

¿Los jueces deben dictar sentencia *siempre*?

POR GUILLERMO G. PEÑALVA (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Un poco de historia referida al *non liquet*.- III. Diversos modelos de formulación del *non liquet*.- IV. Breve referencia nuestra legislación.- V. Obstáculos y posibilidades que surgen de diferenciar “*pretexto*” de “*excusa*”.- VI. La ineluctable imprecisión del lenguaje.- VII. ¿Qué hacer, entonces? (Algunas conclusiones).- VIII. Referencias.

Resumen: el principio de inexcusabilidad exige que los jueces —a pesar del posible silencio, la oscuridad o la insuficiencia de las leyes—, dicten siempre una sentencia que resuelva la cuestión que les haya sido propuesta. Este artículo pretende investigar si tal deber debe ser matizado con la consideración de otras cuestiones. Las que aquí se plantean (que no han de ser las únicas, pero que alcanzan para señalar las omisiones incurridas en el tratamiento del tema) parten de una aclaración lingüística y derivan hacia la imprecisión que puede afectar a las normas y, con ello, hacia cuestiones sistémicas de interpretación. Todo esto no tiene más pretensión que mostrar que el principio de inexcusabilidad debe ser más escrupulosamente considerado y anticipar que los resultados que puedan obtenerse serán de influencia sobre temas tales como la posibilidad de que los jueces dicten normas, las características de coherencia, consistencia y completitud de los sistemas jurídicos, o el ejercicio de la discrecionalidad.

Palabras claves: deber de los jueces - inexcusabilidad - “pretextar”/“excusar” - imprecisiones - discrecionalidad

Should judges pass sentence always?

Abstract: *the principle of inexcusability requires that judges —regardless of the potential silence, obscurity, or insufficiency of the laws— always issue a judgment that resolves the issue that has been brought before them. This article intends to investigate whether such duty should be eased after considering other issues. The issues raised here (which are not the only ones, but which are sufficient to point out the omissions*

(*) Prof. Titular ordinario de Introducción al Derecho, Cátedra I, Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Abogado. Ex Relator de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Ex Consejero Académico en el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Máster en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca.

incurred when addressing the matter) begin with a linguistic clarification and derive towards the imprecision that may affect the rules and, with it, towards systemic questions of interpretation. All this aims to show that the principle of inexcusability must be more scrupulously considered and to anticipate that the results that may be obtained will influence issues such as the possibility for judges to issue rulings; the characteristics of coherence, consistency, and completeness of legal systems; or the exercise of discretion.

Keywords: *Judges' duties - inexcusability - "pretext"/ "excuse" - imprecisions - discretion*

I. Introducción (y algunas advertencias)

El título de estas líneas puede parecer provocador. La razón es simple: quiere serlo.

Es que —en esto que sigue— quiero poner, sino en tela de juicio, al menos en debate, una cuestión que se ha dado por sentada desde hace mucho y que, mirada con cierto detenimiento, ofrece algunas aristas controversiales que llaman a la reflexión, que provocan perplejidades, o que son, simplemente, curiosas. Se trata de la obligación que pesa sobre los jueces de resolver (de dictar sentencia, en la etapa procesal pertinente, desde luego) todos aquellos casos que sean de su competencia y en los que hayan debido entender. A tal obligación se la conoce como principio de inexcusabilidad, o prohibición de *non liquet*, y puede ser sucintamente expresada diciendo que los jueces han de resolver toda cuestión que les sea sometida dictando una sentencia que sea razonablemente fundada (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación —CCiv. y Com.—) y, a la vez, derivación razonada del derecho vigente, con sujeción a las circunstancias comprobadas de la causa (1) (doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina —CSJN—).

Precisando lo anterior: me voy a ocupar de la obligación de dictar sentencia, pero con algunos límites: no me voy a extender sobre la condición de 'derivación razonada del derecho vigente' de los pronunciamientos judiciales, ni me ocuparé tampoco de la potencial violación de principios tales como los de acceso a la justicia, debido proceso y defensa en juicio (es decir, no he de ingresar en lo que es conocido como 'control de logicidad' (2) de los pronunciamientos). En vez de

(1) Probablemente, el último pronunciamiento del máximo tribunal del año pasado (2024), señalando esta exigencia, sea en la causa "Soto"; 27-01-2023/RH1, del 27-12-2024. El desconocimiento de este deber se considera una infracción a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, principios constitucionalmente amparados.

(2) No he encontrado otro autor que no sea Olsen Ghirardi (*El control de logicidad de la jurisprudencia en la Suprema Corte de la Nación*. Advocatus Ediciones. Córdoba. 2008) que utilice esta

eso, como anticipé, voy a dedicarme a la pura exigencia de dictar sentencia que, sin otro aditamento, recae sobre los jueces. Es que hay algunos aspectos de esa obligación que imponen no solo repensarla, sino también plantear algunas alternativas que suavicen o desactiven el dogma que le es inherente, y que lo hace difícil de digerir por los teóricos y más difícil de llevar a la práctica por los destinatarios del mandato. Es decir, he de exponer algunas razones para redimensionar la prohibición de *non liquet*, perfilar mejor sus alcances y analizar posibles casos de excepción (o derrotabilidad), intentando proyectar los matices que anuncia al enfatizado “*siempre*” del título.

Para ello me ocuparé en primer lugar de una breve introducción histórica del tema (introducción que no tiene grandes pretensiones de exactitud o minuciosidad), para luego ver algunos modelos según los cuales es formulada la prohibición y los sentidos posibles que arroja la interpretación gramatical de las diversas fórmulas, y las muy diferentes consecuencias que de ellos se acarrearán. Pasaré luego a considerar cómo esa exigencia es recogida en nuestra legislación y a señalar algunos problemas que se revelan ante esta mirada más inquisitiva —o menos conformista—. Con todo ese bagaje, volveré sobre el sentido original de la prohibición, los textos normativos que la expresan y los alcances que, en uso del sentido común, es lícitos atribuirles, y los casos que advierten sobre una posible derrota del principio.

No está demás refinar parte de lo anterior: llevada a cabo una interpretación literal de los textos legales implicados, y advertidos sobre sus diversos sentidos, inmediatamente aparecerán corolarios discrepantes entre sí, y ello puede enfrentarnos a cuestiones de inconsistencias entre reglas, de imprecisiones difícilmente solucionables, o de vacíos normativos de variada índole, todo lo cual requiere de soluciones que, en ningún caso, resultan fáciles de obtener.

Cabe otra aclaración: circunvalando el principio de inexcusabilidad habitualmente consagrado en el derecho de fondo, aparece siempre la cuestión de la excusación de los jueces prevista en el derecho procesal. Es conocido que los jueces pueden excusarse al momento en que el litigio le es presentado y al advertir que podría verse afectada su objetividad o imparcialidad en razón de, por ejemplo, lazos de familia con las partes o sus letrados, amistad o enemistad reconocidas, haber emitido opinión previa sobre el caso, por existir otras causas que impongan su abstención fundadas en motivos graves de decoro o delicadeza y, en fin, otras causales que aparecen en las leyes procesales. Sin embargo, no hay normas que indiquen con alguna precisión la oportunidad procesal en que deben hacerlo, ya

terminología. Tal vez no sea, semánticamente, la mejor designación, pero es largamente ilustrativa de lo que se quiere decir.

que eso casi siempre dependerá de la naturaleza de la causal. Vagamente se advierte que la excusación debe ser esgrimida inmediatamente después de conocerse la causal, lo que es de sentido común, pero poco aporta a identificar el tiempo que le es propio. Lo que seguramente no puede admitirse en ningún caso es que el juez se excuse recién cuando le llega el momento de dictar sentencia.

Claro que me ocupo fundamentalmente de lo que ocurre en nuestro derecho (aunque, *mutatis mutandis*, lo que digo pueda ser extendido a otros órdenes jurídicos) por la particular redacción que se diera al artículo 16 del Código Civil (hoy derogado), o al vigente artículo 273, primer párrafo, del Código Penal. Pero debe considerarse (y aquí otra advertencia) que el derecho penal se regula a partir de principios tan particulares y tan estrictos (el principio de legalidad, o el de inocencia, por ejemplo) que algunos señalamientos que aquí se hagan probablemente tengan como excepción esa rama del derecho, o puede que aparezca algún término que tenga un significado algo diferente. El artículo 1° del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, entre otras cosas significativas, indica que “En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado”. Que la duda indique al juez el sentido de la decisión que debe tomar no ocurre en otras ramas del derecho. De ahí que cuanto desarrollo en adelante esté prioritariamente dirigido a las ramas no represivas de lo jurídico, aunque algunos ecos de ello puedan llegar a lo penal.

II. Un poco de historia referida al *non liquet*

La expresión ‘*non liquet*’ podría traducirse como ‘no está claro’. El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico nos dice, con cita de Paulo (Digesto 42, 1, 36), que la expresión ‘*iurare rem sibi non liquere*’ equivale a ‘*jurar que no está claro para el juez o árbitro lo que debe decidir*’, admitiendo formas abreviadas como ‘*non liquet* y *non liquere*’ (3). La traducción, me parece, es suficientemente ilustrativa: el juez romano que, al momento de dictar sentencia, se encontraba ante un valla-dar que le impedía conocer con precisión el sentido de la norma a aplicar, o que hallaba varios preceptos con sentidos diferentes o contradictorios, o que no encontraba norma que pudiera contemplar el hecho a juzgar, se hallaba justificado para, previo juramento, eximirse de sentenciar.

Aunque hoy nos parezca inimaginable, los jueces, tanto en la época del derecho romano y como hasta bien entrada la Edad Moderna, podían negarse a dictar

(3) Una observación lateral: debemos a los romanos tanto la fórmula para dispensar la exigencia de juzgar, como aquella otra que declara sin exclusión de la soberbia que *iuranovit curia* (o, como quería Sentís Melendo, *iusnovit curia*), según la cual el juez conoce el brocárdico cuya titularidad generalmente se atribuye a Ulpiano. Lo curioso es que las fórmulas parecen contraponerse mutuamente.

una sentencia si el asunto sobre el que debían entender escapaba a su comprensión y desafiaba su capacidad de decisión. Esta potestad de auto dispensarse de su facultad-deber de juzgar y de absolverse de solucionar la contienda, se justificaba remitiendo al *non liquet* romano, e hizo que durante largos períodos históricos imperara el principio de la excusabilidad. Ello no era extraño. Durante la última parte del medioevo y aún durante modernidad (4), cuando se reunía en los reyes la potestad de legislar y también la de aplicar las leyes (siendo últimos jueces), el *non liquet* vino a reforzar la ideología imperante: si un juez no podía elucidar con claridad el sentido de la ley (o los hechos de la causa) entonces estaba bien que remitiera la cuestión al propio rey, para que fuera este, en su condición de dador de leyes, intérprete máximo de las mismas y juez supremo en su aplicación, quien identificara la regla de la que valerse, o creara una nueva para el caso, o, en definitiva, ejerciera el omnímodo poder real según mejor se le antojara. La solución proveniente del soberano podía ser una interpretación voluntarista de algún *usus*, o el dictado una nueva ley que regulara el caso —la que, evidentemente, no habría servido como guía de la conducta a juzgarse—, o la simple arbitrariedad. Ninguna de esas soluciones —al menos, vista con nuestros ojos actuales— sería buena, pero cualquiera serviría para fortalecer el poder central de las monarquías absolutas (como en el caso de la de la Francia de los Luises, o en la España de la época de las Partidas, según se ve en la nota de Vélez Sarsfield al artículo 16 de su código) (5).

Con el advenimiento de la ilustración se provocan grandes cambios políticos y sociales. La lucha contra el absolutismo (Locke), la idea de un contrato social (Rousseau, entre muchos), una ética con un sentido eminentemente filosófico (Kant), metodologías científicas de base empirista (con, por ejemplo, Hume), la separación de la iglesia y el estado (requerimiento de Voltaire para avalar la tolerancia religiosa), se coronan con el diseño de un modelo de estado conformado por tres poderes, cada uno de ellos con funciones claramente definidas (Montesquieu). En esa división de poderes se hace recaer en el Legislativo la tarea del dictar las leyes, descontando que las mismas han de ser producto de la razón y vendrán dotadas de la legitimidad de que las provee su base popular. Por su parte, al judicial le corresponde exclusivamente la aplicación de tales leyes —y nunca su creación—, sin nada que agregar a las mismas, porque de esa forma queda garantizada la objetividad y la imparcialidad de los jueces que lo integran.

(4) Antes, durante la Alta Edad Media, las dudas eran solventadas mediante la ordalía o juicio de Dios.

(5) En la referida nota Vélez cita como antecedentes -y como guía de interpretación- al artículo 7 del Código de Austria, el Digesto y las Partidas, sobre todo donde éstas *ordenan que, no pudiendo el juez salir de la duda, de hecho o de derecho, remita la causa al Soberano para que la decida.*

La Revolución francesa, como se sabe, intentó concretar todos estos ideales. Y, por supuesto, ello acarreó profundas renovaciones tanto en lo social como en lo político y lo jurídico, cambios que, a su vez, provocaron repercusiones en las artes, la tecnología, la industria y la economía. Pero, claro está, donde hay renovaciones de tamaña profundidad, no tardan en aparecer conflictos sociales, económicos, políticos y jurídicos de la misma profundidad, calibre, peso o trascendencia.

De todo ese fárrago, la cuestión que hoy me interesa pasa por el hecho de que la Asamblea (aquel órgano que encarnaba al poder legislativo y en la que residía el poder popular), intentó cumplir su parte: dar las leyes que consagrarán los ideales de libertad, igualdad y fraternidad, y que ampararan los derechos de los hombres y los ciudadanos (6). Esto, sin embargo, no afectó —al menos, inicialmente— la idea de la excusabilidad. La ley francesa sobre la organización judicial (de agosto de 1790) impedía a los jueces dictar reglas generales, debiendo, en caso de no poder resolver una causa, acudir al cuerpo legislativo para que este diera la debida interpretación de una ley existente, o para que se dictara una ley nueva tocante al caso. Quedaba así instaurado el mecanismo conocido como *référé législatif* (o *référéau législateur*), según el cual el juez podía, ante lo que hoy llamaríamos *casos difíciles*, dictaminar el *non liquet* y remitir la causa al legislador para él resolviera (7). De ello, como consecuencia no explícita —pero sí buscada— se extrae la tesis de que la tarea del juez es pasiva y mecánica, y consiste en aplicar las consecuencias jurídicas establecidas en las normas en cuanto aprecie que se ha producido la situación fáctica fijada como condición.

Esta forma de *bill* de indemnidad a favor de los magistrados (que les permitía desligarse de su obligación primaria) provocó que se apelara a ella recurrente y abusivamente, disfrazando lo que de verdad ocurría: los más de los jueces —claramente partidarios del *L'Ancien Régime*— intentaban socavar la autoridad del legislador —considerado, al fin y al cabo, un advenedizo—, aduciendo que las normas que había dictado, en tanto fueran reflejo de los ideales revolucionarios, no resultaban lo suficientemente claras, lo que les impedía impartir justicia y les imponía referir los asuntos a las oficinas de la Casación (8). Para ello se amparaban en un

(6) Al decir de Eugenio Bulygin, podía distinguirse en la Francia de aquel momento dos tipos de poderes: un poder político (residente en el legislativo) y un poder técnico, encarnado en los jueces y magistrados del poder judicial. (cf. (2003). Los jueces ¿crean derecho. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 18, abril).

(7) Así lo explica Miguel Ángel Rodilla (2013) en la Lección # 4 (especialmente pp. 350 y ss.) de su *Teoría del Derecho*; Ed. Ratio Legis.

(8) Debe recordarse que, en su primera época y sin perjuicio de su denominación, el Tribunal de Casación era un órgano administrativo encargado de vigilar los posibles atentados que, desde el Poder Judicial, se dirigieran hacia el Legislativo. Recién con la conversión del Tribunal en Corte de Casación, y con el cambio de su naturaleza y su ubicación como parte del Poder Judicial, hechos

texto de Ulpiano (Dig. 4,8,13,4) donde se permitía que el juez pudiera eximirse de la obligación de juzgar prestando juramento de no ver claramente el asunto (*iurare rem sibi non liquere*).

Tal estado de cosas hacía que las nuevas normas no pudieran ofrecer suficientes garantías de eficacia, que las reformas sociales esperadas se vieran demoradas o fueran insuficientes, y que el modelo de Estado que se estaba construyendo (caracterizado por la división de poderes, el monopolio de la creación del derecho por parte del estado, la aspiración de coherencia y de completitud del ordenamiento, la confianza absoluta en la racionalidad de la ley y la infalibilidad del legislador, etc.), se fuera aguando, corriendo el riesgo de perder toda su esencia.

La sanción del Código de Napoleón (*Code civil des français*) de 1804, además de entregar muchísimas otras utilidades y beneficios, vino a cortar de cuajo con esta situación. Del principio de la excusabilidad se pasó al extremo opuesto, al principio de la inexcusabilidad. En el artículo 4 del *Code* se estableció con toda claridad que un juez podría ser considerado culpable de denegación de justicia si se negaba a juzgar un litigio que le hubiera sido planteado, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Textualmente: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”. No es necesaria una puntual traducción ni una sesuda interpretación: se prohibía a los jueces usar como pretexto el ‘no está claro’. Tal cosa, en el contexto descrito, era entendible y, digámoslo así, lógicamente coherente.

El concepto y la fórmula del código francés (en su esencia) fue repetida en los países de Iberoamérica (9), a pesar de que la tradición española no había sido tan permisiva como la de otros países europeos, y las normas del derecho de la

ocurridos a inicios del siglo XIX, es cuando la Casación empieza a tomar su fisonomía actual, como reguladora de la interpretación judicial.

(9) Así, el Código Civil Federal de México (en su artículo 18); el Código Civil de España (artículo 1.7.); el Código Civil de Uruguay (artículo 15); el Código Civil de Ecuador (artículo 18); el Código Civil peruano (artículo VIII de su Título Preliminar); Código Civil de Paraguay (artículo 6); Código Civil de Costa Rica (artículo 6); Ley del Organismo Judicial de Guatemala (artículo 15); Código Civil de Panamá (artículo 2); el Código Procesal Civil de Brasil (artículo 126); el Código Procesal de Bolivia (artículo 25. I); etc. La Ley de N° 7, de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de Cuba, en cambio contiene solo una alusión a esta prohibición en su artículo 3. El caso de Chile, como se dijo, tiene algo de particular: la prohibición de *non liquet* se halla consagrada en el artículo 76, segundo párrafo de su Constitución Política. En la mayoría de los casos se presenta como una prohibición (“no pueden [los jueces], o “no están autorizados”) hecha y derecha. En otros pocos se habla de que se trata de un *deber inexcusable*, y en el de Panamá, al igual que en el de Argentina, se veda el *pretextar* el silencio, la oscuridad (...), etc. El haberse usado ese término en particular es lo que provoca estas reflexiones.

metrópoli aplicable a las colonias señalaban al juez su indeclinable obligación de comportarse como tal. Su inclusión fue otra manifestación, dentro del proceso independentista, de la firme creencia de que era un deber estatal esencial el llevar siempre a cabo la tarea judicial como complemento de la idea de monopolio en la creación normativa. La sanción de constituciones con formas republicanas, los ideales liberales, el movimiento codificador que a lo largo de todo el siglo XIX se generó por Iberoamérica, etc., hicieron que la prohibición del *non liquet* se concretara en normas positivas de la mayor jerarquía (como en Chile, que lo recepta en su Constitución), reforzando el ideario dominante: el derecho está en la ley, y la ley es fruto de un legislador cuasi infalible que nos ha entregado un sistema todo claridad, completo (saturado y sin vacíos) y lógicamente tan consistente como coherente. Ante ello, excusarse de resolver no solo queda prohibido sino que, además, carece de sentido.

III. Diversos modelos de formulación del *non liquet*

Dije, al comenzar estas páginas, que iba a guiar mi análisis por un par de modelos sobre cómo es formulada la prohibición; son los que voy a resumir inmediatamente. Debo apresurarme a aclarar que esto no quiere decir que no haya otros posibles, o intermedios, o que alguno de ellos no pueda presentar alguna variante. Aun así creo que los que describo son suficientes para mostrar lo que quiero expresar. Entre esos modelos consideraré que el representado en el artículo 4 del *Code* aparece repetido en el original Código Civil de la Nación Argentina (10). Luego someteré a un análisis semántico las respectivas variantes, intentando mostrar las diferencias conceptuales que aparecen en los matices de sus respectivas redacciones y las consecuencias que de ello resultan, para finalizar con otro análisis respecto de los corolarios lógicos que cada forma de expresión trae consigo.

Los dos modelos sobre los que he de trabajar son el de la prohibición pura y dura, en primer lugar, y luego el de la prohibición matizada.

III.1. La prohibición pura y dura

Con diversas redacciones y similares intenciones, distintos ordenamientos han establecido una obligación simple y concreta: los jueces y magistrados tienen el deber de dictar sentencia siempre. Así se dispone generalmente en un texto corto

(10) Solo como recordatorio, el artículo 15 disponía: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.” El sentido de este precepto se complementa con el siguiente (artículo 16 del Código Civil: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de las leyes análogas; y si aún la cuestión fuera dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

que enfatiza la perentoriedad, como podría ser el siguiente: “*Debe ser que los jueces resuelvan siempre los casos que les son planteados.*” Una variante, con el mismo sentido de ucase que la anterior, declarará: “*Los jueces nunca podrán dejar de resolver los casos que les hayan sido planteados.*” No importa de qué manera se lo exprese, siempre es fácil advertir el sentido que subyace a las palabras: la obligación, el deber o, desde el otro ángulo, la prohibición (11) son inexcusables e inderrotables, sin siquiera aludirse a las hipotéticas causales que podrían ser esgrimidas para salvar tal exigencia (las lagunas del derecho, entre las más conocidas; la objeción de conciencia, entre las menos). Sea como una prohibición de no hacer, sea como una obligación de hacer, en definitiva nunca se admite posibilidad de que el juez pueda invocar alguna razón que lo absuelva del mandato.

Tal cosa es, sin duda, producto de un sistema de pensamiento que instaaura al legislador y a su obra como ápice central de los sistemas jurídicos, atribuyéndoles a esos sistemas características tales como la completitud, la coherencia, la claridad, etc., y a los dadores de normas la omnisciencia, la racionalidad, la claridad expositiva, etc. Es más, para el tan hipotético como lejano caso de que ocurriera un texto oscuro o ambiguo, que se hallara una laguna o que se advirtiera una contradicción, nada de lo fundamental de la ideología se vería afectado porque el legislador (12) habría previsto diversas soluciones: la interpretación gramatical, la apelación a la analogía, el socorrerse usando de conceptos idealmente puros, o recurrir a los principios generales del derecho (y hoy, a los principios y valores jurídicos). Hay algo de arrogancia en tal ideología, misma que nutrió ciertos ideales del positivismo del siglo XIX.

Ejemplo de este modelo de consagración del principio de inexcusabilidad es el Código Civil de España, vigente desde 1899, en su artículo 1.7, se prescribe: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (13).

A este precepto solo le falta la amenaza de sanción incluida en la propia norma —tal como la que aparece en la codificación francesa— para que sea, por lo menos en apariencia, imposible de desobedecer. El juez (permítaseme la doble negación) no puede no dictar la sentencia con la que resolver la contienda que le ha sido

(11) Dependerá de cómo se formule el enunciado, pero en todo caso acudirá en nuestro auxilio la interdefinibilidad de los caracteres deónticos -en el sentido de G. H. von Wright-, y el sentido siempre será el mismo.

(12) O, en su caso, el jurista, ya que también ha sido el caso de que las soluciones fueran ofrecidas por la academia: los doctrinarios han entregado, por ejemplo, reglas para resolver las contradicciones normativas.

(13) Casi igual a lo prescripto por el artículo 6 del Código Civil de Costa Rica, con lo que podría incluirse en este modelo.

presentada (14). Si algún imprevisto ocurriera y tal juez viera dificultada su labor, debería acudir al sistema de fuentes que el propio legislador puso a su disposición; por ejemplo, ante la ausencia de una ley que regule el caso, y no habiendo una costumbre al respecto, deberá recurrir a los principios generales del derecho (artículo 1.4. del referido Código Civil español).

Otro ejemplo de este modelo es el plasmado en el artículo 3 del actual Código Civil y Comercial, de Argentina, que dice: “Deber de resolver: El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. Casi no puede decirse menos, repitiéndose lo de antes: la brevedad aparece como signo de lo imperioso, de lo grave o de lo impostergable. Todos los comentarios referidos a este precepto (que fueron, y seguirán siendo, muchos) están dirigidos a la exigencia de que la resolución se halle *razonablemente fundada*; respecto de lo demás (o sea, lo referido a la prohibición de ampararse en el *non liquet*) buena parte de la doctrina (15) considera —apuradamente, a mi entender— que la nueva redacción no implica variantes respecto de la solución del tema que había estado vigente con el anterior código. Es como si se pensase que la prohibición de *non liquet* fuera cosa ya conocida y aceptada, como un supuesto archisabido, como una especie de postulado que no necesita ser expresado. Es una prohibición pura y dura (16), que se refuerza con la normativa penal: el artículo 273, primer párrafo, del Código Penal argentino establece: “Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley” (17).

Por lo que se ve, para sistemas como el argentino (y el de otros países), la obligación de resolver siempre es un deber que, en caso de ser infringido, autoriza a sanciones penales contra el infractor. El deber de dictar sentencia es, para la ley civil, un deber categórico (en el sentido de von Wright (18): no sometido a otra condición que no surja de su propio enunciado), pero condicional para la ley penal (la sanción solo se aplicará *si* —y solo *si*— se pretende acudir a algunas de los siguientes subterfugios: la oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley).

(14) Exigencias adicionales, ya sean sustanciales o formales, aparecerán en las leyes de procedimiento o en normas complementarias, pero eso no tiene que ver con esta cuestión.

(15) Pongo por ejemplo el *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, de A. J. Bueres (Dir.) (2014). 1. 1° ed. Ed. Hammurabi.

(16) Desde ahora anticipo que el modelo argentino no siempre fue así, como enseguida se verá.

(17) Otro tanto ocurre en España donde el artículo 448 del Código Penal de España, dispone: “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

(18) Cf. von Wright, G. H. (1970). *Norma y acción. Una investigación lógica*. Editorial Tecnos. p. 91. Por esas líneas hay un evidente error de composición tipográfica, pero el sentido común se encarga de esclarecerlo y párrafos más abajo se lo aclara.

En un primer análisis, entonces, tanto en el caso de la legislación española como en el del actual código argentino (a los que tomo como ejemplos de este modo de expresar la prohibición), no parece haber lugar ni para alegar la existencia de lagunas o imprecisiones normativas, ni para ningún otro intento de justificar una negativa del juez de dictar sentencia. El principio de inexcusabilidad parece resistir victorioso cualquier intento de prescindir de él.

III.2. La prohibición matizada: la tríada ‘*silencio, oscuridad, insuficiencia*’

El otro modelo posible de la prohibición de *non liquet* ofrece algunas variantes, especialmente la de enumerar las circunstancias o factores que no pueden ser alegados para exceptuar el cumplimiento del deber. Esa enumeración, a pesar de la intención que supongo en el legislador, lejos de fortalecer la orden, la afeblece. El modelo, entonces, dirá algo así como: “Los jueces no pueden dejar de dictar sentencia alegando el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de las leyes”.

Como se ve, el modelo toma la tríada creada por *le Code* y es de esa forma como se la repite en distintas legislaciones: el primer lugar en la enumeración se reserva para el silencio, que a veces también se llama ausencia (y que menta a las lagunas del derecho); luego le sigue la oscuridad (forma en que se denomina a las imprecisiones significativas de cualquier tipo que fueran), y cierra la marcha la insuficiencia (con que se alude a lo que se considera una limitación de los alcances de la regla, la que provoca una injusticia o una solución disvaliosa). La enumeración nos lleva a pensar que estos tres factores han de haber sido a los que más comúnmente acudían los jueces franceses anteriores a la codificación cuando apelaban a la Casación mediante el *référéau législateur*. Que sea a ellos a los que el codificador señale específicamente, hace sospechar que se los consideraba las principales causas del socavamiento, por parte de los jueces, de la institución del Poder Judicial tal como la habían pensado por los revolucionarios. (Esto, de todas maneras, no explica por qué el codificador argentino usó un enunciado prácticamente idéntico al francés cuando en la Argentina no existía —al menos en la medida de lo ocurrido en Francia— el problema de jueces renuentes a aplicar el nuevo derecho).

Claro que inmediatamente surge una pregunta: esta enumeración de elementos que no pueden ser alegados ¿resulta ser una enumeración cerrada —un *numerus clausus*—, y exclusivamente a ellos remite el legislador? ¿O se trata de una mera enunciación, un corto catálogo de ejemplos o un conjunto no clausurado —un *numerus apertus*— de causales, pudiendo ampliarse el listado?

Todo parece a indicar que se trata de la primera opción. La enumeración no se cierra con un “etcétera”, ni con puntos suspensivos —lo que habría sido un mayúsculo desacierto de técnica legislativa—, y la partícula ‘o’ (que aquí hace las veces de una conjunción coordinante disyuntiva), que aparece antes del vocablo

‘insuficiencia,’ es un indicativo de que la enumeración concluye allí. A esto debe agregarse algo que me parece decisivo: la enumeración aparece con la misma redacción en el Código Penal, y como en ese ámbito no se autoriza ni la analogía ni una interpretación extensiva (salvo que fueran *in bonam partem*), agregar cualquier otra causal, motivo o razón estaría vedado por los mismos argumentos que proviene del principio de legalidad penal.

Esto trae un interesante corolario. Si, como dice García Amado, “la función más normal del argumento a contrario vendría a apoyarse en que las expresiones legales significan lo que *significan y en ningún caso pueden significar otra cosa, y menos aún pueden significar lo contrario*” (García Amado, 2001, p. 85), precisamente ese argumento nos llevará inevitablemente a la conclusión ya enunciada: los únicos factores que está prohibido esgrimir o alegar son los enumerados, lo que implica —a contrario— que, de esgrimirse otro, diferente a los anteriores, la prohibición de *non liquet* no lo alcanzaría. Al advertir esto, advertimos también cómo el principio de inexcusabilidad presenta, en esta versión matizada de la prohibición, una primera y muy seria defección (19).

IV. Breve referencia a nuestra legislación

Aunque esto implique algunas reiteraciones, haré una mínima referencia a lo que ocurre en nuestro ordenamiento para puntualizar lo que nuestra normativa señala respecto de la cuestión.

Nuestro codificador histórico (el docto abogado Dalmacio Vélez Sarsfield) nos legó, en su Código Civil, un artículo 15 que parece no ofrecer dudas: *Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*. La fórmula fue tomada, evidentemente, del Código francés y refiere a la obligación impuesta a los jueces de resolver mediante el dictado de una sentencia todos aquellos asuntos en que debieran entender y que fueran de su competencia, aun cuando la ley fuera imprecisa, incompleta o no la hubiera (20).

(19) Un supuesto no comprendido en la enumeración de ‘silencio, oscuridad, insuficiencia,’ que ejemplifica lo que vengo diciendo es el de las contradicciones normativas, las que se presentan como un caso fuera de los enumerados, pero que aparece como un severo inconveniente a la hora de dictar sentencia, pudiendo servir de pretexto o excusa para no hacerlo. Hay una contradicción normativa cuando dos o más normas, que regulan una misma hipótesis fáctica, le dan soluciones deónticamente incompatibles (para ejemplificarlo gruesamente, en una cierta situación X, la conducta C está calificada como prohibida por una norma y, a la vez, se la reputa como permitida por otra). En una contradicción normativa no hay silencio ni ausencia de ley, como tampoco hay oscuridad o insuficiencia. ¿Puede alegarse para no dictar sentencia? Este supuesto no es el único.

(20) Anticipo una distinción a la que me dedicaré con más detenimiento más tarde: consideraré *casos claros* a los que son resueltos por normas cuya interpretación y aplicación es relativamente fácil

Así, durante casi un siglo y medio, el derecho privado argentino (por ahora, reduzcámonos a él) consagró ese inexcusable deber de los jueces. El nuevo Código Civil y Comercial, que nos rige desde 2015, nos trae una norma más tajante y más explícita, aunque el lenguaje sea aparentemente más blando. El artículo 3° prescribe: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. En otras palabras, lo que antes aparecía como una prohibición (*los jueces no pueden dejar de resolver*) ahora aparece como una obligación (*el juez debe resolver los asuntos...*), lo que, como en aquella hermosa canción de Silvio Rodríguez (1975) no es lo mismo pero es igual.

Hay que hacer notar, sin embargo, que lo que más ha llamado la atención de la doctrina (y lo que más ha puesto a trabajar a los comentaristas del nuevo código) es que se exija una *decisión razonablemente fundada*, es decir, que lo sentenciado se encuentre respaldado por buenos argumentos. De esto mucho se ha hablado; inversamente, poco se ha dicho, como si fuera cosa ya sabida y aceptada, respecto del inexcusable deber de resolver, que asoma como un presupuesto normativo de innecesaria explicitación. El centro de gravedad de la norma, que antes se encontraba en la obligación de fallar, ahora ha derivado hacia el dictar *decisiones* (término más amplio y, creo, más correcto que *sentencias*) que sean razonablemente fundadas (o motivadas, o justificadas), lo que ha hecho que las controversias y discusiones se trasladasen a otras cuestiones más novedosas, como la tensión existente entre la razonabilidad y la racionalidad, la distinción entre motivación simple y fundamentación fuerte, o entre reglas y principios, o entre subsunción y ponderación, etc. En concreto, la doctrina se ha ocupado escasamente de esta engañosa licuación de la prohibición del *non liquet*, considerando que la cuestión puede ser superada por otros carriles.

Fuera ya del contexto del derecho privado (o de la esfera de lo civil), encontramos que el Código Penal de la Nación, en su artículo 273, primer párrafo, establece: “Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley”. Esto es: incurrir en *non liquet* constituye el delito conocido como denegación de justicia, una de las formas del prevaricato. Probablemente fue esto lo que hizo que la nueva redacción del Código Civil y Comercial no fuera objetada por su forma tan indirecta de establecer la inexcusabilidad: la legislación penal, con amenazas más

(mediante subsunción). En tales casos los jueces pueden seguir un proceso de toma de decisión bien preciso y delimitado. Por oposición, habrá también *casos indeterminados* (a veces conocidos como *borderline cases*), que son aquellos en los que el sistema no ofrece una guía clara, ni delimita en forma precisa el proceso de toma de decisiones del juez: por ejemplo, cuando no parece haber norma aplicable, o la misma es de una imprecisión tal que no ofrece certeza alguna para su aplicación.

duras y concretas, cubre ese aspecto, repitiendo las palabras del viejo código. Sin embargo, esto no parece, metodológicamente, muy adecuado. Por empezar, no debió olvidarse que, al tratarse de ramas del derecho diferentes, y con principios que no siempre son coincidentes, las consecuencias de las previsiones legales no tendrían los mismos efectos. Si un juez penal no encuentra una norma vigente que contemple el hecho a juzgar, debe dictar un pronunciamiento absolutorio, como consecuencia de la ausencia de ilicitud expresa (21); pero tal cosa no se extiende al derecho privado: el hecho de que, por ejemplo, un tipo de daño no haya sido expresamente contemplado por la ley no impide al juez reconocerlo y fijar la indemnización del caso, porque existen cláusulas sumamente abiertas (intolerables en el ámbito del derecho punitivo) que autorizan a interpretaciones extensivas que vendrían a integrar el vacío existente. Piénsese, sin ir más lejos, en la lesión estética o la frustración de expectativas, que no estaban explícitamente consideradas en el antiguo código velezano, pero que eran unánimemente reconocidas por los tribunales con solo remitir al concepto de ‘reparación integral’, sin que a juez alguno se le ocurriera aducir el silencio de la ley al respecto.

A modo de resumen: considerando la antigua redacción del Código velezano, o la vigente del artículo 273, primer párrafo, del Código Penal, o atendiendo a la engañosamente magra exigencia de la actual codificación, parece clara la obligación de los jueces de resolver siempre los casos que les sean presentados y que sean de su competencia, lo que se traduce como sujeción al *principio de inexcusabilidad* o prohibición de *non liquet*. Sin embargo, se presentan algunos problemas a la hora de analizar los alcances de tales preceptos. Son problemas, u obstáculos, que encontramos a partir de cuestiones lingüísticas o semánticas (que surgen luego de un adecuado uso del método de interpretación gramatical) (22), que tienen que ver con las ineludibles imprecisiones del lenguaje.

V. Obstáculos y posibilidades que surgen de diferenciar “*pretexto*” de “*excusa*”

No discutiré sobre la posibilidad de que, cuanto voy a decir en este ítem, se solucione fácilmente con una simple y correctora reforma legislativa. No descarto que así sea, pero no es objetivo de este trabajo el proponer una (lo dejo, en todo caso, para un intento posterior). Solo diré que en este caso, como en casi ningún otro, se hace evidente de la necesidad de una redacción cuidadosa y una minuciosa revisión del significado atribuido a las palabras que conformarán la norma

(21) Cf., entre otros, Creus, C. (1999). *Derecho Penal, Parte especial*, tomo II, p. 327. 6° ed. Ed. Astrea.

(22) También habrá cuestiones lógicas y sistemáticas, o hasta políticas, pero de ellas no me voy a ocupar en este trabajo.

a dictarse, para que su significado —el significado al que adherimos los hablantes de una lengua en acatamiento a un canon común— no traicione la intención del legislador.

Las cuestiones que quiero presentar empiezan por una diferenciación claramente semántica (esto es, del significado reconocido de ciertas palabras) y de las consecuencias (perlocutorias) que de ello se derivan. Me ocuparé, precisamente, de las dos palabras que aparecen siempre cerca de la prohibición de *non liquet*. Tales términos son “excusar” y “pretextar”. La distinción que es posible hacer entre estas dos actividades, y el sentido que puede serle atribuido a cada uno de estos vocablos, hace que la prohibición de *non liquet* no resulte tan tajante como parecía, o que, por lo menos, parezca necesitar de algunos retoques. Ello tiene que ver con la congénita e incurable imprecisión del lenguaje natural y cómo eso afecta aspectos sistémicos (y lógicos) del ordenamiento jurídico.

Volvamos al inicio: habíamos quedado en que, por el principio de inexcusabilidad, los jueces no pueden *pretextar* el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de las leyes. Así era como estaba establecido en el viejo artículo 15 del Código Civil velezano, así lo dispone el vigente artículo 273, primer párrafo, del Código Penal, y así parece desprenderse —confirmado por la doctrina— del nuevo artículo 3° del Código Civil y Comercial. Pero ¿y si lo del juez no fuera un *pretexto*?

En el uso natural y corriente, el término ‘*pretexto*’ es usado a veces como sinónimo de ‘*excusa*’, de ‘*dispensa*’, de ‘*disculpa*’, etc., pretendiéndose que su significado remite a una autorización para exceptuar el cumplimiento de una regla, o a una salvedad para no llevar a cabo aquello que ha sido encomendado. Aún podría extenderse de manera tal de significar una expiación, una compensación o la purga por un incumplimiento. Si usáramos algunos de estos sentidos, resultaría que los jueces no pueden no dictar sentencia (la doble negación nuevamente se impone), ni les será concedido un permiso para no hacerlo, ni será disculpado el incumplimiento de su deber, etc., bajo ningún *pretexto*. Todo esto no parece alejado de los significados que a la fórmula de prohibición de *non liquet* han sido dados por la doctrina.

Pero, según la tantas veces vituperada Real Academia Española, el término ‘*pretexto*’ tiene otro significado (un significado *oficial*): es el motivo o causa *simulada* o *aparente* que se alega para hacer algo, para no hacerlo o por no haberlo hecho (23). Si se acepta que tal sea su significado y si se acepta también que los legisladores (Vélez Sarsfield incluido) acatan las reglas, o recomendaciones, o

(23) A pesar de lo innecesario o impropio de la aclaración, debo señalar que las cursivas que aparecen en este párrafo vienen a poner énfasis en que los términos así señalados afectan decididamente la esfera de lo normativo, como inmediatamente se advierte.

sugerencias, de la RAE (24), la norma en cuestión (la del antiguo artículo 15 del Código Civil, por ejemplo) puede ser leída de la siguiente manera: “los jueces no podrán *invocar un motivo o causa simulada, aparente o falsa* para no dictar sentencia”. Sin perjuicio de lo que viene después, que esto esté prohibido parece de muy buen sentido (25).

Por su parte, ‘*excusar*’ tiene que ver con la posibilidad de que alguien goza de no hacer algo a partir de ciertas razones que tienen peso suficiente para justificarlo, o —con otras palabras— está relacionado con el poder de no llevar adelante algo (una conducta), u omitir un comportamiento, con respaldo en determinadas motivaciones que son, de por sí, valederas. Excusar y pretextar, entonces, no son lo mismo (ni, mucho menos, son iguales).

Si se acepta atender al ‘significado oficial’ de estos términos, habrá que hacer esta importante diferenciación: si el legislador hubiera redactado la norma usando el verbo ‘*excusar*’ (como ocurre en algunos ordenamientos señalados en una nota anterior), el sentido de la prohibición sería: “*los jueces no podrán por ninguna razón —sea válida o inválida—, referida al silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, dejar de resolver las cuestiones que le han sido planteadas*”. Como veremos luego, así expuesta, la prohibición luce un poco descabellada. Sin embargo, y tal como hemos visto antes y veremos más adelante, esta redacción es acorde con la ideología jurídica imperante durante el siglo XIX y buena parte del XX, donde campeaba la candorosa idea de que el sistema jurídico suministraba soluciones para cualquiera fuera el conflicto.

Revisando lo anterior, inmediatamente advertimos que entre ‘*excusa*’ y ‘*pretexto*’ no hay una relación de género a especie y sí una relevante diferencia: una ‘*excusa*’ hace a una razonable excepción, a un atendible motivo que releva del cumplimiento de algo; el ‘*pretexto*’, en cambio, es una excusa falsa, es una simulación, es un intento malicioso de eludir una responsabilidad.

Aquí, en lo central de estas meditaciones, es el momento de preguntarnos, honradamente, si un juez que presenta una excusa (una real y justificada excusa) está igualmente sometido a la prohibición de *non liquet* o si lo que tiene vedado, según la letra de la norma, es solo valerse de un pretexto.

(24) Un acuerdo mínimo hace que los intérpretes consideren al legislador no solo como un ser racional que actúa coherentemente, sino también como un conocedor de los usos y convenciones tanto del lenguaje natural como del lenguaje jurídico, y como un usuario respetuoso de tales pautas.

(25) De tenerse en cuenta estas consideraciones, la norma del artículo 273, primer párrafo, del Código Penal adquiere un sentido completamente distinto y, contra la opinión de autores como Molinario -ver Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Parte especial*- puede ser aplicada perfectamente en la práctica cuando un juez *pretexta* (es decir, ofrece argumentos falaces o hace afirmaciones falsas referidas al silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes) su actuación.

Veámoslo de esta manera: estaremos de acuerdo en que la prohibición de usar pretextos parece haber sido la intención del codificador civil, y la del legislador penal, y aun la del nuevo codificador, lo que —como ya se dijo— es de toda lógica. Ello quiere decir, ni más ni menos, que un juez no podrá usar pretextos (dar evasivas, o una pseudoexcusa) para dejar de cumplir su deber. De ello puede inferirse, *a contrario*, que sí podrá excusarse de hacerlo cuando realmente encuentre que falta una ley que contemple el caso, o cuando la ley presuntamente aplicable de verdad no sea clara en su sentido o en su redacción, o debido a que realmente no se sabe con certeza si la misma alcanza a prever el caso que se ha traído a resolución. Es verdad que puede tratarse de un supuesto excepcionalísimo, o jamás visto, pero no es lógicamente imposible que un juez, en lugar de usar un *pretexto* para eludir expedirse —lo que tiene prohibido—, utilice una *excusa* para no hacerlo —cuestión diferente, que no parece legalmente resuelta—.

¿Qué haremos ante esto? ¿Consideraremos que, más allá de lo que diga la RAE, ‘*pretexto*’ y ‘*excusa*’ son sinónimos perfectos y actuaremos en consecuencia persiguiendo al susodicho magistrado ante los tribunales de enjuiciamiento político o con una denuncia penal por haberse negado a dictar una sentencia cuando hay, pongamos por caso, una verdadera laguna legislativa? ¿O, contra lo que parece un saber adquirido, seremos precisos con la distinción y eximiremos a dicho juez de su obligación en tanto haya esgrimido una auténtica razón, una verdadera excepción, o —en fin— una causal tan clara para no llevar a cabo su cometido que la misma resulte irrefutable?

Para ilustrar esto, imaginemos una situación cotidiana, a la que podamos darle un giro que nos permita mostrarla como un ejemplo de lo expuesto. Es sabido que la ley de tránsito establece que, salvo excepciones debidamente anotadas pero que no incumben al ejemplo, quien accede a una encrucijada debe (artículo 41, la Ley 24.449) ceder el paso al que viene desde la derecha (26). Supongamos un cruce de calles de igual importancia, cada una de ellas con doble sentido de circulación. Si cuatro vehículos, que circularan en las cuatro direcciones posibles, llegaran al mismo tiempo a la encrucijada, cada uno debería detener su marcha cediendo paso al que proviene de su derecha, y como cada uno de los conductores encuentra siempre que alguien proviene desde su derecha, todos deberían detener su marcha. No hay precepto alguno que resuelva esta situación y cualquiera que se decidiera a avanzar estaría violando la ley. Si, forzando la situación hasta el absurdo, los cuatros conductores bajaran de sus vehículos y, puestos de acuerdo entre sí, acudieran a los tribunales para promover una acción declarativa de

(26) Este ejemplo lo escuché muchas veces de boca de Eugenio Bulygin cuando explicaba la plenitud de los órdenes jurídicos. No sé si era de su cosecha, pero para mí será siempre *el caso de la encrucijada de calles de Bulygin*.

certeza (la prevista en el artículo 322 tanto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —C.P.C.C.N.— como del C.P.C.C. provincial) para que fuera establecido judicialmente quién de ellos tiene derecho de paso, ¿un juez podría excusarse (y no solamente ofrecer un pretexto) de fallar ante la ausencia, insuficiencia u oscuridad de la normativa que regula el tránsito? (27).

Lo dicho hasta acá puede parecer un mero juego con situaciones extrañas a la vida real, pero ello no desdice la posibilidad lógica de que un juez, que sesudamente ha estudiado un caso y ha tratado de resolverlo mediante la normativa aplicable, se excuse de hacerlo y lo haga dando una valedera razón para suspender su pronunciamiento. Parodiando a Gödel, podría decirse que ese juez se hallaría ante un conjunto normativo incapaz de resolver de forma consistente el caso que le ha sido propuesto. Más fino todavía: no existe juez que, a pesar del inmenso número de normas a su disposición y de la buena cantidad de reglas de inferencia cuyo uso le ha sido recomendado, sea capaz de encontrar siempre una solución para cualquiera sea el caso. Ni aun siendo el juez Hércules de Dworkin (28).

En fin: puede haber un juez que se vea, lealmente, imposibilitado de dictar una sentencia que resulte derivación razonada del derecho vigente, con la debida atención a las particulares circunstancias de la causa —recaudo que, como se dijo antes, tantas veces ha sido reclamado por la Corte Suprema para predicar la validez de cualquier pronunciamiento—. Ese juez debería poder excusarse, excusación que (luego de esta aclaración) no se advierte como prohibida.

Claro que todo lo anterior ocurre en aquellos sistemas, como el argentino, donde la prohibición de *non liquet* usa el término '*pretexto*.' Pero ¿qué pasa en esas otras legislaciones donde la normativa ya no habla de '*pretexto*' sino de '*excusa*'?

En esos casos el juez no puede excusarse (ni, mucho menos, usar algún pretexto), y siempre debe —a como dé lugar— dictar su sentencia. Claramente, es en estos casos en que el principio de inexcusabilidad se presenta en su forma más dura (tal vez se debiera decir más obcecada): el juez, ni aún con la categórica certeza de que no hay ley que contemple el caso, ni habiendo agotado todo método por el cual desentrañar el escurridizo sentido de la norma, ni teniendo absoluta conciencia de lo vago o dudoso que son sus límites como para abarcar la situación que debe resolverse, puede abstenerse de juzgar. La ideología dominante (el

(27) Este sería uno de los *casos indeterminados* (por ausencia de guía cierta para el juzgador) a que hice referencia en una nota anterior.

(28) Dworkin, por supuesto, se alzaría ante esto, y tal vez no sin razón: no habría forma de analogar válidamente un teorema matemático con la actividad de dictar sentencias con fundamento en un sistema jurídico determinado. Además, volvería a temar con la distinción entre meras reglas (como la de tránsito) y superiores principios (de moralidad y justicia), para él tanto más obligatorios que las anteriores, por la fuerza moral que los inspira y justifica.

positivismo formalista, al menos el que campeó a lo largo del siglo XX) indicaba que el ordenamiento jurídico es un sistema completo, claro, consistente y suficiente y, para el caso de que hubiera algún defecto en la redacción de la ley (nunca en la intención del legislador), el sistema incluía herramientas que permitían a los operadores del derecho solucionar todos los problemas que pudieran aparecer. No hay forma en que un magistrado pueda omitir el dictado de la sentencia, o desprenderse de la exigencia de hacerlo, o auto eximirse de su deber. La prohibición de *non liquet* muestra así su faz más irreductible y más absurda. Se manda, incondicionalmente, hacer lo imposible, a saber: dictar una sentencia debidamente motivada, fundada en derecho y con sujeción a los hechos de la causa, cuando no hay ley, o es insuficiente, o decididamente oscura.

Voy a decirlo de otra manera: desde siempre la exigencia de que cierto comportamiento sea cumplido (*'X debe ser hecho'*), ha implicado necesariamente la posibilidad de que ese comportamiento pueda ser llevado a cabo (*'X es un comportamiento posible'*). A su vez, que algo sea posible significa que el sujeto interesado tiene a su alcance y disposición los recursos idóneos para la obtención de aquello que desea o que le es impuesto (en el caso, dictar un pronunciamiento razonablemente fundado). Esto equivale a decir que un juez tiene el deber (inexcusable) de resolver un caso, en la medida que tiene la posibilidad (medios aptos que le son suministrados por el sistema) de resolverlo. El punto es que no se dice, paladinamente, qué debe hacer el juez cuando no tiene la posibilidad de aplicar ley alguna porque no la hay (29), o porque es tan oscura que no se sabe si se aplica o no. La respuesta que se da, en cambio, siempre es —obcecadamente— la misma: debe hacerlo porque siempre le es posible hacerlo, sea aplicando el derecho, sea resolviendo las imprecisiones, ausencias o contradicciones con los instrumentos que le han sido dados para ello.

De aceptarse esto, la razonabilidad de su contenido, que —según hemos propuesto— es una característica inherente a las normas, la factibilidad de que deben estar dotadas y la congruencia que han de tener con las demás que integran el resto del orden jurídico, serán factores que se verán seriamente dañados, disminuyendo la confiabilidad en las soluciones del sistema y afectando su eficacia general. De ahí que resulte dificultoso concordar en que “el juez, cuando acepta serlo, renuncia al derecho a permanecer en duda, cualquiera que sea la naturaleza del caso” (Rabello, 2004). De aceptarse tal extremo se verían afectados principios jurídicos axiales tales como *in dubio pro reo* (del proceso penal) o *in dubio pro operario* (del derecho laboral), sin contar con que ello también implica el sacrificio de la

(29) Esto no será tan fácilmente aceptado por parte de quienes sostienen que el derecho no tiene lagunas, y que todas las situaciones fácticas posibles tienen, en el algún recoveco del sistema jurídico, una calificación deóntica prevista, o que postulan que todos los conflictos que puedan darse entre los hombres tienen una única solución correcta (v.g.: Dworkin R.).

imaginación, del afán de investigación y del deseo de realizar la personal vocación de justicia.

En suma: tal como están redactadas las normas lo que no se permite a un juez es escudarse en pretextos (entendidos como razones espurias) referidos a la ausencia, oscuridad o insuficiencia de las leyes; nada se dice (al menos en el derecho argentino) respecto a si el juez presenta una excusa válida (el pleonasma es intencionado). En ese caso, y a pesar de lo contraintuitivo que parezca, ¿ese juez quedaría autorizado a (tendría la facultad o el derecho) de abstenerse de resolver la causa?

La respuesta a eso último debe tener en cuenta que si lo que se niega al juez es la posibilidad de excusarse, la regla resultaría lindante con el absurdo desde el punto de vista lógico, y se convertiría en un obstáculo para predicar el buen sentido del sistema, su consistencia y su coherencia.

VI. La ineluctable (30) imprecisión del lenguaje

Aceptando, aunque sea con beneficio de inventario, todo lo anterior, ¿por cuáles razones podría cierto juez excusarse de dictar una sentencia? La respuesta parece algo evidente: interpretando *a contrario* el contenido de la prohibición de *non liquet*, y usando las palabras de nuestro derecho, dicho juez podría excusarse de su obligación por el hecho de la inexistencia de una norma aplicable, o porque la que pudiera haber resulta oscura hasta lo ininteligible, o porque la misma no otorga suficientes criterios prudenciales como para resolver con un mínimo de sentido común la cuestión traída. Es decir, podría alegar justamente lo que, de ser lo suyo un pretexto, está prohibido.

En esta ocasión me dedicaré a una única hipótesis de las que podría alegar un juez para no dictar sentencia: la indeterminación significativa y la falta de claridad o de precisión de las normas que las haga de dudoso sentido. El origen de esto está primordialmente en la vaguedad (actual y potencial) de las palabras con que se formulan las leyes o cualquier otro texto legal (y también, por supuesto, en la ambigüedad).

Me remito solo a la indeterminación lingüística porque esta resulta una dificultad que se presenta cotidianamente, y es uno de los problemas de interpretación más estudiados. Se lo llame por cualquiera de sus nombres más comunes (problemas gramaticales, semióticos, lingüísticos, de literalidad, etc.), lo cierto es que siempre se ocupan de lo mismo: cómo desentrañar el sentido de una disposición cualquiera (el texto de una ley, de la constitución, de un testamento, etc.) para así

(30) A pesar de su pomposidad, me parece el término que mejor viene al caso: aquello contra lo que no se puede luchar.

conocer lo verdaderamente normado, lo que auténticamente quiso decir su autor, lo que realmente era la voluntad de algún legislador, etc.; es decir, en fin, cuál es el significado de la norma.

Penosamente, debo anticipar algo más: es un hecho notorio que la vaguedad, la generalidad, la ambigüedad y toda otra forma de imprecisión del lenguaje de las normas se debe a características propias del lenguaje natural en que tales las normas son expresadas, y que eso afecta de manera directa y con gran intensidad su significación. A pesar delo grave de este problema, de la cotidianeidad con que se nos presenta y de todos los intentos habidos, no parece haber una patente solución al respecto.

Empecemos por algo elemental: lo expresado por cualquier oración o por cualquier norma jurídica puede ser difícil de entender a causa de la mala redacción en que incurrió su autor (cuestión sintáctica), pero también porque en ella se han utilizado términos de significado impreciso o incierto (cuestión semántica). En particular, un término sufre de vaguedad (o una proposición es vaga) cuando no queda bien definido su ámbito de aplicación, cuando no se tiene certeza absoluta sobre los casos en que el término en cuestión está adecuadamente utilizado, o no hay un criterio cierto que indique los límites de su campo de aplicación. Es decir: hay dudas de si, en ciertas circunstancias, el término vago es o no aplicable. Ejemplos de ello son las palabras de las que conozco su significado y su uso natural, pero que señalan continuos, como 'atardecer' o 'calvo', cuyo límite de aplicación es siempre dudoso. También los son aquellas otras que no se usan en todos los contextos haciendo referencia a las mismas propiedades, como 'reparación integral', 'buen padre de familia', etc. Tal vez un paralelismo dé una mejor explicación: una lámpara común (de luminosidad media), en un ambiente oscuro, permite la lectura de un libro de formato regular a corta distancia de ella (el texto nos resulta fácilmente legible); al alejarnos de la fuente de luz tal legibilidad empieza a disminuir (atravesamos una zona de penumbra) hasta llegar al punto de que ni el ojo más sensible puede distinguir el texto (la oscuridad es completa y el texto es indiscernible). Algo similar ocurre con las palabras vagas: tienen un ámbito de aplicación donde no hay duda sobre su adecuación con la cosa o la situación que nombra. Pero, de una manera también indefinida, esta claridad va menguando hasta adentrarnos en una zona donde es lícito dudar sobre si la palabra es de aplicación o no. Más allá aún, más lejos del núcleo de claridad, en lo que sería una zona de oscuridad, ya estamos de nuevo en un área de certeza: ahora sabemos que el término no nombra a la cosa o situación y que su uso no es pertinente de modo alguno; es decir, estamos en la franja de evidente exclusión de significado.

Los casos extremos (casos de clara aplicable o casos de clara inaplicabilidad) no son, como es fácil advertir, el problema. La cuestión pasa por ese amplio sector donde es dudosa la aplicación del término y, si estuviéramos decididos a usarlo,

es también dudoso que nuestro interlocutor le asigne el mismo alcance que nosotros. Preguntarnos hasta dónde se tiene buena fe en la ejecución de un contrato, o en qué medida hubo alevosía en la comisión de un delito, es adentrarnos en ese terreno de opacidad. Muchos factores —algunos subjetivos y muchas veces inconscientes, otros pretendidamente objetivos— se aúnan para provocar esta incertidumbre. Por supuesto que tales dudas o incertezas sobre los alcances de una norma se resuelven a veces con el establecimiento de límites más bien arbitrarios (como el decidir que se deja de ser menor a cierta edad), con una definición especificadora producida por el propio legislador (como la larga lista que propone la Ley de Tránsito 24.449), o por reconocidos doctrinarios (el dolo eventual fue conceptualizado como un no *no querer* por los autores alemanes), o con el auxilio de la jurisprudencia (para señalar los rubros que abarca la expresión ‘indemnización integral’), etc. Todos estos recursos con los que se pretende eliminar la zona dudosa y crear un umbral diferenciador entre los casos de indudable aplicación y los casos de indudable inaplicación han sido vanos.

Habrà que aceptar paladinamente que a veces esta zona de incertidumbre no puede ser eliminada. Ni la definición más precisa puede con la cambiante y multifacética realidad —o con la astucia de los abogados—; el lenguaje evade constantemente el cerco que intentamos tenderle y aparecen nuevas situaciones con otras características que antes no había sido consideradas, y ellas ponen en jaque a la distinción que pretendíamos unívoca y se renuevan las dudas y las preguntas a la hora de resolver si un hecho queda o no incluido en el núcleo de significación bien definido del término (o definitivamente excluido de él).

Para más complicación, a la vaguedad común o actual de las palabras se agrega la vaguedad potencial (que, con salvedades, puede asociarse a la textura abierta de la que hablaba Waismann), lo que multiplica exponencialmente la imprecisión, haciendo que todas las palabras la padezcan de forma latente (31) (el significado posible de toda palabra es vago, dirá Ross, 1974, p. 112). La vaguedad potencial ocurre ante la aparición de situaciones imprevistas, con el acaecimiento de un hecho no común o bajo circunstancias sorprendentes que hacen que cierto término que nos parecía suficientemente claro y aplicable en determinados momentos, se

(31) No puedo dejar de anotar esto: cuando Carrió habla de la vaguedad potencial de las palabras (p. 34 de la tercera edición de *Notas sobre derecho y lenguaje*, ed. Abeledo Perrot, de 1986) pone un ejemplo: “Todos usamos la palabra ‘escribir’; no parece, a primera vista, que ella sea actualmente vaga. Pero si nos mostraran una máquina que transformase las palabras habladas en escritas, sin intermediario humano, ¿cómo describiríamos la actividad de la persona que habla ante la máquina? ¿Diríamos o no que está ‘escribiendo’?”. El ejemplo, propuesto en aquel entonces (me refiero a la década de los años 60, del siglo pasado), era casi de ciencia ficción. Casi cincuenta años después me veo usando una aplicación común y corriente de mi laptop (que trae el anodino nombre de ‘dictado’) por la cual, al hablar de manera pausada, el programa respectivo transforma los sonidos en texto escrito. ¿Estoy escribiendo?

torne en impreciso, de uso dudoso, de cuestionado empleo, etc. Y no es infrecuente que el universo nos sorprenda con algún hecho novedoso, o que ante un juez llegue un caso sin parangón en los anales tribunalicios.

Y como si esto fuera poco hay que señalar la debilidad de los legisladores por el uso de conceptos indeterminados: ‘unión convivencial’, ‘voluntad procreacional’, ‘responsabilidad parental’, ‘indemnización integral’, ‘el deber moral de fidelidad’ de los cónyuges, etc., que engrosan el listado que nos viene de viejo: ‘abuso del derecho’, ‘buena fe’, ‘*animus possidendi*’, sentencia arbitraria, etc., términos con una discutible definición y con muy difusos límites de aplicación.

Hay más, y siempre para empeorar el panorama. Si hay un problema con el lenguaje del derecho, ese es el de identificarlo con alguno de los tipos de lenguaje conocidos (natural, técnico o formal). Ello proviene de dos vertientes: la ambigüedad del término ‘lenguaje del derecho’ (que puede hacer referencia al que usan los legisladores, al que es propio de los jueces, o el utilizado por los juristas, etc.), por lo que puede referirse a clases de cosas diferentes, pero muy similares entre sí y donde se requiere de extremo cuidado para evitar la confusión y (esto nos lleva a la segunda vertiente) para distinguir el lenguaje tecnificado del jurista (que tiene como destinatario a otro jurista o, al menos, a alguien entendido) del lenguaje también tecnificado del legislador o del juez que tienen, cada uno, receptores diferentes y generalmente legos en la materia. El uso de una sinonimia que *redondea* el significado de las palabras, que lo simplifica o que abusa del principio de tolerancia (aceptación de imprecisiones menores) lleva a que las fronteras de aplicación de los términos se vuelvan cada vez más difusas y, por ello, resulte más difícil discernir los casos claros (de aplicación o de no aplicación de una norma) de aquellos otros de penumbra, donde tal aplicación es dudosa.

El lenguaje del derecho, aún el lenguaje más finamente tecnificado de los juristas, padece de estas imprecisiones. Con mayor razón ocurre cuando el legislador desarrolla su actividad: él pretende hacerse entender claramente de manera que sus leyes dirijan real y efectivamente el comportamiento humano hacia algún fin considerado valioso. Para ello necesita de la generalidad del lenguaje, de su flexibilidad y su adaptabilidad, y lo paga con la inevitable vaguedad. Es más: aunque utilice definiciones (y, en algún caso, ejemplificaciones) con pretensión de precisas, la vaguedad que es característica propia del lenguaje general se traslada al del derecho y resulta imposible de erradicar. Y no es excepcional que tales imprecisiones sean graves, ni es extraño que generen confusiones y controversias (32), o que puedan usarse falazmente.

(32) En *Análisis del lenguaje jurídico*, de Astrid Gómez y Olga Bruera (1984), hay un acápite referido a las controversias sobre la “naturaleza jurídica” de una institución que muestran cómo la

Volviendo a lo nuestro: en esos casos en que la vaguedad de las palabras —y de la norma— es tal que resulta una dificultad irredimible, es lícito preguntarse por la pervivencia de la obligación de dictar sentencia. Puntillosamente y honradamente (dentro de los entendibles alcances humanos), sopesados los límites de aplicación de un término o de una norma, puede no encontrar el juez un criterio razonable que le permita decidir si el precepto en cuestión alcanza a involucrar o no el caso que juzga. ¿Es, aun así, vigente y exigible la prohibición de incurrir en *non liquet*? De ser así, esto se asemejaría demasiado al ucace a que me he referido antes: una medida que, sin mayores miramientos, exige algo sin tener en cuenta las reales posibilidades de su logro. Es más: la exigencia sin moderación de respetar la prohibición puede llevar a un juez, indeciso ante la necesidad de fijar los límites de aplicación de un precepto, a adoptar una resolución arbitraria, sin mayor razonabilidad o fundamentación, al solo efecto de escapar de la prohibición, extremo que resulta probablemente más indeseable que el honrado reconocimiento del estado de indefinición.

Las formas con las que se ha intentado enmendar la actual vaguedad de las palabras y la textura abierta del lenguaje natural, que contagian su imprecisión a las normas en que aparecen, se reducen a dos tipos de herramientas: por un lado, hacer —por parte de la doctrina o, mejor, por el propio legislador— precisas definiciones; por otra parte, imponer límites arbitrarios (33). Con la hábil utilización de estos recursos, presuntamente, es posible eliminar toda esa zona de incertidumbre que rodea al núcleo central de significado de cualquiera sea el término, y establecer un límite preciso entre los casos de aplicación y los casos de no aplicación de una norma. Y con ello, ya la excusa del juez para no dictar sentencia no será tal, sino un simple pretexto.

Ninguno de estos remedios, como se anticipó, tiene eficacia, aunque por distinto tipo de razones: una definición (que viene a ser, ni más ni menos, que la indicación de las condiciones de uso de una palabra) (Copi, 1995), desde que —salvo contadas excepciones inaplicables a nuestra materia— está conformada por

vaguedad de ciertos términos puede generar interminables discusiones entre reconocidos juristas sobre temas como la conceptualización de las injurias graves en tanto causales de divorcio (en otros tiempos). Genaro Carrió también ha dedicado algunas páginas a este tema en la primera parte de *Notas sobre derecho y lenguaje* (ver p. 100, de la edición citada en la nota anterior).

(33) Salvados sean aquí los intentos de Sebastián Soler, expresados en su obra *Las palabras de la ley*, a los que ya hice referencia. Según el que fuera uno de los más grandes penalistas argentinos (y evidente heredero del conceptualismo alemán) la tecnificación de las palabras de la ley (y con ello, la eliminación de sus imprecisiones) se debe a los procesos que actúan como filtros que retienen sus impurezas: la operatividad, la definición, la cuantificación, la tipificación y la constitución. Carrió ha respondido manteniendo su propia postura en un muy interesante opúsculo (que hoy forma parte de la colección de sus trabajos publicados bajo el título de “Notas sobre derecho y lenguaje”) titulado “Algunas palabras sobre las palabras de la ley”.

palabras, y desde que —por hipótesis admitida— todas las palabras de los lenguajes naturales son susceptibles de padecer alguna forma de imprecisión significativa, resulta que ella misma puede sufrir de vaguedad. El artículo 77 del Código Penal argentino (cuarto párrafo), establece que: “La expresión ‘reglamentos’ u ‘ordenanzas’, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten”. Es una duda razonable —y, hoy, muy actual— si quedan incluidos dentro del campo de referencia semántica de esos términos los decretos de necesidad y urgencia. La Ley 24.449, conocida como ley nacional de tránsito, en su artículo 5, y bajo el título “Definiciones” enumera una treintena. En el inciso ‘n’ establece: “Maquinaria especial: todo artefacto esencialmente construido para otros fines y capaz de transitar”, sin que pueda asegurarse que ello alcanza a un dron, o a los mozos robots que, para asombro de la parcialidad futbolera argentina, servían las mesas de los restaurantes de Qatar. La vaguedad —la actual y la potencial— de las palabras desafía cualquier intento de circunscripción, de delimitación, de encasillamiento, o se transmite a aquellas que se usan al intentar definir las (34).

Queda por considerar la posibilidad de establecer, autoritativamente, un límite lo más concreto posible a los términos vagos. Pongamos este caso: la ciencia médica establece que la madurez humana se adquiere a lo largo de un proceso que se puede contar por años, lo cual es sumamente impreciso; el derecho lo resolverá determinando que se es menor hasta el momento de cumplir los 18 años (artículo 25, CCiv. y Com.), y luego ya no. Un límite claro separa la mayoría de la minoría de edad: se está de un lado o de otro de la misma, es decir, en alguna de las dos zonas de clara aplicación o inaplicación del término ‘menor’. La decisión de resolver de esta manera la vaguedad de términos tales como ‘menor de edad’ o ‘incapaz’ se plasma en la propia legislación que actúa como un determinante del ámbito de aplicación de un término impreciso. No hay arbitrariedad en ello: el legislador ha tenido razones (generalmente expresadas en algún otro lugar y no en la ley) para así fijarlo. Hay, pues, una fijación de los límites de aplicación de ciertos términos, determinación que se hace en los estados constitucionales por parte del poder elegido democráticamente.

Pero, si *ex hypothesi*, todas las palabras son potencialmente vagas (Carrió, 1984, p. 35; Ross, 1974, p. 130; entre otros), tal ejercicio autoritativo de asignación de límites de significado es una tarea más que ardua: es casi imposible. La textura abierta del lenguaje (o vaguedad intensional) acompaña a cada uno de los términos de

(34) Por ejemplo: es conocido que el hecho fortuito o la fuerza mayor -términos vagos si los hay- se definen con la conjunción de la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la ajenidad. Pero, ¿cuándo un hecho es de tal manera imprevisible que autoriza a aplicar la normativa que exonera de responsabilidad? ¿En qué casos puede afirmar sin lugar a dudas que ese hecho fue inevitable?

nuestra lengua, por lo cual, para ser de utilidad, cada uno de ellos debiera tener un significado claro perfectamente asignado por una autoridad que fuera realmente previsora, incluyendo a los términos con los que esa autoridad quiere fijar tal significado, lo que implica un regreso al infinito rayano al sin sentido. Si la vaguedad (de las palabras o de los preceptos donde ellas aparecen) es ineliminable, siempre ocurrirá que alguien tendrá razonables dudas sobre si algún supuesto queda o no comprendido dentro de la previsión normativa. Y ello justifica que un juez, que ha tratado por todos los medios de verificar si el hecho que tiene que juzgar es alcanzado o no por la regla presuntamente aplicable, en un momento diga, con toda honradez, que no puede establecerlo, y que dicha circunstancia lo coloca en un estado de hesitación tal que se ve en la necesidad de excusarse de dictar su fallo (35).

Antes de terminar este capítulo, y para hacer un fortísimo pie en la realidad, debo señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación, que nos rige desde 2015, potencia esta problemática. El artículo 2° de la nueva ley (repetiendo en parte lo que ya dice el artículo 1°) nos impone interpretar la ley (curiosamente, no dice “el derecho”) “(...) teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Aunque se nos avise que la enumeración no implica un orden de prelación o una jerarquización de estas instrucciones, podemos advertir que hay algunas de ellas que llevan contornos mucho mejor definidos que otras. Evaluar la consistencia de una interpretación a la luz de los tratados internacionales o dentro del formato general del ordenamiento, siempre será más sencillo que señalar ‘la’ finalidad pertinente de una norma (que puede tener muchas) y mucho menos agotador que tratar de establecer cuál principio, luego de ser ponderado en relación con cuál otro, en respaldo de qué determinado valor (respaldo obtenido por arcanos mecanismos) ha de prevalecer en cierta ocasión. Si los principios a que refiere la norma expresan nebulosas estimativas sobre lo que es querido, y si los valores que presuntamente los secundan resultan aún más difíciles de definir, las imprecisiones con que unos y otros son formulados han de incrementarse de manera formidable y, en lugar de traer luz, nos entregarán nuevas dudas y más incertezas (a menos que, claro, sean los principios y valores que defienden los de nuestra misma camiseta).

En otras palabras: a fuerza a querer entregar la mayor cantidad de soluciones, y hacerlo en términos tan genéricos como para que abarquen la mayor extensión posible, se pierde claridad, precisión, eficacia, etc. Y ello aumenta la aceptabilidad

(35) No puedo dejar de recordar el estado de intolerable duda que aqueja al Juez Tatting, cuando renuncia -por otras circunstancias- a participar en la resolución de “El caso de los exploradores de caverna” (Lon Fuller, 2002).

de la excusa de un juez basada en la vaguedad (actual o potencial) de las reglas, los principios, las políticas y/o las directrices que suman, que se agregan a las propias de los lenguajes naturales y a las generadas por términos tan ampulosos y tan inabiles con aquellos con que se los nombra.

Con su habitual agudeza, Ricardo Guibourg (2015), hace casi una década, nos señaló: “(...) el nuevo código aparece como un sincero y entusiasta registro del ocaso del derecho, precisamente en el único punto donde su aporte fue alguna vez efectivo. En tono de chanza algo exagerada, podría decirse que, luego de leer el título preliminar, todo el resto del Código ha de tenerse por no escrito, hasta tal punto su contenido queda sujeto a principios imprecisos, a criterios de interpretación subjetivos y cambiantes y a procedimientos de ponderación de derechos y valores que siempre terminan reducidos al ojo de buen cubero (tan parecido al ojo de mal cubero que no hay método objetivo que permita distinguir entre los dos)”.

VII. ¿Qué hacer, entonces? (Algunas conclusiones)

Las objeciones a la escrupulosa aplicación de la prohibición de *non liquet* que he expuesto no habrían convencido, por ejemplo, aun penalista de la talla de Ricardo C. Núñez (1974. p. 155) quien sostenía que ni la invocación de buena fe, por parte del magistrado, de la oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, hace que quede exento del deber de juzgar: el artículo 273 quiere castigar al juez desoye su obligación, por más circunstancias atendibles que invoque.

Me parece, con el debido respeto y salvando las diferencias notables que antes advertí entre el derecho penal y otras ramas del derecho, que de esa forma se está haciendo decir a la ley lo que no dice, como otra forma de mantener el monopolio de la creación normativa en un único poder del estado. Basta como réplica volver a la interpretación textual —a las palabras de la ley, como indica el actual artículo 2° del CCiv. y Com. y antes lo hacía el artículo 16 del Código velezano—: una cosa es *pretextar* y otra, muy diferente, *excusar*. Y agregar, repitiendo cosas ya dichas, que nadie puede estar obligado a hacer lo imposible.

Debe quedar claro, por otra parte, que a lo largo de estas páginas he tratado siempre de referirme a situaciones que, aunque resulten excepcionales, no son imposibles. En los demás casos, cuando el juez se halla ante normas de relativamente fácil interpretación y que son evidentemente aplicables a hechos correctamente reconstruidos (es decir, ante casos claros, fáciles o centrales, donde las reglas guían —con límites bien discernibles— el proceso de toma de decisión) estos señalamientos se hacen innecesarios. Pero como tal cosa, aunque ocurra en una inmensa mayoría de los casos, no es definitiva o infalible, por lo que deberá atenderse también a los casos minoritarios, excepcionales, indeterminados, difíciles, marginales, *borderline cases* o de cualquier otra forma que quiera llamárseles, ya que es allí donde la prohibición de no fallar entra en crisis.

Se me objetará que con esto que digo se corre el riesgo de afectar los más profundos cimientos del sistema jurídico que se verían severamente conmovidos si la resolución de los conflictos de intereses, o la persecución de los delitos, pudieran ser postergados —quizás indefinidamente— por magistrados que adujeran no encontrar normas que les entreguen directivas claras respecto de los criterios que deberían seguir al juzgar, o por tener verdaderas, sólidas y legítimas dudas sobre el sentido de cualquier precepto o su aplicación a determinados hechos. Sin embargo, hacer que la solución sea un mandato irrazonable, confuso e insatisfactorio no es lógico ni recomendable.

¿Hay otras soluciones? No estoy seguro de que las haya. Una podría ser legislar de manera similar a la del Código Civil Suizo que autoriza a los magistrados a actuar, en ciertos casos, como si fueran legisladores (36). Entre nosotros podría facultarse esta excepcionalidad a los jueces ante el silencio, la oscuridad, la insuficiencia de la ley o cualquier otra hipótesis que los coloque en una situación de perplejidad tal que, honradamente, no encuentren otra salida.

Otra posibilidad —que puede parecer una modalización de la anterior— sería permitir que, en los casos marginales, los jueces ejerzan la discrecionalidad: que tengan la potestad de integrar los sistemas, de fijar el sentido de ciertos términos, de indicar los alcances de su campo de referencia, etc. Es decir: que existiera *normativamente* la autorización (que sería, a la vez, la exigencia) del ejercicio de la discrecionalidad por parte de los magistrados (37). Puede agregársele el adverbio que se crea más conveniente: la *prudente* discrecionalidad, la *cauta* discrecionalidad, la *templada*, *sensata* o *razonable* discrecionalidad. Cualquiera de ellos —y otros más— suavizan la idea de “*discrecionalidad*” (que, mal entendida, se asocia con arbitrariedad, con antojo o con sin razón).

Cualquiera de estas posibilidades que fueran reconocidas, aun en las instancias excepcionales a las que acudir por parte del juez ante una flagrante y justificada irresolución, podrán no ser la mejor solución, pero seguramente evitarían muchas más confusiones, conflictos e incertidumbres que la prohibición del *non liquet*.

(36) El punto 2 del artículo 1° de dicho Código prescribe: “A falta de disposición, el tribunal decidirá conforme al derecho consuetudinario y, a falta de éste, conforme a la norma que establecería como legislador”.

(37) Tal cosa implica, por supuesto, una delegación de facultades (aunque más no sea referida a hipótesis puntuales) de parte del legislador en favor del aplicador de normas. Esa hipotética delegación que ha sido objeto de rechazo y críticas, siendo la principal que el Poder Judicial carece de la legitimidad democrática proveniente de la elección popular de sus miembros. Aunque este no sea el lugar para discutir con amplitud tal aserto, no puede abstenerme de señalar que los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial, aunque por un mecanismo indirecto, también son elegidos por la voluntad popular (a través, por ejemplo, del Consejo de la Magistratura).

Repito: el integrar el ordenamiento con elementos del propio sistema o de otro similar (infiriendo principios), el establecer con la mayor rigurosidad el sentido y alcance de las normas, el fijar límites a las palabras (y a las normas) imprecisas, el resolver las imprecisiones actuales o potenciales, etc., puede lograrse poniendo en la letra de la ley lo que, casi a escondidas, hacen los jueces: optar entre distintas posibilidades, elegir soluciones entre alternativas, seleccionar medios considerando fines, escoger uno de varios sentidos posibles de cualquiera cosa que sea, y demás. De esa manera ya no importará la diferencia entre *pretextar* y *excusar* porque, ahora sí, habrá una herramienta reconocida para enfrentar las imprecisiones y vacíos legales.

Por supuesto que quedarían por resolver otras cuestiones por las cuales un juez podría negarse a dictar una sentencia —entre ellas, la objeción de conciencia—, pero eso es tema de otro trabajo.

VIII. Referencias

Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (18), 6-25. <http://dx.doi.org/10.5347/isonomia.v0i18.501>

Capella, R. (1968). *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*. Ediciones Ariel.

Carrió, G. (1986). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo Perrot.

Copi, I. M. (1995). *Introducción a la lógica*. (34a ed.). EUdeBA.

Creus, C. (1999). *Derecho Penal. Parte especial*. (T. II, 6a ed.). Editorial Astrea.

Fontán Balestra, C. (1985). *Derecho Penal. Parte Especial*. (10a ed.). Abeledo Perrot.

Fuller, L. (2002). *El caso de los exploradores de cavernas*. Lexis Nexis.

Ghirardi, O. (2003). *Introducción al razonamiento forense*. Editorial Dunken.

Gómez, A. y Bruera, O. M. (1984). *Análisis del lenguaje jurídico*. (2a ed.). Belgrano.

Guibourg, R. (2015). El sincero ocaso del derecho. *La Ley*, 1229.

Hart, H. L. A. (1977). *El concepto de derecho*. (2a ed.). Abeledo Perrot.

Mordechai Rabello, A. (2004). Non liquet: from modern law to roman law. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 10(1).

Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. (2a ed.). Editorial Astrea.

Núñez, R. C. (1974). *Derecho penal argentino*. (T. VII). Lerner Ediciones.

Rodilla, M. Á. (2013). *Teoría del derecho*. Ratio Legis Librería Jurídica.

Rodríguez, S. (1975). Pequeña serenata diurna [Canción]. En *Días y flores*. Egrem.

Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia*. (3a ed.). EUdeBA.

Soler, S. (1969). *Las palabras de la Ley*. Fondo de Cultura Económica.

Von Wright, G. H. (1970). *Norma y acción, Una investigación lógica*. Tecnos.

Fecha de recepción: 31-03-2025

Fecha de aceptación: 21-06-2025

