integrarlas en procura de una solución adecuada del conflicto. Pero si fuesen incompatibles, se impone la prevalencia de

---

<sup>38</sup> En ob. cit. MOISSET DE ESPANES (2016).

<sup>39</sup> Este es el criterio que ha prevalecido en la doctrina. En los fundamentos del proyecto se insiste en evitar un anclaje histórico (v. gr. la intención del legislador) y se dice que la regla apunta a considerar las finalidades objetivas del texto normativo al momento de su aplicación. Otros criterios atribuyen mayor amplitud significativa a la referencia a los *finés* en esta materia, pero con la consecuencia que, en función de la finalidad, se podría alterar o apartar el propio texto normativo, como en el Código Civil soviético cuya declaración inicial decía: “la ley protege los derechos privados siempre que no sean ejercidos contrariamente a su fin económico y social”; lo que dio lugar a notorias arbitrariedades. Al respecto ver RÉBORA (1960: 63 y ss.).

la norma legal, tal como lo exige el art. 1 *in fine*. El argumento es, pues, sólo aparente, y deja sin previsión clara qué ocurre con la otra función de las ‘leyes análogas’, que es precisamente la principal, es decir, suplir los vacíos de la ley. Pero más allá de lo que pensaron los autores del proyecto, el texto legal (que suele ser más sabio) no excluye esta última. Antes bien, es dable entender que comprende a ambas, ya que al decir que la ley debe ser interpretada *teniendo en cuenta* —entre otras cosas— *las leyes análogas*, ese *tener en cuenta* es tanto para precisar el alcance de sus disposiciones (en clave Vélez diríamos para superar la *obscuridad* o *insuficiencia* de la ley), como para llenar sus vacíos (*idem*, su *silencio*).

El art. 2 agrega la indicación de tener también en cuenta los ‘tratados sobre derechos humanos’ y ‘los principios y los valores jurídicos’. Sobre esta última expresión puede hacerse una advertencia similar a la atinente a la analogía, en tanto, como pauta hermenéutica, principios y valores contribuyen también a suplir las lagunas. En punto a cuáles tienen que ser los principios o valores computables, cabe entender que se trata de aquellos *derivables* del propio sistema jurídico,<sup>40</sup> como parece indicarlo la frase final del mismo artículo al decir: *de modo coherente con todo el ordenamiento*. Dicho criterio tiene necesaria correlación con una pauta interpretativa consagrada secularmente, en el sentido que la interpretación de las leyes no puede ceñirse a textos aislados, sino que debe ser *sistemática*. En las palabras de la Corte Suprema de la Nación,<sup>41</sup> requiere dar a cada una de sus disposiciones normativas pleno valor y efecto, sin oponer las unas a las otras.

#### V.C.4. *La cuestión en la práctica judicial: análisis de casos o situaciones no reglados expresamente*

Uno de los tantos méritos que cabe reconocer a NS es el haber ideado un modelo de análisis de casos —configurados en función de propiedades definidas normativamente y en conexión con un conjunto de soluciones derivables del orden jurídico— que permitió obtener una definición más refinada de laguna, pero que, a la vez, consiguió poner la lógica normativa en contacto directo con la realidad de los problemas con que tienen que lidiar abogados y jueces. Aún hoy se sigue utilizando ese modelo basado en el caso de las adquisiciones de inmuebles a *non domino* y la existencia o no de obligación de restituir el

---

<sup>40</sup> Tal vez era preferible mantener la fórmula *principios generales del derecho* que estaba en el art. 16 del código anterior y que conservó el proyecto de 1998 (art. 5), por su arraigo en nuestra tradición jurídica.

<sup>41</sup> Fallos: 303:278, 696, 1041; 304:1181; 307:518; 311:1614, 1833, 2091; 312:193, 295, 1461, 1614; y muchos otros.

bien por parte de un adquirente a título oneroso y de buena fe.<sup>42</sup> Teniendo en cuenta ese antecedente, puede ser útil traer a colación otro ejemplo de una situación que no se hallaba prevista legalmente, a fin de examinar el problema de la fundamentación de la sentencia en la práctica judicial.

Se trata de la situación del adquirente de buena fe de un inmueble, mediante ‘*boleto de compraventa*’,<sup>43</sup> que ha abonado un 25 % del precio convenido. Esta situación se hallaba prevista en el art. 1185 bis del Código Civil anterior (texto agregado por la ley 17.711 en 1.968), que establecía la *oponibilidad* del boleto de compraventa otorgado en esas condiciones al concurso o quiebra del vendedor.<sup>44</sup> Ese artículo, empero, no daba respuesta a la situación en que el derecho del titular del *boleto* pudiera verse afectado en el marco más reducido de una ejecución individual, en la que un acreedor del vendedor podía obtener el embargo cautelar del inmueble y la subsiguiente ejecución para cobrar su acreencia con el producido de la venta judicial. En este caso ¿era aplicable la misma solución prevista para la ejecución colectiva operada en el concurso o quiebra del vendedor? La respuesta no era unívoca. Algunos tribunales entendían que la norma no era aplicable a ese caso porque literalmente sólo se refería al ‘concurso o quiebra’, mientras que otros daban una respuesta afirmativa,<sup>45</sup> basados en que el supuesto de la ejecución individual podía

---

<sup>42</sup> La cuestión ha sido resuelta hoy expresamente en el art. 392 del nuevo CCCN, que trata los efectos de la nulidad de actos jurídicos respecto de terceros en cosas registrables, en sustitución del art. 1051 del Código de Vélez. Su parte final dice: los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho. La solución es congruente con la jurisprudencia mayoritaria anterior (ver: CNCom, sala C, 23.10.2009, ‘Dayjo SAICFIC v. Chein, Jorge y otros s. ordinario’).

<sup>43</sup> Un instrumento privado de uso frecuente en las operaciones inmobiliarias, pero cuyo perfeccionamiento requiere de la escritura pública, que luego se inscribe en el registro inmobiliario para su publicidad respecto de terceros.

<sup>44</sup> Esta previsión debía su origen a una circunstancia que había tenido cierta notoriedad en los años ’60, cuando la quiebra de varias empresas constructoras había afectado a numerosos adquirentes de departamentos con *boleto de compraventa*, la mayoría en posesión de esos inmuebles destinados a vivienda, dejándolos sin protección frente a los otros acreedores de la fallida, al ejecutarse aquellos inmuebles en el procedimiento de realización del haber concursal. Este origen explica que en la ley de concursos 19.551 se incluyera una prescripción idéntica al art. 1185 bis, con el solo agregado de que el inmueble fuese destinado a vivienda, requisito que fue luego suprimido en la nueva ley de concursos 24.522 (art. 146) quedando igualados ambos textos.

<sup>45</sup> Esta tendencia prevaleció en el nuevo código, que dedica sendos artículos para cada supuesto. Uno genérico, que confiere *prioridad* al derecho del comprador de buena fe con boleto de compraventa sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido, detallando varios requisitos: pago del 25 % del precio antes de la traba, que hubiera contratado con el titular registral del inmueble o algún sucesor legítimo de él, que el boleto tenga fecha cierta y que la adquisición tenga publicidad registral o posesoria (art. 1170 CCCN); el primero de esos requisitos estaba explícito y los

considerarse implícitamente incluido en la norma o guardaba sustancial *analogía* con el previsto en ella. Al pronunciarme en un caso donde se había planteado la cuestión, opté por esta segunda alternativa, como uno de los argumentos para justificar la decisión en favor del adquirente con boleto, frente a la acción de un acreedor del vendedor, con base en *los principios de leyes análogas*, según preveía el art. 16 del C. de Vélez.<sup>46</sup> Recordaré brevemente un pasaje de lo argumentado en tal sentido pues se vincula con los desarrollos precedentes.

Sostuve que esa solución hallaba sustento en “*los llamados argumentos a fortiori y a pari*”, en cuanto *permiten extender una solución normativa a casos diversos de los literalmente reglados, pero que aparecen relacionados con ellos, sea porque el principio legislado les es aplicable con mayor razón (a fortiori, relación transitiva y asimétrica), sea porque se hallan en paridad de circunstancias (a pari, relación transitiva, simétrica y reflexiva), tal como hace ya varias décadas los explicara Carlos E. Alchourrón en un meduloso artículo publicado en la Rev. Jurídica de Buenos Aires (‘Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari’, 1961, vol. IV, p. 177).*<sup>47</sup> No cabe duda, a mi ver, que si el adquirente de un inmueble en las condiciones descriptas por el art. 1198 bis puede hacer prevalecer su derecho respecto del conjunto de todos los acreedores del vendedor, en la situación más crítica para el patrimonio de éste y, por ende, para la posibilidad de aquéllos de satisfacer sus acreencias, con mayor razón será oponible su derecho a un acreedor individual del vendedor in bonis, que cuenta con mejores posibilidades de cobro al poder agredir aún los restantes bienes de éste. Y si se quiere, desde el punto de vista de la situación correspectiva de los sujetos en conflicto, no se advierte qué diferencia podría aducirse en el caso entre la ejecución individual y la colectiva, susceptible

---

otros eran exigidos como presupuestos de la buena fe y su exteriorización. El otro artículo mantiene la oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra del vendedor (art. 1171 CCCN).

<sup>46</sup> En la causa ‘*Saiegh, Daniel O. s. tercería de dominio en Mariezcurrena v. Ajón s. ejecutivo*’ la CNCom, sala C, el 25 de septiembre de 2001, resolvió el conflicto a favor del derecho invocado por el comprador con boleto, quien había adquirido el inmueble veintiséis años antes, tenía desde entonces la posesión, había abonado la totalidad del precio y contaba con una sentencia anterior que había ordenado la escrituración del bien a su favor, la que no se había concretado. El tribunal admitió la tercería deducida por el comprador, aunque para alcanzar esa solución, mis dos colegas sólo se basaron en las peculiares características del caso y no en la aplicación del art. 1185 bis del código anterior.

<sup>47</sup> La idea central que ALCHOURRÓN (1961) expuso en ese trabajo consistía en mostrar que, a pesar del uso promiscuo que los juristas hacen de ciertos argumentos que consideran como parte de una ‘lógica jurídica’, en particular los argumentos *a fortiori*, no utilizan adecuadamente esos instrumentos, entre otros motivos porque omiten pasos necesarios en el razonamiento. Suele haber así premisas que permanecen implícitas, como si fuesen saltos lógicos, lo que puede llevar a deducciones erróneas o inválidas. Con ejemplos demostró cómo debían desarrollarse esos argumentos y puso en evidencia que, con esas advertencias y enriquecidos por la ‘lógica de las relaciones’, los antiguos argumentos mantenían su utilidad, sin que fuera menester abandonarlos en función de la ‘experiencia’ o de una supuesta ‘nueva lógica’ como proponía una opinión criticada por el autor.

*de incidir de algún modo en la oponibilidad del derecho del adquirente, estatuida en la norma tantas veces citada (argumento a pari)”*.

El párrafo transcrito recuerda el valioso ensayo de ALCHOURRÓN (1961), aunque el desarrollo argumental no tuvo la completitud que aquél aconsejaba.<sup>48</sup> A la vez, dicho párrafo ejemplifica un modo de justificar la solución alcanzada en la sentencia respecto de un caso no previsto en el derecho vigente, con base en una argumentación *intrasistemática*. Vale decir, fundada en: (i) las reglas secundarias contenidas en el ordenamiento legal, (ii) los procedimientos o métodos de inferencia que esas mismas reglas indican, y (iii) las normas primarias del sistema que, en función de los referidos métodos, cabe considerar relevantes.<sup>49</sup>

En suma, el análisis del problema que plantea la fundamentación de la sentencia en casos de lagunas normativas, muestra el uso de ciertas reglas y esquemas argumentales que tienden a proporcionar a los jueces medios para resolver esos casos, en tanto se hallan habilitados para configurar una solución no prevista en el sistema vigente. Pero tales reglas no representan más que eso, es decir, criterios o pautas de adecuación que el juez puede utilizar para la solución del conflicto que debe resolver; ellas no anticipan la solución ni pueden considerarse en modo alguno como una suerte de ‘principios de clausura’ en el derecho privado. Sobre este tema versa, precisamente, el apartado siguiente.

---

<sup>48</sup> En efecto, hay varias premisas implícitas o que requerirían un desarrollo más preciso. Por ejemplo: el adquirente de un inmueble con boleto de compraventa en la situación descrita por el art. 1185 bis (la designo como Q) podía oponerse a la ejecución del bien dispuesta en la quiebra del vendedor para satisfacer los créditos de los acreedores de éste; esto significa que, en la situación (Q), la ley daba prioridad al derecho del adquirente en el conflicto con el derecho de todos y cada uno de esos acreedores de agredir los bienes inscriptos a nombre de su deudor. La razón para conferir tal prioridad era preservar incólume la situación del adquirente. Las connotaciones propias de (Q) hacen que tal situación fuera la *más gravosa* para los acreedores del vendedor, en orden al mayor grado de dificultad para el cobro efectivo de sus créditos. En consecuencia, es dable inferir que, en toda situación *menos gravosa* para dichos acreedores que (Q), correspondía reconocer esa misma prioridad; la ejecución individual (EJ) es una situación *menos gravosa* que (Q) para cualquier acreedor en orden al grado de dificultad para el cobro de su acreencia; por tanto, cabe admitir la citada prioridad en la situación (EJ).

<sup>49</sup> En este sentido, recordando el antiguo art. 16 del Código de Vélez, si la solución del caso no está explicitada en la ley (en su *letra*), puede hallarse *implícita* en la norma (en su *espíritu*), v. gr.: si un menor puede celebrar contrato de trabajo a partir de los 14 años, puede recibir el pago de su retribución, dar recibo, hacer aportes, etc.; o bien, la solución puede ser inferida por *analogía* (como en el ejemplo mencionado), o con base en los llamados *principios generales del derecho*, hoy ‘principios jurídicos’, que son reglas muy amplias (explicitadas como tales o reiteradas en múltiples normas más específicas), aplicables en una categoría de materias, como por ejemplo, en las relaciones patrimoniales, la regla que veda el enriquecimiento sin causa, o más amplia aún, como la que prohíbe causar un daño injustificado.

## VI. La tentación de convertir el derecho privado en un sistema cerrado. Respuesta a ciertas reminiscencias ‘cossianas’

El interrogante con que iniciamos el acápite anterior no ofrecería dificultades para quienes consideran que el derecho *siempre* tiene una solución para cada caso posible. Este parecer, en cuanto niega que haya lagunas, ha sido respondido con sólidos argumentos en NS,<sup>50</sup> y aquí aceptaremos la tesis allí expuesta en el sentido que, salvo en los que cabe llamar sistemas *completos*,<sup>51</sup> tales lagunas existen. Otra opinión, muy cercana a la primera, si bien admite la posibilidad de lagunas normativas, considera que los jueces pueden resolver todos los casos sometidos a su decisión, incluidos los de laguna o no regulados, sin modificar el derecho existente. Esta tendencia tiene una larga prosapia que, en cierto modo, se remonta entre nosotros a Carlos Cossio. En época más reciente, en este punto de vista convergen diversas variantes, como las expresadas por Juan Ruiz Manero, Fernando Atria y Manuel Atienza,<sup>52</sup> entre otros.

El famoso circunloquio *cossiano* afirmaba que puede haber lagunas *en la ley*, pero no hay lagunas *en el derecho*, simplemente porque hay jueces. Tal como advirtiera en su momento CARRIÓ (1965), lo cierto es que esa respuesta, además de introducir confusión por un uso equívoco de las palabras ‘ley’ y ‘derecho’,<sup>53</sup> no resuelve el problema de las lagunas. En su momento pudo servirle a Cossio para hablar de la ‘plenitud hermética del derecho’,

---

<sup>50</sup> Ver los capítulos VII y VIII; también las observaciones de BULYGIN (1974: 84 y ss.)

<sup>51</sup> Como los regímenes penales donde rige la regla *nulum crimen nulla poena sine lege*. Esta regla, según opinión común, opera como una norma expresa de clausura, en el sentido que si una conducta (acción u omisión) no aparece descripta (tipificada) en alguna de las figuras penales, entonces, desde el punto de vista penal es facultativa para los individuos.

<sup>52</sup> Las referencias que se realizan en el presente apartado a Manuel Atienza, Fernando Atria y Juan Ruiz Manero están tomadas de comentarios efectuados en los caps. III y IV de BULYGIN (2009), por su autor.

<sup>53</sup> En la frase citada la palabra ‘derecho’ parece oponerse a ‘ley’. En nuestra doctrina se suele distinguir entre ley en *sentido material*, como sinónimo de *norma general*, cualquiera fuese el órgano que la hubiere emitido (es decir, sea el parlamento, o también el poder ejecutivo en ejercicio de su facultad reglamentaria o un órgano administrativo, etc.), y ley en *sentido formal*, que serían sólo aquellas que emite el congreso o una legislatura. Podría pensarse que en la frase citada la palabra ‘derecho’ se usa como ‘ley en sentido material’, o sea con una denotación más amplia (que incluiría, por ejemplo, las normas consuetudinarias), mientras que la palabra ‘ley’ vendría usada en su sentido restringido o formal. Sin embargo, dada la conclusión a que arriba (*no hay lagunas en el derecho porque hay jueces*) parece que la noción de *derecho* en este contexto es usada con un alcance distinto, que dejaría de lado la idea central del ‘orden jurídico’ como un conjunto ordenado de normas y se acerca más al lenguaje de los sociólogos cuando hacen referencia a un aspecto (subsistema) del sistema social global (organización de la sociedad en su conjunto) cuya función consiste en dar respuesta a los conflictos o demandas que se plantean dentro del grupo social.



pero la afirmación en sí es casi trivial, ya que el *quid* de la cuestión consiste, precisamente, en saber si el juez puede (o no) derivar del orden jurídico (más exactamente de sus normas *primarias*) soluciones para todos los casos que le toca juzgar.

Las otras opiniones mencionadas, a las que sólo me referiré superficialmente<sup>54</sup> y en la medida que interesa a los fines de este trabajo, parecen coincidir, a través de diversas vías argumentales, en que el juez —al contrario de lo expresado en NS— no tiene *discrecionalidad* para resolver los casos de laguna, ya que éstos pueden encontrar solución en el derecho existente. De ese modo procuran despejar o minimizar la significación del problema.

Atria sostiene que las lagunas normativas, de existir, no implican que el juzgador tenga discreción para admitir o rechazar la pretensión deducida en tales supuestos. Porque la tarea del juez consiste en verificar si el demandado ha violado una norma primaria o no, debiendo en este último caso rechazar la demanda. Esta visión, aunque puede resultar compatible con el modelo del proceso penal —como se ha visto— falla en materia *civil* (en sentido amplio, es decir como equivalente a lo *no penal*). Añade Atria que, en los casos de laguna o *difíciles*, el juez *no crea* derecho, sino que *adecua* las reglas existentes, para lo que necesita argumentos morales no basados en fuentes.<sup>55</sup>

Con análoga perspectiva, Ruiz Manero parte de la idea de equiparar las acciones *no reguladas* (carentes de *status deóntico*) con aquellas otras que se hallan expresamente permitidas. Considera que cuando una conducta no está regulada normativamente, esto significa que el sistema no impone restricción alguna sobre la conducta, y el sujeto *es libre* de realizarla o abstenerse de hacerlo. Por eso dice que la ‘no regulación’ equivale *pragmáticamente* a ‘regulación permisiva’.<sup>56</sup> Este criterio no sólo sería de aplicación en el ámbito penal sino también en materia *civil* (*no penal*). Con apoyo en esa equivalencia pragmática, sostiene Ruiz Manero que no sólo en el caso de norma expresa permisiva, sino también en los supuestos de ‘no regulación’, el juez tendría que rechazar la demanda, para

---

<sup>54</sup> A partir de las referencias contenidas en los trabajos de BULYGIN (2009).

<sup>55</sup> La palabra *adecuar* parece introducir cierta incógnita, porque es compatible con la idea de crear una solución no prevista sin contradecir el derecho existente. En el ejemplo descrito en V (iv) podría decirse que hubo una ‘adecuación’ de la regla del art. 1185 bis, en un sentido amplio de ‘adecuar’. En cuanto a los ‘argumentos morales’ creo que siempre están presentes en las soluciones, pero esos argumentos no necesariamente son ajenos a las ‘fuentes’; por el contrario, las valoraciones que subyacen en las mismas normas permiten orientar en la búsqueda de soluciones no previstas.

<sup>56</sup> Se entiende en este caso ‘permiso’ en sentido fuerte, es decir que ‘permitido p’ implica ‘permitido p’ y a la vez también ‘permitido ~p’ (Pp = Pp.P~p). A fin de clarificar la formalización, para este uso ‘fuerte’ de la función ‘permitido’ se utiliza a veces ‘facultativo’ (Fp = Pp.P~p).

lo cual le bastaría en este último caso el solo argumento que al no estar prevista la conducta en cuestión, ésta sería libre.

Atienza por último, si bien con algunos reparos puntuales, coincide básicamente con las críticas que formulan los autores citados a la concepción expuesta en NS. Particularmente, en cuanto allí se describe al derecho como un *conjunto de reglas* que correlacionan casos genéricos con soluciones normativas, en un contexto que deja margen para casos individuales no subsumibles en tales reglas, casos en los cuales el juez tiene discreción, en sentido *fuerte*, para establecer una solución *ex novo*. Atienza parte de la idea que el derecho ha de ser concebido como una práctica social y, en lo que interesa, considera que en todo caso las *lagunas* se suplen con la analogía y los principios. Precisamente, señala que el problema de las lagunas no es otro que el de si existen criterios de corrección en la utilización de la analogía: estima que esos criterios existen y se condensan en la idea de coherencia respecto de ciertos principios y valores, lo que permite una progresiva innovación en el sistema, manteniendo su identidad. Considera que tal enfoque permite concluir que la tesis de Bulygin, de la discreción del juez en sentido fuerte, carece de justificación.<sup>57</sup>

Como se ve, un rasgo común a las opiniones citadas, consiste en cuestionar la tesis de NS en punto a la discrecionalidad judicial en los supuestos de laguna.

En ese sentido, como bien advierte BULYGIN (2009: 93-95) en el proceso civil (*no penal*) no hay ninguna norma que obligue al juez a rechazar la demanda en caso de laguna (ausencia de regulación). En efecto, su obligación consiste en dictar un pronunciamiento para resolver el caso.<sup>58</sup> Esa decisión puede *condenar* o *absolver*, y en cualquiera de esas

---

<sup>57</sup> También aquí, en relación con las observaciones de Atienza, es pertinente recordar el caso mencionado en V (iv), puesto que allí se utilizó la analogía preservando la coherencia con ciertos ‘principios y valores’ que cabía inferir del sistema; y de ese modo se introdujo una *innovación* en él, al dar una solución normativa a un caso no previsto. Pero, a mi ver, esto en modo alguno contraría la tesis de Bulygin. El tribunal podía dar dos respuestas a la cuestión planteada: una desechando la aplicación del artículo en el supuesto de ejecución individual (EJ) con base en su literalidad; otra que la admitía, razonando como lo hizo. Aunque contrarias entre sí, dichas respuestas no eran incompatibles con el derecho vigente, en el sentido que no contradecían sus normas. El tribunal actuó, pues, *discrecionalmente*, pues optó por una de las respuestas posibles al introducir una solución que no estaba antes en el sistema aplicable, pero no lo hizo *arbitrariamente*, sino que dio *razones* para fundamentar su decisión. Creo que ése es el sentido como debe entenderse ‘discrecionalidad’ en la tesis de Bulygin, que no debe confundirse con ‘arbitrariedad’.

<sup>58</sup> Como establecían los arts. 15 y 16 del Código de Vélez y ahora el art. 3 del CCCN.

alternativas debe estar *fundada*.<sup>59</sup> Tanto si se admite o se desestima la pretensión, la situación es *simétrica* en cuanto al deber de fundar la solución que se adopte.

En cambio, cuando hay una norma que expresamente permite al demandado no hacer lo que reclama el actor, razona BULYGIN (2009: 93), dicha norma sí “establece una obligación para el juez: la obligación de rechazar la demanda”. Así, el mundo en que ‘p’ está expresamente permitida no es idéntico al mundo de *ausencia de regulación* de ‘p’. Empíricamente hablando, en el primero el juez debe rechazar la acción, mientras que en el segundo tiene un poder discrecional para admitir o desechar la pretensión.

Otro aspecto en el que convergen las opiniones referidas al comienzo, radica en la evocación de ciertas normas que hoy suelen integrar los códigos o compendios legales o jurisprudenciales vinculados con el derecho privado. Son las que contienen los llamados *standards jurídicos* o conceptos *válvula*, tales como la buena fe, la prohibición del abuso, etc., así como la remisión a los *principios generales del derecho*. La idea subyacente es que, dada la flexibilidad de esas pautas, pueden ellas funcionar como un *cierre* del sistema, a la manera del principio de clausura kelseniano.

Sin embargo, contrariamente a dicha sugerencia, esos conceptos presuponen un *sistema abierto* y constituyen una orientación para el intérprete, en el caso para el juez, en su tarea de crear una norma individual cuando no hay normas generales que prevean el caso que tiene ante sí, o ciertas propiedades de éste no aparecen correlacionadas con el universo de soluciones normativas. En efecto, el sistema sigue siendo *abierto* porque esos principios o nociones *válvula* no son equiparables a ‘normas de clausura’, en tanto no imponen una solución determinada del caso. Es decir, no se desprende de ellos una calificación deóntica para cualquier acción no prevista específicamente en otras reglas, como acaece en el clásico *nulum crimen* (-Vp = Pp .P-p). Sin una regla de clausura como la ejemplificada en el marco de los regímenes penales, no parece que quepa hablar de completitud en el sentido de solución de todos los casos posibles.

## VII. A modo de síntesis (algunas ‘notas’ en la vieja melodía)

Las reflexiones que anteceden no pretenden ser sino algunas ‘notas’ introducidas en la partitura de esa antigua melodía aludida al comienzo. Para concluir, haré una precaria síntesis recordatoria de los temas centrales y algunos comentarios adicionales.

---

<sup>59</sup> Esto significa que debe dar razones acordes con ‘las pretensiones deducidas’, ‘jurídicamente calificadas’ (ver art. 163, inc. 6, del C. Procesal).

En primer lugar, en los supuestos de lagunas normativas, el juez se encuentra autorizado a emitir una norma individual que contiene una solución no derivable de una norma general (primaria) existente en el sistema. Para hacerlo no tiene que ‘crear’ esa norma general que, por hipótesis, falta; ni está habilitado para insertarla formalmente en el sistema. En todo caso, sólo la *formula* como parte de la secuencia argumental de su sentencia, cuya parte dispositiva configura una norma individual, que sí introduce un cambio, en tanto su contenido no estaba específicamente predeterminado. Eso sí, al emitir esa norma individual tiene que sujetarse a las restantes normas que integran el orden jurídico, como la que veda dictar sentencias *contra legem* (prevaricato) y la que ordena preservar la igualdad ante la ley, de la misma manera que tiene que respetar las reglas de competencia y las procedimentales.<sup>60</sup>

Este enfoque no afecta en modo alguno el esquema clásico basado en la doctrina de la separación de poderes. En efecto:

(i) si bien acepta cierta potestad de creación normativa por parte de los jueces, ellos sólo pueden ejercerla cuando el legislador no ha previsto una solución para el caso que deben resolver; y aunque la determinación acerca de si un caso se encuentra o no previsto es resorte propio de los jueces, los argumentos en que se sustenta su decisión y el contenido de la solución que introducen, al ser explicitados en los fundamentos de la sentencia, permiten un control externo acerca de su correspondencia con el sistema normativo —v. gr. sobre la existencia de la laguna y la no contradicción de la solución con otras normas—, así como de su coherencia interna;

(ii) los jueces deben proceder en estos casos siguiendo las pautas o directivas habitualmente proporcionadas por el mismo orden jurídico;

(iii) esa atribución sólo puede ser ejercida en el caso concreto (individual) que tienen que resolver, de manera que los alcances de la decisión que adoptan y la norma individual en que se plasma, se limitan a ese caso.

Nada de esto es asimilable a la función propiamente legislativa, en la que, a diferencia de las decisiones de los tribunales y sus fundamentos —como señala Bulygin—

---

<sup>60</sup> Aún podría plantearse la posibilidad de que el juez no respete esos límites. En tal caso, si la decisión se convalida no sólo habría un contenido primario que altera en parte los parámetros preexistentes, sino a la vez una reformulación de las reglas de reconocimiento del orden jurídico, problema que fue en su momento examinado por CARRIÓ (1973), entre otros.

las exposiciones de motivos normalmente no inciden en el texto legal y éste rige con prescindencia de ellas. La imagen mental que genera la expresión ‘creación normativa’ puede dar a entender que hay una superposición o confusión de roles que, en rigor, no existe. El juez sigue actuando en estos casos como tal, resolviendo el conflicto sometido a su decisión, con un margen más amplio de *discreción*, pero no de ‘arbitrio’.

En segundo lugar, dentro de tal contexto, un problema central parece ser el atinente a la fundamentación de la sentencia en los supuestos de laguna, cuestión que suele hallarse regulada por el propio sistema normativo, como se ha visto en el apartado V.<sup>61</sup> En el análisis de este problema hay que tomar en cuenta los alcances de las reglas que habilitan a los jueces a decidir los casos no previstos, cuyo modelo emblemático para NS fue el código suizo con su famoso artículo, disposición que, como se ha visto, es análoga a las del Código de Vélez y también lo es —con las advertencias señaladas— a las del nuevo CCCN. El examen más detallado de las disposiciones de este último, pone en evidencia algunas fallas y silencios, que pueden ser superados a partir de los preceptos del código anterior. Por otra parte, la perspectiva desde la práctica judicial muestra la posibilidad de dar una respuesta *intrasistemática* en la decisión de los casos no previstos.

En tercer lugar, sobre la base de las razones expresadas en VI, cabe concluir que las pautas o *standards* que habitualmente contiene el orden jurídico para orientar a los jueces en la elaboración de una solución para situaciones no previstas, no excluyen el margen de *discreción* que aquéllos tienen para emitir su decisión, ni son equiparables ni pueden erigirse en una especie de ‘principio de clausura’ en la órbita del derecho privado.

## Bibliografía

ALCHOURRÓN, C. (1961) “Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari”, *Rev. Jurídica de B. Aires*, IV, p. 177 y ss; reproducido en ALCHOURRÓN, C. E, BULYGIN, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid.

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1974) *Introducción a la metodología*, Buenos Aires, Astrea.

---

<sup>61</sup> La presencia misma de tales reglas muestra que no hay contradicción entre la norma que establece el deber de los jueces de fallar en todos los casos y hacerlo conforme al derecho, como se ha explicado en IV.

BULYGIN, E. (1966) “Sentencia judicial y creación de derecho”, *La Ley*, t. 124; incluido también en ALCHOURRÓN, C. E, BULYGIN, E. (1991) *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, cap. 19, p. 355 y sig.

CARRIÓ, G. (1965) *Notas sobre derecho y lenguaje*, tercera parte, cap. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 79 y ss.

— (1973) *Sobre Los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea.

— (1991) *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*, en ALCHOURRÓN, C., *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1991, cap. 8, p. 185.

— (2003) “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía*, nro. 18.

— (2009) “Creación judicial del derecho”, en BULYGIN, E., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid.

HART, H.L.A. (1965) *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. G. Carrió, cap. V, p. 99 y ss.

KELSEN, H. (1969) *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, Textos Universitarios, p. 174.

LLAMBIAS, J.J. (2003) *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. I, Buenos Aires, LexisNexis, p. 99.

MOISSET DE ESPANES, L., (2016), *Los silencios del nuevo código*, disertación en la Facultad de Derecho, UNBA, 25.4.2016.

MONTI, E.H. (2014) “Lagunas normativas, razones jurídicas y discrecionalidad judicial”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año I, nro. 1, abril de 2014, p. 33.

MONTI, J.L. (2000) “El concordato como negocio jurídico (Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso)”, *La Ley*, 9.11.2000, t. 2000-F, pp. 1089-1098.

— — (2006a) “El régimen de bienes en el matrimonio ante la acción de los acreedores de los cónyuges”, *Rev. de la Asociación de Magistrados de la Justicia Nacional*, año XVIII, n° 41-42, julio-diciembre 2006, pp. 55-68.

— — (2006b) “Los competidores en el concurso preventivo (incidencia del abuso del derecho en esta materia)”, *J. A. sobre Competencia desleal*, LexisNexis, 13.12.2006, pp. 14-25.

— — (2007) “Conflicto de privilegios prendario y laboral en el régimen concursal, estudios en homenaje a Enrique Manuel Butty”, *Revista Electrónica de Derecho Societario*, número extraordinario, 28.9.2007.

— — (2009) “Estudio Preliminar sobre los Fallos Plenarios”, en Plenarios de Derecho Comercial, Colección Plenarios t. II, *La Ley*.

— — (2012) “Reflexiones liminares sobre la proyectada reforma en materia civil y comercial”, *Rev. Aequitas*, USAL.

— — (2015) “Escepticismo epistemológico y neutralidad en la ciencia del derecho” –Algunas críticas a la teoría crítica”, *Aequitas Virtual*, publicación de la USAL, nro. 23.

RÉBORA, J.C. (1960), *Derecho Civil y Código Civil*, Buenos Aires, Eudeba, p. 63.