



INTERPRETAR Y JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE LAGUNAS

Por José Ignacio Santiviago^{1*}

1- Introducción

En los planos teórico y filosófico del Derecho, el tema de las *lagunas* ha generado análisis y controversias entre juristas que, a su vez, han dado pie a la generación de nuevos análisis y nuevas controversias. Es como una red que ha venido ampliándose con cada opinión. Cada pensador aporta nuevas críticas, nuevas perspectivas, nuevas respuestas y siempre –explícita o implícitamente– plantea nuevos problemas y abre nuevas interrogantes.

Quizás por falta de investigación sobre su origen o porque sencillamente es de autor anónimo no sabemos quién acuñó esta metáfora denominada *lagunas en el derecho*; pero sospechamos que ella se pierde en los tiempos en los que el movimiento codificador de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX y las escuelas teóricas que desarrollaron y sostuvieron este movimiento (escuela de la exégesis y jurisprudencia de conceptos), comenzaron a ser centro de diversas críticas por la soberbia de creer que habían alcanzado el ideal de producir ordenamientos jurídicos perfectos² y de creer haber condensado todo el derecho posible en los códigos.

Como quiera que sea, desde una perspectiva pragmática, la metáfora de las «lagunas» es útil, porque el aprendiz en el conocimiento del Derecho entiende rápidamente que se trata de comportamientos que no se hallan previstos como hipótesis en normas jurídicas y que, por tanto, carecen de calificación deóntica y de consecuencia normativa dentro del sistema jurídico.

1 * Abogado (2002), egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante – España (2012). Curso de Maestría en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2004-2005). Práctica profesional en las áreas de asuntos y procedimientos civiles, comerciales y laborales. Auxiliar de la Cátedra de Lógica Jurídica en la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Curso de Especialización en Didáctica Superior Universitaria (2004). Asociado del Estudio Jurídico Guanes, Heisecke & Piera (GHP).

2 Es decir, sin defectos como contradicciones, redundancias, lagunas e inoperancias (Ver en NINO, Carlos: *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 272 y ss).



Pero desde una perspectiva analítica la cuestión se complica considerablemente puesto que la expresión «laguna» –en el ámbito del derecho– es una metáfora, y las metáforas constituyen la forma más radical del lenguaje figurado cargado de ambigüedad y vaguedad. GUIBOURG caracteriza a la *metáfora* como: «[...] una figura que parece decir una cosa para que se entienda otra, creando entre ambas un sutil y acaso un fugaz vínculo de significados a la vez que sugiere vagas semejanzas»³. Es decir, salvo ciertos discursos preparados con rigor, cuando alguien se refiere al problema de las lagunas el oyente no sabe exactamente con qué significado o con qué alcance se está refiriendo el hablante.

En cuanto a la palabra «derecho», si bien no se trata de una expresión metafórica, el problema es más agudo y la lucha más enfurecida. La palabra derecho adolece de una designación con la que todos los actores jurídicos estén en paz. HART describe muy bien esta realidad en *El Concepto del Derecho* señalando precisamente que pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas como la pregunta: *qué es derecho*⁴.

Ante esta realidad in-descriptible⁵ no pretendemos en este trabajo abarcar en su totalidad el tema de las lagunas. Sí pretendemos aportar nuestra perspectiva. Pretendemos seguir tejiendo esta red de opiniones, pues creemos que casi ninguna verdad o –en términos menos pretensivos– casi ninguna solución acertada a los problemas que se plantean en la vida en general (y en el Derecho en particular), es el resultado de una actividad individual aislada. Las soluciones a los problemas, son principalmente producto de la interacción y la deliberación seria entre individuos.

Pretendemos, pues, aportar una perspectiva más sobre el asunto de las lagunas que dé cuenta de una necesaria y valiosa interacción entre dos columnas que

3 Ver en GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo: *Introducción al conocimiento científico*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 50.

4 HART, Herbert L.A.: *El Concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, 2ª edición (reimpresión), editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 1.

5 El motivo de la separación del prefijo *in* de la palabra *descriptible* es que lo utilizamos acá con doble significado. El primer significado: como *negación*. Entonces, queremos decir que describir en su totalidad las teorías sobre las lagunas, es una tarea muy complicada. El segundo significado: como *ir adentro*. En este caso queremos decir que si bien el tema de las lagunas en el derecho podría a priori parecer sólo un problema técnico-metodológico, las controversias suscitadas llevan a un nivel de reflexión que derivan en profundas cuestiones de todo tipo: lógicas, cognoscitivas, ideológicas, políticas y hasta éticas.



constituyen al universo jurídico. Una estática: la estructura normativa del Derecho. Otra dinámica: el aspecto interpretativo y argumentativo del Derecho.

Sobre estas dos columnas señaladas, el problema que planteamos en este espacio tiene que ver con la distinción entre dos actividades diferentes que tiene el juez y que deben ser distinguidas cuando el Derecho se presenta como susceptible de lagunas: a) la de interpretar la existencia o inexistencia de lagunas; b) la de justificar la interpretación de la existencia o inexistencia de lagunas.

Consideramos que el problema que se plantea es importante puesto que la medida en la que sustentado en razones interpretemos la existencia o inexistencia de lagunas determinará la medida de razonabilidad para el momento de colmarlas y, por tanto, para el momento de solucionar los conflictos de intereses de manera consistente y coherente con el Derecho. Por este motivo, la justificación de la interpretación de la existencia de lagunas es un imperativo para el juzgador.

No obstante, aclaramos que no enfocaremos el presente trabajo en los problemas que se suscitan —o las controversias que se generan— alrededor del nivel de discrecionalidad que tiene el juez para resolver casos concretos que presentan lagunas o del modo de colmarlas.

Aclaramos, también, que el significado que en este trabajo estipulamos para la expresión «lagunas en el derecho» es amplio. Incluirá, por tanto, a los problemas semánticos (oscuridad de la ley), normativos (silencio de la ley) y valorativos (insuficiencia de la ley), conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código civil paraguayo (C.c.p.).

La secuencia temática que consideramos adecuada para este trabajo es la siguiente:

En primer lugar, realizaremos, una sucinta descripción de dos concepciones contrapuestas del Derecho: el formalismo jurídico y el realismo jurídico; y su relación con el perfil de juez y con su ámbito de poder. Asimismo, una breve descripción de la teoría de la argumentación como equilibrio entre estas dos maneras de concebir al Derecho.

En segundo lugar, describiremos qué normas se infieren del artículo 6 del Código civil paraguayo (C.c.p.) y mostraremos que el afirmar la existencia o la inexistencia de lagunas ante un caso concreto implica una tarea interpretativa de



parte del juez. Para el desarrollo de esta parte del trabajo nos apoyamos en parte en la tipología de lagunas diseñada por Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN en el riguroso trabajo *Normative Systems*⁶, pues interpretamos que esta tipología se relaciona con las palabras «silencio», «oscuridad» e «insuficiencia» de las leyes, utilizadas por el legislador en el artículo 6 del C.c.p.

En tercer lugar, aduciremos la utilidad de las teorías de la argumentación para sostener que en la medida en la se hagan explícitas la justificaciones de la interpretación de la existencia o inexistencia de lagunas, lograremos un mayor grado de razonabilidad en las decisiones.

2- Tres concepciones del Derecho

2.1 El movimiento codificador y el formalismo jurídico

El movimiento codificador de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX es, en parte, causado por la filosofía iusnaturalista racionalista que apareció en la Edad Moderna la cual sustentó ideológicamente a la Revolución Francesa.

El iusnaturalismo racionalista en el campo del Derecho fue desapareciendo cuando sus principios habían pasado a formar parte del contenido del Derecho positivo. ¿Y esto cómo se explica?

Lo que ocurrió fue que en la Edad Moderna se produjo la concentración del poder en los reyes absolutistas y, éstos, para alimentar esta concentración de poder, utilizaron como herramienta la sanción de nuevas leyes, que fueron sustituyendo al viejo mix de: antiguo Derecho Romano y costumbre de los señores feudales. Entonces, crecieron en excesiva cantidad las leyes dictadas conforme a la voluntad del rey, produciéndose dispersión y dificultad para conocer su contenido. Como antítesis de esta creciente centralización de poder absolutista se fueron gestando ideas libertarias en filósofos y pensadores que desarrollaron un nuevo iusnaturalismo, diferente al medieval de corte teológico. Se trata del iusnaturalismo racionalista, humanista, que propugnaba una emancipación del hombre como ciudadano.

Por tanto, la propuesta racionalista fue sistematizar las leyes en cuerpos normativos⁷.

Así, los valores de corte burgués propugnados por el iusnaturalismo racional

⁶ La lectura para este trabajo la realicé en la versión castellana: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1975.

⁷ La recopilación de leyes también había sido una solución propia de esas épocas, pero estas no contenían el rigor sistemático.



pasaron a informar al derecho positivo en los códigos. Además, fiel al racionalismo que imperó en el pensamiento filosófico de la Europa continental, el ideal era partir de principios evidentes para deducir un sistema de normas análogo al de las matemáticas, pero capaz de aumentar nuestra información sobre lo fáctico. Pues bien, bajo este modelo se crearon los códigos jurídicos.

Por la creencia en estas verdades «absolutas» del iusnaturalismo plasmadas en los códigos, se había sostenido que la *ley* era la única fuente posible de Derecho y que la coordinación, estabilización y racionalización del derecho era susceptible de ser alcanzada sólo por medio de la codificación. Estaban dadas las condiciones para la gestación de la dogmática jurídica.

Bajo este modelo, las corrientes metodológicas imperantes en Europa continental fueron: la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos. La única función permitida al juez era ser boca de la ley. Su actividad se debía circunscribir exclusivamente a *decir el derecho* en el caso concreto mediante un simple silogismo deductivo que partía de premisas normativas dadas por el código⁸. Entonces, bastaba con el manejo de los textos legales y de algunas cuestiones muy básicas de lógica deductiva para estar en condiciones de resolver los casos judiciales. No debía existir espacio para la interpretación del juez.

En coherencia con este modo de pensar, esta corriente metodológica negaba la existencia de defectos del sistema normativo tales como: contradicciones y lagunas. La idea sostenida era que en los códigos estaba previsto *todo* y, además, de manera justa y perfecta.

Un cambio importante en la metodología jurídica constituyó el investigar acerca de la voluntad del legislador para la resolución de los casos judiciales. Apenas aparecido el movimiento codificador esta metodología no tenía cabida dentro del razonamiento judicial, puesto que el legislador era visto como ser imperecedero, omnisciente, coherente, comprensivo y preciso, y –ante estas cualidades– ni siquiera era necesario investigar cuál había sido su voluntad porque se asumía que estaba plasmada de manera cristalina en las palabras de la ley.

No obstante, la experiencia había demostrado que estas cualidades legislativas no se correspondían con la realidad. En muchos casos, apelar sólo a las palabras de la ley resultó insuficiente para el razonamiento judicial. Aparecieron, pues, concepciones sociológicas o funcionales del Derecho que más allá de la simple

8 En el modelo del Derecho continental europeo el silogismo deductivo judicial partía de premisas establecidas por el legislador (la ley) y en el modelo del Derecho anglosajón partía de premisas establecidas por inferencia de los casos paradigmáticos, pero lo que se quiere significar es que el razonamiento se circunscribía en un procedimiento del tipo lógico deductivo.



interpretación literal de las normas prescribieron métodos propios de las ciencias sociales para develar la voluntad del legislador.

A estos modelos metodológicos que hemos descripto hasta aquí se les puede enmarcar dentro del formalismo jurídico que considera al Derecho, principalmente, desde una visión estática, desde su estructura, desde sus normas. El formalismo sostiene que el derecho es pleno (sin lagunas), es coherente y es consistente (sin antinomias).

Para las tesis formalistas los sistemas normativos son cerrados. Basan esta afirmación sobre el postulado de la *plenitud hermética del derecho* según el cual un sistema normativo es cerrado cuando toda acción está determinada deónticamente en él como permitida, prohibida u obligatoria. Para considerar cerrado a todo sistema normativo esta tesis recurre al llamado *principio de prohibición* que enuncia: «todo aquello que no está prohibido, está permitido». Es decir, si una conducta no está regulada explícitamente por el derecho como prohibida significa que esa conducta está implícitamente permitida y como la permisión es también una calificación deóntica de la conducta (por la vía del principio de prohibición), entonces toda conducta está regulada por el Derecho.

Bajo este esquema formalista, el Derecho es visto como algo independiente del intérprete. La interpretación consistía, entonces, en desentrañar el significado, el cual no tenía nada que ver con la idea del intérprete, sino como un hecho real que está fuera de él.

2.2. El realismo jurídico

La cara opuesta... la antítesis de la entera subordinación del juez ante las palabras o la voluntad del legislador, constituye el realismo jurídico (norteamericano y escandinavo) que apareció a comienzos del siglo XX. El realismo intentó cambiar la base racional de la dogmática jurídica por una base propia de las ciencias empíricas y sociales, rechazando la sistematización del derecho.

El realismo muestra, así, un escepticismo –más o menos radical– ante las normas jurídicas. El juez tiene la mayor porción de poder en el Derecho, ya que es el que finalmente lo construye por medio de decisiones subjetivas no impuestas por un legislador externo.

En cuanto a la interpretación judicial, el realismo destaca la importancia de los elementos valorativos mostrando que las normas jurídicas no contienen un peso tan importante para la decisión de los casos judiciales, puesto que las actitudes morales de los jueces se trasladan a sus decisiones y como las actitudes morales son irracionales, esta irracionalidad también se traslada en la decisión.



2.3. Enfoque argumentativo del Derecho

En la segunda mitad del siglo XX, con posterioridad a la segunda guerra mundial, han aparecido teorías del derecho que fueron equilibrando estas dos concepciones del Derecho –formalismo realismo jurídico– que presentan una relación de contrariedad. Es así que conjugan el enfoque estructural y sistemático del derecho hacia una visión dinámica y argumentativa sosteniendo –desde diversas perspectivas como la del razonamiento tópico, retórico o de una lógica operativa⁹– que el problema con el que se tropieza con un modelo de razonamiento exclusivamente formal o con actitud radicalmente racional o radicalmente escéptica al racionalismo, es que se aborda al derecho sin atender a su contenido. En consecuencia, estas teorías delinean un perfil de función judicial que equilibra la simple aplicación automática de la ley, la ciega subordinación a la intención del legislador con la arbitraria (o irracional) interpretación de casos concretos. Según este perfil, el juez debe ante todo ajustar sus decisiones a la razonabilidad y a los valores jurídicos.

Bajo el enfoque argumentativo del Derecho la labor del juez ya no se concentra sólo en la aplicación de las normas, ni tampoco se concentra demasiado en la descripción de las preferencias subjetivas de los intérpretes. Las teorías de la argumentación proponen, ante todo, caminos para lograr decisiones adecuadas, razonables y acordes con el Derecho en relación con los casos que se presentan.

3- La interpretación de la existencia de lagunas

3.1. Las lagunas, un problema contingente

La cuestión de las lagunas es un tema que no pasa por alto las codificaciones actuales. Dependiendo de la rama del Derecho de que se trate, el tema cuenta con modos distintos de resolver el problema.

En el Derecho penal –al menos en el Derecho penal paraguayo–, en virtud al principio de legalidad, no se puede hablar de la existencia de lagunas normativas, pues este principio, como norma, clausura el sistema¹⁰. Si una conducta no tiene

⁹ Sobre el razonamiento tópico, retórico y lógico-operativo en el Derecho, ver ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho (Teorías de la Argumentación Jurídica)*, editorial Palestra, 2º edición, Lima, 2004.

¹⁰ El art. 1 del Código penal paraguayo dispone: «**Principio de legalidad.** Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción».



su correlativo hipotético en una norma que sancione a la misma, implica que esa conducta no está prohibida, lo que, a su vez, implica que esa conducta está permitida¹¹.

Pero en el Derecho privado la cuestión es diferente, pues, es muy común que –en los ordenamientos positivos– no exista una norma que cierre el sistema al modo del Derecho penal. Por el contrario, en muchos códigos de Derecho privado de países que tienen la tradición del Derecho continental europeo, existen normas que reconocen la posibilidad de la presencia de casos que presentan lagunas y aun así imponen al juez a juzgarlos, estableciendo caminos más o menos delimitados para ello.

Este es el caso del art. 6 del Código civil paraguayo, del que se infiere que la cuestión de las lagunas es un problema contingente en el ámbito del Derecho privado, pues reconoce: a) la posibilidad de la existencia de casos concretos sin solución en una regla jurídica prevista por el legislador; b) la posibilidad de casos concretos que presenten problemas de subsunción a raíz de problemas semánticos; c) la posibilidad de que, a pesar de existir una regla que solucione el caso, ésta no prevea una excepción considerada valiosa, por lo que resulta insuficiente o insatisfactoria. Veamos lo que dice el art. 6.

« Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho ».

3.2. Enfoque estructural del art. 6 del Código civil

Este artículo contiene un conjunto de normas cuyos destinatarios directos son los jueces.

En primer lugar, claramente manda a los jueces, y sólo a los jueces, a juzgar

11 A pesar del principio de legalidad en el Derecho penal, creo que haciendo un minucioso análisis entendemos que se podría hablar de la presencia de tipos de lagunas cognoscitivas (como la oscuridad de la ley) y valorativas (lagunas axiológicas, según ALCHOURRÓN y BULYGIN) en el campo del Derecho penal, tema que no es central en el presente trabajo, por lo que no será expuesto.



todos los casos inclusive aquellos que presentan lagunas. Se trata del principio de *inexcusabilidad*, el cual, interdefiniendo deónticamente, lo podemos reformular de la siguiente manera: *está prohibido a los jueces dejar de juzgar los casos que se le presentan*.

En segundo lugar, también prevé otra norma que indica al juez qué caminos seguir —o qué métodos utilizar— para colmar las lagunas. Los caminos previstos son: recurrir al *espíritu de los preceptos del código*, o a la *analogía* o a los *principios* generales del derecho.

Como se ve, además del establecimiento del principio de inexcusabilidad de los jueces para resolver los casos lagunosos, otro de los fines del art. 6 es guiar a los jueces para la solución de los casos en los que el derecho se le revela lagunoso.

En tercer lugar, a partir de la relación lógica de subalternación entre lo «obligatorio» y lo «permitido», es correcto sostener que, por medio del art. 6, se inviste de poderes (o potestades) cruciales a los jueces. Estos poderes son: el de *juzgar* (o resolver) casos y el de *crear* la regla genérica para resolver casos en los que interpreten la presencia de lagunas. Estos dos poderes no son inmunes a serios inconvenientes.

Un inconveniente, el resolver los casos es un poder básico y tradicional de los jueces, pero cuando lo vemos como obligación que viene acompañada de la obligación de fundar las decisiones en Derecho, la cuestión se complica, teniendo en cuenta que, en muchos casos, el juez para colmar lagunas deberá verse en la necesidad de recurrir a criterios no estrictamente jurídicos para fundamentar sus fallos, lo que implicaría que, según algunos ordenamientos de índole procesal, no puedan cumplir con la obligación de juzgar y la obligación de juzgar conforme a Derecho, al mismo tiempo¹².

Por otro lado, el crear reglas genéricas es una potestad anormal dentro del diseño tradicional de división de poderes propio de un estado republicano en: ejecutivo, legislativo y judicial. Como ya se señaló, cuando los códigos modernos fueron concebidos, el papel del juez se circunscribía a ser boca de la ley y se pretendía que resolviera todos los casos por medio de un simple silogismo deductivo sobre la

12 El artículo 15, inc. c) del Código procesal civil paraguayo dispone: «Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: [...] c) resolver siempre según la ley, sin que les sea permitido juzgar el valor intrínseco o la equidad de ella»



premisa mayor que le venía siempre dada por el legislador¹³. Le estaba vedada la función creativa de reglas.

Como si todo esto fuera poco, respecto al poder de crear reglas surgen nuevas cuestiones. Una de ellas radica en determinar cuáles son los límites de actividad legislativa del juez ante un caso lagunoso. Solucionar este problema es responder a las preguntas: cómo debe hacerlo el juez, con qué medios, dentro de qué parámetros o con qué nivel de discreción.

Pero una cuestión previa al asunto de cómo crear (con qué medios, con qué nivel de discreción) la regla jurídica para juzgar el caso, es responder a la pregunta: «cuándo debe el juez hacerlo». Y esto es así porque del primer párrafo del art. 6 se infiere el enunciado normativo condicional del tipo « $p \rightarrow q$ ». Esto es, *si* ante un caso el juez detecta el *silencio*, la *oscuridad* o la *insuficiencia* de la ley (p), *entonces* ($\rightarrow$) el juez *debe crear* una regla para resolver (q). Esta obligación se da en atención al mismo principio de inexcusabilidad.

Entonces, afirmar respecto a un caso concreto el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, derivará como consecuencia en afirmar que existe un deber de crear una regla que lo resuelva. Se ve la importancia. Pero ¿qué implica afirmar p ?

3.3. La interpretación de la existencia de lagunas

En el punto anterior vimos de modo resumido las normas que se deducen del contenido del art. 6 del Código civil.

Una de estas normas, y la que constituye el punto neurálgico de este trabajo es el enunciado normativo de tipo condicional « $p \rightarrow q$ ». Es decir, *si* es el caso del silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (antecedente p), *entonces* ($\rightarrow$) el juez debe crear una regla que resuelva el caso (consecuente q).

En este punto nos enfocamos en los problemas de interpretación para afirmar si se da el antecedente de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si concebimos al Derecho como una realidad que está fuera del intérprete, como el mar o como un árbol, entonces asumiremos sin más que interpretar implicará una correspondencia de lo que piensa el intérprete con la verdad. Pero el Derecho es un fenómeno social, una creación de seres humanos que viven en sociedad... es un instrumento de convivencia. A esto debemos añadir que el lenguaje juega en el

¹³ Ver *ut supra*, punto II.1.



Derecho un papel sumamente importante, y el significado de las palabras también son estipuladas, consciente o inconscientemente, por la mente humana.

De manera que la interpretación en el ámbito del Derecho es una actividad compleja que no es independiente de la perspectiva del intérprete.

En el art. 6 el legislador ha estipulado los casos de «silencio», «oscuridad» e «insuficiencia» de la ley. Son vocablos que presentan dificultades en la interpretación por su importante carga de indeterminación semántica, susceptibles, por tanto, de causar una incertidumbre en el intérprete (juez), respecto a si, ante un caso, debe crear o no una regla jurídica genérica [porque el derecho no contiene una regla al respecto]; interpretar si debe estipular la designación o la denotación de las palabras utilizadas por el legislador en la ley [porque las mismas son vagas o ambiguas en relación al caso]; interpretar si debe crear una regla idónea [porque la existente es insuficiente]. Es decir, colmar lagunas será, por tanto, hablar donde no debió existir vacío sonoro, irradiar luz donde se necesita y rectificar aquello que debió ser de otra manera. Es notable la dificultad.

GUASTINI en un muy interesante trabajo sobre las antinomias y las lagunas sostiene que es el intérprete quien decide si una laguna existe o no existe. Es decir, afirmar la existencia de laguna es una cuestión subjetiva. A ciertos jueces se le revelará el derecho lagunoso y a otros no. Esto deriva, según GUASTINI en que por vía de interpretación el juez puede prevenir lagunas como crearlas.

Muestra técnicas interpretativas para *prevenir* lagunas. Una de estas técnicas sería la *interpretación extensiva*, por la cual se incluyen en el campo de aplicación de una norma supuestos de hecho que según una interpretación literal no estarían comprendidos; otra, la *interpretación evolutiva*, según la cual se adaptan viejos institutos jurídicos a situaciones nuevas que el devenir trajo¹⁴.

Muestra, además, técnicas interpretativas para *crear* lagunas. Una de estas técnicas sería el argumento de la *disociación*, conforme al cual se introduce ocultamente un elemento que el legislador no ha considerado. Otra de las técnicas para crear lagunas sería en este sentido el argumento *a contrario*...

Lo que describe GUASTINI es una verdad que ocurre en los tribunales. Y esto preocupa, pero no por la discrecionalidad judicial o la labor creativa del juez cuando

¹⁴ GUASTINI, Riccardo: *Antinomias y Lagunas*, en Revista Jurídica Anuario, traducción de Miguel Carbonell, p. 437 y ss.



el derecho se revela lagunoso, sino porque son casos críticos que pueden derivar en arbitrariedad judicial, pasando por encima la exigencia de racionalidad explícita.

Entonces, se nos plantea una importante pregunta: ¿existirían criterios racionales que puedan ser utilizados para poder afirmar [el silencio], [la oscuridad], [la insuficiencia] de la ley ante un caso?

4- Tipología de lagunas propuesta por ALCHOURRÓN y BULYGIN

Normative Systems es un riguroso trabajo de ALCHOURRÓN y BULYGIN sobre los sistemas normativos; constituye uno de los intentos más importantes para otorgar criterios racionales a la hora de justificar la interpretación de los casos que presentan lagunas. En él se propone una tipología conforme a la cual las lagunas pueden ser: *normativas, axiológicas, de reconocimiento y de conocimiento*.

Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determina conducta, es decir, no imputa efecto jurídico alguno para ese caso¹⁵.

Para entender el concepto de laguna normativa propuesto por ALCHOURRÓN y BULYGIN debemos precisar que cuando hablan de *caso* lo hacen desde un punto de vista *genérico*, esto es, no aludiendo a algún acontecimiento concreto. Por ejemplo, sería un caso genérico correspondiente al sistema normativo conformado por el conjunto de disposiciones normativas del artículo 671 del Código civil paraguay *la obtención de una ventaja desproporcionada e injustificada mediante la explotación de la inexperiencia de otro*¹⁶; pero no sería un caso la suma de trescientos que Patricio pagó a Fabricio por un fundo rural que valía treinta sin conocer los valores

15 ALCHOURRÓN y BULYGIN: op. cit. p. 49. Asimismo, en razón de que simplifican la construcción técnica previa que realizan ALCHOURRÓN y BULYGIN, haciéndola más sencilla de entender, esta caracterización de lo que es laguna normativa ha sido extraída de MENDONÇA, Daniel en *Análisis constitucional. Una introducción (Cómo hacer cosas con la Constitución)*, editorial Intercontinental, Asunción, 2008, p. 135 y ss.; y de NINO: op. cit., p. 281 y ss.

16 El art. 671 textualmente dispone: « Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste, podrá el lesionado dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario.

El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación ».



de mercado. Este último ejemplo es un caso *individual*¹⁷.

Otra precisión a tener en cuenta es que cuando la definición de laguna normativa alude a un *sistema normativo*, en *Normative Systems* no se refieren a todo el conjunto de normas que integran el Código civil. El concepto de sistema normativo propuesto por ellos alude a un conjunto de normas que enuncian un conjunto de casos (genéricos) relacionados y le imputan efectos jurídicos. Así, por ejemplo, el art. 671 del C.c. es un sistema normativo en el que los *casos* serían: «obtención de una ventaja desproporcionada e injustificada mediante la explotación de la necesidad de otro»; «obtención de una ventaja desproporcionada mediante la explotación de la ligereza de otro»... etc.; y las *soluciones*: «nulidad del contrato»; «modificación equitativa», etc. Es la relación entre casos genéricos la característica primordial de un sistema normativo.

Una *laguna axiológica* existe cuando un sistema normativo sí establece una solución normativa (o efecto jurídico) para un caso constituido a partir de ciertas propiedades y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso pero que debería ser relevante en virtud a ciertas pautas axiológicas¹⁸.

Aquí también es preciso reiterar que cuando aluden a *casos* lo hacen en un sentido genérico. También es importante explicar que una *propiedad* es una circunstancia que puede ser relevante o no. Lógicamente, cuando hablamos de una laguna axiológica, queremos decir que una propiedad es relevante por valiosa y no fue tenida en cuenta por el legislador.

Así también es importante distinguir en cuanto a las lagunas axiológicas que éstas no se dan toda vez que el sistema jurídico prevé una solución injusta o considerada disvaliosa. Imaginémonos que el sistema normativo que constituye el art. 671 del C.c. prevea que se configura la lesión sólo cuando existe una ventaja desproporcionada sin prever la propiedad «injustificada» entonces los casos del sistema quedarían formulados así: «si un contratante obtiene una ventaja desproporcionada explotando la [necesidad], [inexperiencia], [ligereza] de otro, éste podrá obtener la modificación equitativa del contrato». Patricio es el que alega lesión por parte de Fabricio. Pero, resulta que Fabricio vendió a Patricio un fundo a un precio muy superior al precio de mercado, por un motivo importante para él: el fundo rural era una propiedad adquirida por el tatarabuelo de Fabricio que creó un establecimiento ganadero y

17 ALCHOURRÓN y BULYGIN, op. cit., p. 57 y ss.

18 ALCHOURRÓN y BULYGIN: op. cit., p. 157 y ss.



que fue heredado por cinco generaciones. Por lo que el elevado precio tenía como justificativo el apego moral de Fabricio al fundo y, de todas maneras, –haya existido o no inexperiencia en el comprador– nunca lo hubiera vendido a un precio inferior. Entonces, un juez, de acuerdo con ciertos criterios valorativos, puede estimar esta justificación como una propiedad relevante (en sentido prescriptivo) y, por tanto, decide modificar la norma y rechazar la demanda instaurada por Patricio.

Los otros dos tipos de lagunas son problemas empíricos y semánticos de aplicación.

Un juez está ante una *laguna de conocimiento* cuando no tiene toda la información necesaria acerca de los hechos del caso individual y, por este motivo, no puede determinar si el caso se subsume o no en el caso genérico. Existe *laguna de reconocimiento* cuando un juez no puede determinar si un caso individual se subsume o no al caso genérico por un problema de vaguedad o ambigüedad en las palabras utilizadas en el texto legal que definen el caso¹⁹.

Ejemplos. Estaríamos ante una laguna de conocimiento cuando Patricio le demanda a Fabricio la modificación equitativa de contrato alegando lesión en el perfeccionamiento de un contrato de compraventa de un fundo rural. En la etapa probatoria el juez tiene para determinar si el valor de venta es notablemente desproporcionado al valor de mercado, y tiene dos dictámenes periciales aparentemente muy bien fundados pero que arrojan valores muy diferentes, más un tercer dictamen que arroja un resultado intermedio pero que no está bien fundado. Con esta información al juez le es sumamente difícil atribuirle el calificativo de *verdad* a cualquiera de los tres dictámenes y no puede, por tanto, determinar si existió o no *desproporción notable*, siendo esta una propiedad de existencia necesaria para que se configure el acto lesivo.

Estaríamos ante una laguna de reconocimiento si Patricio alega inexperiencia en cuanto a negocios inmobiliarios de compraventa de fundos rurales, fundado en que es extranjero y que, por tanto, no conoce los valores corrientes del mercado local, pero, sin embargo, es un comerciante que sí tiene experiencia en negocios de otro tipo; ¿cabría hablar aquí de «inexperiencia» en el sentido aludido por la norma?, ¿cuál es el significado de la palabra?, ¿cuál es la línea divisoria que nos puede hacer ver que una persona tiene o no tiene experiencia?

Somos del parecer que los tipos de lagunas propuestos por ALCHOURRÓN y BULYGIN se relacionan en las palabras silencio, oscuridad e insuficiencia de las leyes

19 ALCHOURRÓN y BULYGIN: op. cit., p. 61 y ss.



insertas en el art. 6 del C.c. Es más, creo que se inspiraron en el art. 15 del Código civil argentino²⁰ —el cual tiene una redacción parecida al primer párrafo del art. 6 del Código civil paraguayo— para estipular esta tipología. Las *lagunas normativas* denotan, pues, el *silencio* de las leyes; las *lagunas de reconocimiento* denotan a la *oscuridad* de las leyes; nuevamente las *lagunas axiológicas* denotan la *insuficiencia* de las leyes²¹.

Pero esta tipología propuesta por ALCHOURRÓN y BULYGIN no vuelve inmune de problemas de interpretación acerca de si un caso (individual) presenta o no lagunas en el derecho. Veamos la dificultad para interpretar su existencia ante un caso judicial real.

En el caso de las *lagunas de reconocimiento* (oscuridad de la ley), generalmente los jueces afirman sin más que el caso se subsume o no ante un enunciado que presenta un margen de vaguedad o ambigüedad, pero no desarrollan una descripción de las dificultades de interpretación ante un problema de oscuridad (vaguedad o ambigüedad) de las palabras de la ley.

Por ejemplo, en un caso concreto (*Meyer c. Duval*) en el que se reclamaba la modificación equitativa de un contrato invocando el art. 671 del C.c. (lesión enorme) uno de los temas centrales de discusión había sido si un porcentaje de diferencia determinado entre el valor de mercado de un fundo y el valor establecido en el contrato, podía interpretarse o no como *notable desproporción* entre las prestaciones. Uno de los miembros del Tribunal que resolvió el caso en segunda instancia afirmó que:

« [...] una desproporción entre las prestaciones determinada en un 30%, sin cortapisas, no podría ser reputada como una notable desproporción. Es una desproporción, pero no es *notable*. Notable sería si los valores comparados arrojan una diferencia que se aproxima a 100% »²².

Se puede estar de acuerdo o no con la afirmación del miembro del

20 El art. 15 del Código civil argentino dispone: «Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes». La diferencia entre la redacción del Código argentino y el Código paraguayo radica en que en el caso de aquel al legislarse con la expresión “bajo el pretexto de”, pareciera que el legislador quería evitar que los jueces *simulen* una causa para excusarse de juzgar; en este caso, al eliminar la expresión “bajo pretexto de”, el legislador asume a las lagunas como problemas contingentes del sistema.

21 En esta parte se obviará el análisis de las lagunas de conocimiento puesto que tienen que ver con problemas de índole procesal de valoración de prueba.

22 Acuerdo y Sentencia N° 23 del 8 de abril de 2010 dictada por el Tribunal de Apelaciones de la Cuarta Sala de Asunción.



Tribunal pero en el caso se hallaba en una zona de penumbra respecto de la notable desproporción; a pesar de ello en ningún momento se afirmó que se hallaba ante un concepto jurídico indeterminado dando razones de ello en relación con el caso. En nuestra opinión, esto tuvo como consecuencia que no aportó un justificativo que para afirmar que el treinta por ciento no configura una notable desproporción. Muchos casos no presentan problemas. Por ejemplo, si se vende por quinientos algo que valía cinco, creo que no cabrían dudas de que la desproporción entre las contraprestaciones es notable. Si se vende por quinientos algo que valía cuatrocientos noventa tampoco cabrían dudas de que la desproporción entre las contraprestación no es notable. Pero cuando nos vamos acercando a montos intermedios se ingresa en la zona gris, en la zona de penumbra. Siendo la proporcionalidad una cuestión de grados, ¿a partir de qué monto se podría afirmar que existe desproporción entre las contraprestaciones?

Lo que no realizó el Tribunal fue explicar que la propiedad «notable desproporción» es un concepto jurídico indeterminado y que debía ser debidamente interpretado. Es decir, aquí no hubo un razonamiento para el calificativo de propiedad oscura de la ley (y lo era) y, por consiguiente, tampoco hubo un razonamiento para delimitar cuándo existe notable desproporción y cuándo no.

Aclaro nuevamente que se podría estar de acuerdo o no con el criterio del Tribunal, pero siempre que haya interpretación del juez deben existir explícitamente razones que lo apoyen. Afirmar que un caso concreto presenta oscuridad en relación con el texto de la ley, trae como obligación el decir por qué y a su vez, el decir por qué implica la obligación de dar razones de la elección que el juez toma. Es por este motivo que generalmente los jueces evitan mostrar la necesidad de tener que elegir una de entre todas las interpretaciones posibles.

La interpretación respecto de la existencia de las *lagunas axiológicas* (insuficiencia de la ley) va de la mano con la fundamentación de la interpretación de cómo debe ser la regla, porque interpretar qué propiedad relevante no ha sido tomada en cuenta es interpretar que esa propiedad que se considera relevante debe estar en la regla y por el mismo motivo se la introduce y modifica la regla. Es muy poco probable que los jueces en general afirmen que están introduciendo a la regla una propiedad relevante y así ocultan la modificación de la regla que soluciona el caso mediante una interpretación extensiva. Este es un tema que fue discutido entre ATRIA



y BULYGIN en *Lagunas en el derecho*²³. ATRIA afirma:

«Al decidir que el caso es tal que la regla no debe ser aplicada a él (a pesar de que el caso se ajusta a los hechos operativos de esa regla), ¿está 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 a la regla sino adecuando su aplicación»²⁴

A esto Bulygin contesta:

«[...] cuando ATRIA dice que se introduce una excepción, pero no se modifica la norma, incurre en una contradicción, porque *introducir una excepción en una norma es modificarla*. La introducción de una excepción es una norma implica modificar la norma, pues equivale a su derogación parcial. Y tanto la derogación (total o parcial de normas generales existentes, como la promulgación de tales normas son típicos actos de legislación. Por lo tanto, el juez que introduce una excepción en una norma, actúa como legislador, es decir, modifica el derecho»²⁵.

En nuestra opinión BULYGIN tiene razón al señalar la contradicción de ATRIA; es demasiado obvia. Introducir una excepción es introducir una propiedad relevante y esto es alterar el sentido originario de la regla. Que esto valga para todos los otros casos concretos futuros o no es otro cantar, pero para el momento de resolver el caso concreto es interpretar la necesidad de alterar la premisa normativa sobre la que se basará la decisión judicial. Implica, por tanto, crear una regla para resolver el caso.

23 Este libro está escrito también por José Juan MORESO, José L. RODRÍGUEZ, Juan RUIZ MANERO y Pablo NAVARRO (editorial Marcial Pons, Madrid, 2005). Disculpen la digresión pero vale una analogía entre este libro y la interpretación de la música jazz, pues el libro está estructurado al modo de una *jam session*. Una *jam session* se forma cuando en un mismo espacio y tiempo se reúnen dos o más músicos para exponer sus facultades dialectico-musicales creando música en el mismo momento sobre una estructura armónica de un tema musical preestablecido o sobre una estructura armónica también creada en ese mismo tiempo y lugar. En la *jam session* los músicos improvisan por turno sobre el mismo patrón y las improvisaciones son alimentadas a su vez por los demás músicos que van acompañando. Como quiera que sea la *jam session* tiene como característica principal una suerte de esfuerzo dialéctico que se va creando de manera más o menos espontánea y sobre una misma estructura. El patrón (o hilo conductor) en el caso del libro es el tema de las lagunas y también temas consecuentes a éste como ser: la función jurisdiccional, la discrecionalidad, las motivaciones de las sentencias, el papel que juegan las reglas y los principios e inclusive el papel que juega el positivismo jurídico. Estos temas fueron analizados y discutidos por todos los que escribieron cada capítulo, pero la particularidad es que el debate se da entre ellos mismos.

24 ATRIA y vv.aa.: op. cit., p. 47 y ss.

25 ATRIA y vv.aa.: op. cit., p. 74 y ss.



En relación con las lagunas axiológicas GUASTINI sostiene que el intérprete puede crear lagunas axiológicas por medio de la técnica de la disociación, la cual es algo parecido al *distinguishing* de los jueces del *comon law*. La técnica, dice GUASTINI, consiste en una interpretación restrictiva por la que se introducen distinciones nuevas no realizadas por el legislador descomponiendo la clase de los supuestos previstos en el texto de la norma en dos o más subclases con el intento de sugerir que esas subclases (descompuestas por el intérprete) al ser diferentes deben tener consecuencias jurídicas también diferentes²⁶.

Es lo que ocurrió en el caso *Meyer c. Duval*. En última instancia, la Corte Suprema de Justicia había introducido alguna distinción en el texto del art. 671 del C.c. introduciendo subclases y, por tanto, modificando la solución de la norma. El citado artículo dispone que ante la existencia de lesión, el lesionado puede: *demandar la nulidad del contrato* [o] su *modificación equitativa*. La Corte entendió que si bien el lesionado puede demandar la nulidad o la modificación, es facultad exclusiva del demandado aceptar la modificación o no y si no la acepta la demanda de modificación debe ser rechazada.

«[...] si bien el actor puede pedir la nulidad o la modificación del convenio, es facultad exclusiva del demandado aceptar la modificación o no. Es decir, a falta de una norma que expresamente imponga al demandado el deber de aceptar formar parte de una relación contractual en términos distintos a los previstos por las partes en la creación del vínculo, el magistrado no puede compeler al contratante a aceptar la modificación de uno de los elementos esenciales del acuerdo y constreñirlo a someterse a una relación no querida [...] Recordemos antes lo ya dicho respecto del art. 671 del Cód. Civ. Dicho artículo no prevé la condena lisa y llana a contratar, sino que es el demandado quien puede evitar la nulidad ofreciendo la modificación equitativa de contrato o recomposición de la relación contractual. Si tal ofrecimiento no se produce, el juez no puede pronunciarse en tal sentido. Si lo hiciere, esa conducta configura ni más ni menos una derogación del principio fundamental de todo el régimen contractual del Cód. Civ., que es el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 715 del Cód. Civ.»

26 GUASTINI, Riccardo: Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas axiológicas e Interpretación, en *Doxa* (Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 31 (2008), p. 143 y ss.



Con este criterio la Corte introdujo una distinción o subclase respecto a la pretensión de la modificación equitativa de contrato y modificó la norma que dice: «si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste, *podrá el lesionado dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa*» (las cursivas son mías), añadiéndole una solución diferente para una distinción creada por el juez en el siguiente sentido: «*pero si el demandado al contestar la demanda no acepta la modificación equitativa del contrato, el juez deberá rechazar la demanda*».

Pretendo demostrar cómo la Corte decidió la *derrotabilidad* de una norma invocando el principio de autonomía de la voluntad, introduciendo una variante que derogó parcialmente al art. 671 del C.c. La actitud que sí habría que destacar como positiva es que, a diferencia de lo que ocurrió con el miembro del Tribunal en segunda instancia para resolver la notable desproporción, se dieron razones para causar la derrota parcial de la norma.

En lo que concierne a las *lagunas normativas* (silencio de la ley), importante es recordar que conforme a la propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN, estas lagunas son inferidas de microsistemas normativos, esto es así puesto que el sistema al que aluden para afirmar la existencia de lagunas está conformado por un conjunto de normas que enuncian un conjunto de casos (genéricos) relacionados y le imputan efectos jurídicos. El ejemplo que utilizan es sumamente gráfico. El sistema jurídico con el que se manejan está conformado por los artículos 2777 y 2778 del Código civil argentino que regulan a la *reivindicación*, de los cuales se infiere, mediante la exposición de todos los posibles casos que se pueden presentar a partir del universo de propiedades que aparecen en los artículos, que existen algunos que no están contemplados²⁷. Por tanto, como lo describe MORESO, las lagunas normativas serían tales, pero relacionadas a un determinado universo de casos delimitado por el microsistema²⁸.

Desde esta perspectiva, el aporte de este tipo de lagunas es valioso, porque así las lagunas en teoría podrían ser identificadas sin la presencia de un caso concreto y, además, como se trata de todas las combinaciones de propiedades consideradas por el legislador como relevantes, la falta de la previsión de una combinación casi siempre nos llevará a concluir que el caso debía estar previsto, sin, aparentemente, la

²⁷ ALCHOURRÓN y BULYGIN: op. cit., p. 45 y ss.

²⁸ ATRIA y vv.aa.: op. cit., p. 193 y ss.



necesidad de demasiada deliberación para interpretar la existencia de lagunas. Podría pensarse así que se pueden identificar todos los casos –de este tipo de lagunas– que presenta un ordenamiento jurídico, esto facilitaría considerablemente el trabajo justificativo para afirmar que existe silencio de la ley cuando no debería existir.

Pero la interpretación de lagunas normativas ¿es sólo una cuestión de lógica de los sistemas normativos? GUASTINI al respecto señala que ni siquiera las lagunas normativas se pueden independizar de la subjetividad del intérprete. Según GUASTINI, conforme a alguna interpretación determinada, una laguna normativa desaparece para dar lugar a una laguna axiológica²⁹.

Además, de lo señalado por GUASTINI, la realidad es más compleja y el concepto de lagunas normativas estipulado por ALCHOURRÓN y BULYGIN no agota todas las posibilidades de *silencio de la ley* con el que un juez se puede encontrar en los casos concretos. Esta expresión es más amplia. El mismo BULYGIN en *Lagunas en el derecho* plantea la pregunta sobre qué ocurre con las conductas no reguladas que no constituyen lagunas normativas³⁰, con lo cual se refiere a otros casos que no forman parte de la tipología expuesta conjuntamente con ALCHOURRÓN en *Normative Systems*. Ante estos *silencios de la ley*, afirmar la existencia de laguna implicará distinguir entre: casos que *no están* regulados por una ley pero que *deben estarlo* y casos que no están regulados por la ley y que *no deberían estarlo*. Y esto nuevamente tiene que ver con una *valoración* que dependerá de la voluntad del intérprete.

Entonces, la propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN tampoco anula la posibilidad de que la interpretación de la existencia o no de las lagunas en el Derecho dependa de la perspectiva del intérprete.

5- Justificar la interpretación de la existencia de lagunas

Venimos sosteniendo que la interpretación de la existencia de lagunas es una actividad que implica un importante ingrediente subjetivo. Esto podría llevar a sostener que constatar su existencia es, finalmente, una operación que no puede anular las preferencias personales del intérprete. Esto es una realidad, pero no implica que la teoría del Derecho se quede en esta descripción sin procurar aminorar el grado de indeterminación de lagunas y buscar soluciones satisfactorias y coherentes con los valores a los que aspira un Estado de Derecho.

²⁹ GUASTINI: op. cit. p. 150.

³⁰ ATRIA y vv.aa.: op. cit., p. 83.



¿Cómo aminoramos la subjetividad en estos problemas de interpretación en el campo de las lagunas? No se trata de encontrar respuestas en el formalismo jurídico con la aplicación de normas de clausura del tipo: «todo aquello que no está prohibido está permitido», tal como lo sostenía Kelsen. Ya nadie se podría animar a defender esta norma, pues tampoco ha resuelto de manera satisfactoria los conflictos de intereses que se presentan ante los jueces para ser resueltos.

Una herramienta necesaria que da cuenta de la obligación de buscar decisiones satisfactorias es la teoría estándar de la argumentación jurídica que encuentra un punto de equilibrio entre el excesivo formalismo y el escepticismo radical.

La teoría de la argumentación jurídica ha volcado el interés del razonamiento jurídico al aspecto justificativo de sus conclusiones, decisiones o resolución de conflictos. Justificar es proferir razones satisfactorias.

Entonces, ¿qué tipos de razonamientos serán pertinentes? Bosquejemos algunas propuestas que estimamos que ayudarán a resolver esta cuestión.

En primer lugar, debemos realizar una distinción entre dos tipos de razonamiento: el razonamiento teórico del razonamiento práctico.

El *razonamiento teórico* es aquel que está dirigido a conocer la realidad; es descriptivo, pues muestra y explica las causas de un fenómeno humano, social o de la naturaleza.

El *razonamiento práctico* está dirigido a fundar lo valioso o disvalioso de una acción o de un curso de acción, o a establecer —a partir de lo valioso o disvalioso— una acción como debida, obligatoria o permitida³¹.

Cuando explicamos las causas ideológicas o psicológicas que tuvo un juez para entender el sentido de una decisión adoptada por él, nos estamos moviendo en el campo del razonamiento teórico. Pero si realizamos una crítica de las razones que llevaron al mismo juez a tomar la decisión en un sentido equis y, además, sostenemos que una decisión correcta hubiera sido otra acorde con un principio jurídico de rango constitucional, nos estamos moviendo en el campo del razonamiento práctico.

A su vez, en cuanto al razonamiento práctico, caben dos vertientes que pueden

31 ATIENZA, Manuel: *El Derecho como argumentación*, editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 2007, p. 197 y ss.



ser distinguidas. Cuando sostenemos que: si se llevan a cabo ciertas decisiones, se podrán conseguir determinados fines considerados valiosos, estamos aduciendo razones prácticas en sentido *instrumental*. Cuando pretendemos fundar una acción o un curso de acciones en determinadas normas o valores, aducimos razones prácticas en sentido estrictamente *justificativo*.

Ejemplos. Si en el ámbito legislativo se sostiene que es necesario regular la promoción de un programa nutricional para alumnos de escasos recursos para así conseguir que la calidad del aprendizaje se aumente en todos los niveles, se estará en el plano del razonamiento práctico instrumental. Si se sostiene que es necesaria la regulación de los programas nutricionales para alumnos de escasos recursos en virtud a lo dispuesto en el principio directriz de la responsabilidad educativa del Estado consagrada en el art. 75 de la Constitución paraguaya, estamos ante un razonamiento práctico justificativo (en sentido estricto).

Para la afirmación de la existencia de lagunas, entendemos que pueden aducirse tanto razones teóricas como razones prácticas, y, respecto de éstas, razones instrumentales y razones justificativas en sentido estricto.

En segundo lugar, para afirmar la existencia de lagunas, el razonamiento debe realizarse enfocado en el caso concreto, esto es, en el conflicto de intereses que requiere solución.

De manera que el juez debe razonar por medio de una reflexión interpretativa entre el caso concreto, el ordenamiento jurídico y el deber ser de consistencia y coherencia de las decisiones judiciales atendiendo a las consecuencias, la consistencia, la coherencia y ponderando sobre los principios.

Si bien el tipo razonamiento legislativo y judicial se hacen similares cuando el caso se revela lagunoso, consideramos importante advertir esta distinción: en el ámbito legislativo, la deliberación acerca de la conveniencia o inconveniencia, pertinencia o impertinencia de regulación jurídica, es realizada sobre la base de problemas que se presentan en la sociedad de una manera general y más o menos difusa; mientras que en el ámbito judicial, la deliberación acerca de que el derecho debe (o no) contener una regla, debe ser realizada enfocado en un caso concreto, atendiendo a sus particularidades y aristas.

En tercer lugar, si bien el problema de las lagunas importa distinguir las dos preguntas señaladas ya en la introducción de este trabajo (cuándo existen y



cómo colmo), en algunos casos responder al cuándo implicará responder al cómo (o viceversa), en otros casos las razones deberán ser distintas.

En lo que respecta a los problemas de oscuridad de la ley debemos realizar una distinción entre dos problemas típicos que se presentan, principalmente, en el lenguaje natural y, en menor medida –pero también se presentan–, en el lenguaje técnico. Los problemas son la ambigüedad y la vaguedad. Una palabra (o una expresión) presenta vaguedad cuando existe falta de precisión en su designación, es decir, cuando hay casos reales cuya aplicabilidad es dudosa. Por ejemplo, la propiedad «notable desproporción de las prestaciones» del art. 671 del C.c. que señalamos más arriba presenta una *notable* vaguedad. Una palabra (o una expresión) es ambigua cuando tiene dos o más significados, por ejemplo, la palabra *lagunas*.

Afirmar tanto la ambigüedad como la vaguedad que revela al Derecho como lagunoso implica principalmente la realización de un razonamiento teórico, es decir, descriptivo. Ahora bien, el juez puede también encontrar diversos significados que caben respecto a una misma palabra o expresión de la ley, pero, si de esas posibilidades se verifica que existen algunos posibles sentidos que llevan a decisiones absurdas, la situación no podrá ser considerada como oscuridad de la ley, lo que implica también una dosis de razonamiento práctico.

En el caso de las lagunas normativas, la afirmación del silencio de la ley deberá ser también descriptiva, pues consistirá en demostrar qué combinación de propiedades no ha sido prevista por el legislador.

Ahora bien, para afirmar la existencia de lagunas axiológicas, el razonamiento deberá ser teórico y, en gran medida, práctico. Es teórico porque se deberá mostrar cómo una propiedad relevante no ha sido tenida en cuenta como excepción para una regla, lo que implica un razonamiento descriptivo. Pero es práctico en la medida que la afirmación de una propiedad como relevante implica hacer un juicio de valor sobre la necesidad de su presencia en una regla, y esto no es más que argumentar sobre el *debe ser* del derecho.

Por último, respecto de los casos que revelan al derecho como lagunoso pero que no constituyen lagunas normativas en el sentido caracterizado por ALCHOURRÓN y BULYGIN, también presentan la necesidad de moverse en el campo del razonamiento teórico y del razonamiento práctico. Un juez para crear una regla deberá describir que ella no se halla presente en el ordenamiento jurídico, pero también deberá sostener que el caso concreto amerita que tenga una solución en una regla jurídica.



Decíamos que la teoría estándar de la argumentación jurídica es un punto de equilibrio entre el relativismo (o escepticismo) interpretativo y el formalismo extremo, y propone esquemas de razonamiento a partir de los cuales se puede afirmar o calificar como racional una decisión tomada por un juez. Esto no quiere decir que las teorías de la argumentación afirman que existe una, y sólo una, respuesta correcta para cada caso judicial que se presenta.

Es por este motivo que consideramos un imperativo el justificar expresamente la interpretación de la existencia de lagunas.

6- Conclusión

Recapitulamos los puntos centrales del presente trabajo conforme a lo siguiente:

Primero, el problema que planteamos en el trabajo ha tenido que ver con los aspectos interpretativos para la afirmación de la existencia de lagunas en el Derecho y de cómo ésta, a su vez, tiene que ver con un aspecto subjetivo del intérprete (juez) y cómo toda interpretación debe estar apoyada en una adecuada justificación.

Segundo, la cuestión de las lagunas en el Derecho privado están reguladas en el artículo 6 del Código civil paraguayo, del que se extraen varias normas. Una de ellas es un enunciado de tipo normativo condicional que dispone: si el juez constata el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, entonces debe crear una norma para resolver el caso.

Tercero, es un problema interpretativo determinar cuándo se constata el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (antecedente). Estos son vocablos jurídicos indeterminados que requieren algunas delimitaciones y pareciera ser que la existencia o inexistencia de lagunas dependen siempre de una interpretación subjetiva del juez.

Cuarto, una propuesta para delimitar la interpretación de las lagunas en el Derecho es la tipología que ofrecen ALCHOURRÓN y BULYGIN, pero esta no anula la posibilidad de que existan valoraciones subjetivas para prevenir e inclusive crear lagunas.

Quinto, ante las posibilidades de interpretaciones subjetivas, existe la



posibilidad de rayar las decisiones jurídicas en arbitrariedad. Las propuestas de la concepción del derecho como una práctica social, por medio de las teorías de la argumentación son necesaria para lograr un equilibrio entre el excesivo formalismo o el excesivo escepticismo para la interpretación de la existencia de las lagunas en el Derecho.



Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias Jurídicas y Sociales*, 1º edición, 5º reimpresión (2006), editorial Astrea, Buenos Aires, 1975.
- ATIENZA, Manuel:
 - *El Derecho como Argumentación*, editorial Ariel, 1º edición, 2º reimpresión (2007), Barcelona, 2007.
 - *El sentido del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 2001.
 - *Las razones del Derecho (Teorías de la Argumentación Jurídica)*, editorial Palestra, 2º edición, Lima, 2004.
- ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio; MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; RUIZ MANERO, Juan: *Lagunas en el Derecho (Una controversia sobre el Derecho y la función judicial)*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- CARRIO, Genaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, editorial Lexis Nexis (Abeledo-Perrot), 5º edición, Buenos Aires, 2006.
- ECHAVE, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, María Eugenia: *Lógica, Proposición y Norma*, editorial Astrea, 1º edición, 6º reimpresión (2002), Astrea, 1980.
- GUASTINI, Riccardo:
 - *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas axiológicas, e Interpretación*, en revista Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 31, 2008.
 - *Antinomias y Lagunas*, en Revista Jurídica Anuario, traducción de Miguel Carbonell.
- GUIBOURG, Ricardo A.: *Derecho, sistema y realidad*, editorial Astrea, 1º edición, 2º reimpresión (2010), Buenos Aires, 1986.
- HART, Herbert L.A.: *El Concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, 2ª edición, reimpresión (2004), editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.



- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, editorial Ariel, 4º edición, Barcelona, 1980.
- MENDONCA, Daniel: *Análisis constitucional. Una introducción*, editorial Intercontinental, 1º edición, Asunción, 2008.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: *Una filosofía del Derecho en modelos Históricos*, editorial Trotta, Madrid, 2002.
- NINO, Carlos: *Introducción al análisis del derecho*, 2º edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- SEARLE, John R.: *Mente, Lenguaje y Sociedad (La filosofía en el mundo real)*, traducción Jesús Alboréz, 1º edición, 1º reimpresión (2004), editorial Alianza, Madrid, 2001.