

V. EL MODELO DOGMÁTICO DEL “LEGISLADOR RACIONAL”	85
1. Propiedades del legislador “racional”	85
2. Funciones de la hipótesis de la racionalidad del legislador	88
3. Reglas interpretativas derivadas del modelo	92
El ordenamiento jurídico no tiene contradicciones	92
El ordenamiento jurídico es operativo	93
El ordenamiento jurídico no tiene lagunas	94
El orden jurídico es preciso	94
El orden jurídico es dinámico	95
El orden jurídico es finalista	95
4. Conflictos entre los ideales presupuestos por el modelo	95
5. Vigencia del modelo del legislador racional en la dogmática. Evaluación	99

V. EL MODELO DOGMÁTICO DEL “LEGISLADOR RACIONAL”

En otra parte del trabajo hemos referido algunos aspectos característicos del racionalismo iusnaturalista y su influencia en la ideología de la dogmática jurídica. Allí expusimos que los autores de esta corriente presentan paradigmas de ordenamientos jurídicos basados en la “razón natural” o en la “naturaleza de las cosas”, que pretendían ser, aparte de intrínsecamente justos, coherentes, completos, económicos y precisos, a diferencia del derecho vigente de la época que era producto de “dicta” arbitrarios de los príncipes, contradictorios, incompletos, redundantes y extremadamente vagos.

Cuando se produjo el movimiento de codificación, la actitud de rechazo de los juristas respecto al derecho vigente fue cambiando radicalmente para transformarse en una adhesión dogmática y formal.

Pero esta actitud, que describimos antes, no se limitó a considerar “válido”, “objetivo” o “verdadero” al ordenamiento jurídico que contaba con una obediencia generalizada —de acuerdo a las ideas de la reacción historicista— sino también se extendió a atribuirle al ordenamiento jurídico ciertas propiedades materiales y, sobre todo, formales.

La atribución de estas propiedades no se formula como una hipótesis empírica a ser verificada, por los hechos, sino como un presupuesto dogmático excluido de la contrastación fáctica.

La argumentación acerca de la pertenencia de estas propiedades a todo sistema jurídico se desarrolla mediante la ficción llamada del “legislador racional”.

I. PROPIEDADES DEL LEGISLADOR “RACIONAL”

Los juristas utilizan un modelo de legislador que poco tiene que ver con los legisladores de carne y hueso que sancionan las leyes.

Es en primer lugar *singular* a pesar de que muchas normas generales son sancionadas por cuerpos colegiados, formados por una pluralidad de personas, la mayoría de las veces con opiniones discrepantes.

En segundo término es *imperecedero* a pesar de que los legisladores reales, que han sancionado leyes muy antiguas, como el Código Civil, hace muchos años que han muerto.

En tercer lugar, y esto está relacionado con las propiedades anteriores, es *único*, en el sentido que sanciona todas las normas de un ordenamiento jurídico, a pesar del hecho de la diferencia de tiempo entre la sanción del Código Civil y Penal, por ejemplo, no obstante que casi nunca es la misma gente la que sancione el primer artículo de un código, de la que sanciona el último.

En cuarto lugar, es *consciente*, ya que tiene conocimiento de todas las normas que sanciona, a pesar de que los legisladores reales a veces sancionan un código a libro cerrado, otras veces levantan la mano votando por orden del líder político de su sector, sin saber de qué se trata, otras sólo concurren al recinto de sesiones para votar, etcétera.

En quinto término, el legislador "racional" es *finalista*, pues siempre persigue un propósito definido al sancionar una ley.

En sexto lugar, es *omnisciente* pues conoce todas las circunstancias fácticas abarcadas por las normas generales que dicta, ya sean que ocurran en el momento de la sanción de la ley o en un futuro remoto.

En séptimo lugar, es *omnipotente*, pues su voluntad permanece vigente indefinidamente a menos que él mismo la autolimita o la revoque por un acto de voluntad opuesto.

En octavo término, el legislador "racional" es fundamentalmente *justo*, ya que si la aplicación de la norma, según su sentido natural, lleva a una solución jurídica injusta para algún caso concreto, es de suponer que no está de acuerdo con la voluntad real del legislador y es admisible una limitada modificación del significado de la norma para adecuarla a los estándares valorativos vigentes.

En noveno término, es *coherente*, ya que su voluntad no puede contradecirse consigo misma.

En décimo lugar, el legislador "racional" es *omnicomprensivo*, ya que no deja ninguna situación jurídica sin regular.

En undécimo término, es *económico*, en el sentido que no dicta normas redundantes.

En duodécimo lugar, el legislador "racional" es *operativo*, ya que las normas que dicta no carecen de aplicabilidad.

En decimotercer lugar, es *preciso*, en el sentido que su voluntad real tiene una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje que accidentalmente utilice.

En suma, el legislador "racional" tiene casi todas las propiedades de los dioses teológicos, quizá con la única diferencia relevante de que su tarea se agota con la legislación.

Como ya lo hemos destacado, los legisladores reales, mortales de carne y hueso, no tienen estas características. En los sistemas políticos de distribución del poder son muchas y no una sola persona la encargada de

sancionar normas jurídicas. No siempre son las mismas personas las que sancionan la legislación de un Estado, ya sea porque se distribuye la competencia por razones de materia y de territorio, sea porque algunas cesan en su cargo y otras se incorporan, o porque se van muriendo, o porque no todas participan en todo momento en la sanción de las leyes que se proyectan, etcétera. Muchos legisladores no son conscientes de las normas que votan, ya sea porque no leyeron el proyecto, no asistieron a las sesiones sino para votar; o porque no entienden el tecnicismo de cuerpos jurídicos preparados por especialistas.

En muchos casos los legisladores no tienen un propósito definido al votar una ley, salvo intereses personales, partidistas o políticos, o porque no la conocen, o porque la ley no cumple una función particular,¹ y en otras ocasiones muchos legisladores tienen propósitos distintos, y hasta opuestos, al sancionar un cuerpo legislativo. Los legisladores que son conscientes de lo que sancionan, y tienen algún propósito al hacerlo, toman en cuenta solamente algunos pocos casos genéricos y no perciben todas las circunstancias fácticas abarcadas por la ley ni del momento, ni mucho menos, futuras. La voluntad del legislador está limitada, por el cumplimiento de determinadas reglas, por la voluntad de otros legisladores que concurren a adoptar una decisión y, además, por la voluntad de los legisladores futuros, aparte de los factores que hacen ineficaz la decisión tomada. El legislador, como cualquier ser humano, es justo o injusto de acuerdo a las pautas valorativas que se utilicen para juzgar sus actos. El legislador real se contradice muchas veces consigo mismo y más frecuentemente con otros legisladores. El legislador de carne y hueso deja muchas situaciones jurídicas sin regulación, sea por no tener conciencia de ellas, sea por no considerarlas relevantes. El legislador en muchas ocasiones es redundante, sobre todo con relación a las normas dictadas por otros legisladores. No siempre el legislador real es operativo, ya que muchas veces dicta normas que no pueden ser aplicadas por razones lógicas, empíricas o técnicas. En fin, el legislador-ser humano debe utilizar algún lenguaje natural para comunicarse y la expresión de su voluntad está sujeta a las imperfecciones de ese lenguaje, siendo el hecho de que en muchas ocasiones no tiene esa voluntad mayor "profundidad intencional" que la que se manifiesta en el significado del lenguaje utilizado.²

¹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p. 142. Allí dice que a menudo es imposible atribuir algún propósito a una ley, sobre todo las que hacen a las instituciones jurídicas centrales que están profundamente arraigadas en nuestra tradición cultural. Es absurdo, agrega, preguntarse acerca del propósito de una ley de matrimonio, divorcio, propiedad o herencia. Existen tales leyes como postulados culturales por sí mismas y no porque cumplan con algún propósito social.

² Ross, Alf, *op. cit.*, p. 116, citando a Naess.

2. FUNCIONES DE LA HIPÓTESIS DE LA RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR

A pesar de su no correspondencia con las personas encargadas de dictar el derecho positivo, la expresión "legislador racional" cumple una función relevante en el discurso del jurista. Podemos sugerir la hipótesis de que se trata de un *término teórico*, tal como fue definido en el capítulo iv. No es posible otorgarle referencia fáctica, sino sólo definirlo implícitamente en el contexto de la teoría que más adelante reseñaremos superficialmente.

La teoría del legislador racional permite justificar un conjunto muy amplio de soluciones jurídicas originales de la dogmática, haciendo compatibles los ideales parcialmente competitivos, por un lado, de aceptar dogmáticamente el derecho positivo y, por el otro, adecuarlo a los estándares valorativos vigentes.

La ficción que comentamos permite atribuir esas soluciones efectivamente originales a la misma voluntad de la cual derivan las soluciones jurídicas positivas.

Pero, a pesar de cumplir estas funciones relevantes, la ficción del "legislador racional" responde a razones más profundas. Entre otras, se encuentra la pretensión de que para que el derecho sea válido debe haber una voluntad de un tipo especial detrás de él. Se ha intentado hacer una analogía entre las normas jurídicas y las órdenes respaldadas por amenazas; por ejemplo: la de un asaltante que exige la bolsa. Es obvio que la eficacia de ese imperativo está dada porque suponemos que es expresión de una voluntad dispuesta a actuar en nuestro perjuicio si no se cumple. Por otra parte, esa orden no es permanente y cesa tan pronto el que la emitió da muestras de desistir de su pretensión.

Pero con el derecho pasa algo muy distinto. Aun superando el problema de determinar la voluntad de los legisladores que sancionan las normas jurídicas, se presenta la grave dificultad teórica de su permanencia a pesar de que los que las dictaron no están pensando más en el asunto, o, más claramente, hace muchos años que han muerto. Algunas teorías pretenden que la voluntad que cuenta es la que sucesivamente va manteniendo, casi siempre tácitamente, la vigencia de la ley; así Hobbes afirma: "El legislador no es aquél por bajo cuya autoridad la ley fue hecha por vez primera, sino aquél por cuya autoridad continúa hoy siendo ley."³ Los inconvenientes teóricos de esta tesis han sido expuestos claramente por Hart.⁴ Independientemente de ellos, la adop-

³ *Leviathan*, cap. xxvi, citado por Hart, H. L. A. en *El concepto del derecho*, Abcledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 79.

⁴ *Op. cit.*, p. 80.

ción de tal teoría crearía a la dogmática la grave dificultad de suponer para cada norma una correspondencia volitiva diferente, a medida que va cambiando la integración de los cuerpos que la dictaron y son competentes para su modificación. Se llegaría, además, al extremo opuesto de la actitud que se quiere evitar, o sea la de relacionar estrechamente el significado de las normas jurídicas con la intención de las personas que las dictaron, al desvincularlo totalmente de esa intención y referirlo a una presunta voluntad de los legisladores actuales.

De este modo, la idea de suponer una única voluntad permanente detrás de un ordenamiento jurídico es una ficción sumamente cómoda. Por un lado tal voluntad se vincula con los propósitos de los legisladores que sancionaron la ley, pero trasciende a ellos y permite adaptar el derecho a las cambiantes circunstancias fácticas y a los nuevos estándares valorativos. La relación con la voluntad general roussoniana aparece aquí también. Rousseau⁵ afirmaba que la voluntad general no puede errar, que es siempre recta. Sería excesivo atribuir a los juristas una afirmación semejante respecto a la voluntad que respalda al derecho, pero por cierto la dogmática imputa a esa voluntad la menor cantidad de errores posibles. Por otra parte, esa voluntad si bien a veces se equivoca, por lo menos no se contradice consigo misma, según la dogmática, lo cual va mucho más lejos de lo que los hechos pueden confirmar.

Esa voluntad única y permanente tiene como sujeto al legislador racional, que ya hemos caracterizado, y algunas de cuyas virtudes fueron expuestas por Rousseau.⁶

Leszek Nowak en un artículo titulado: "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique",⁷ realiza un interesante análisis de la teoría dogmática que estamos exponiendo. Allí afirma:

El rasgo característico del método jurídico (es decir, aplicado en la ciencia jurídica llamada dogmática, la ciencia del derecho civil, penal, etcétera) de interpretación de los textos legales, es que tiende a una "optimización" de la ley, es decir, a reconstruir a partir de prescripciones legales las mejores normas posibles del punto de vista de la exigencia de la doctrina moral y política dominantes. Parece que el modo de admitir por parte de la jurisprudencia, el principio de la racionalidad del legislador real permite echar cierta luz sobre esto.

Más adelante, el autor polaco mencionado, afirma que la racionalidad del comportamiento de las personas estudiadas es un principio caracte-

⁵ *El contrato social*, "Los libros del mirasol" (cap. III, cap. IV), p. 171.

⁶ *Op. cit.*, p. 179.

⁷ En "Logique et analyse", marzo, 1969, núm. 45. El párrafo que a continuación citamos está en la p. 82.

rístico de todas las ciencias humanas. Pone como ejemplo la economía, la que supone la racionalidad de las previsiones y decisiones económicas de los individuos. El economista acepta esta hipótesis como una cuestión a ser contrastada con los hechos y, en consecuencia, está dispuesto a abandonarla si ellos la falsifican. El jurista tiene una actitud distinta. La racionalidad del legislador es una cuasihipótesis que se acepta dogmáticamente, sin someterla a verificación empírica. No es una tesis metodológica, sino una pauta normativa que prescribe que los juristas deben interpretar el derecho como si el legislador fuera racional.⁸

Según Nowak, los juristas no sólo presuponen la racionalidad del legislador, sino que también le atribuyen determinados conocimientos y ciertas preferencias valorativas, a saber: los conocimientos proporcionados por la ciencia contemporánea al jurista y no al legislador, y las valoraciones morales y políticas vigentes en la época del jurista.⁹

Estas atribuciones también se formulan dogmáticamente:

Por las particularidades de la interpretación jurídica —el hecho de considerar sin reservas el principio de la racionalidad del legislador, el atribuirle los conocimientos más justificados y las preferencias “más generosas” (desde el punto de vista del intérprete) — ésta encuentra su analogía con toda interpretación dogmática, doctrinaria, que consista más en respaldar las concepciones del intérprete con el nombre de una autoridad que en reconstruir las concepciones reales de una autoridad filosófica, política, o teológica dada. Pero, aunque tal operación, por ejemplo, cuando busca interpretar textos filosóficos, carece de base cognoscitiva, la interpretación dogmática de un texto legal es un instrumento necesario e indispensable de la adaptación de las prescripciones legales a las exigencias de la vida social. Ella es realmente un medio eficaz para la realización de las funciones, a decir verdad no epistemológicas, de la jurisprudencia.

⁸ *Op. cit.*, p. 84. En el mismo volumen de la revista citada hay un interesante ensayo de Leksander Peczenik titulado *Empirical foundations of Legal dogmatics*, quien comenta la teoría de Nowak, desarrollada con más amplitud en *Proba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, rechazando que el presupuesto de la racionalidad sea una hipótesis aceptada dogmáticamente. Peczenik sostiene que ésta es una directiva que los propios juristas aceptan, es decir que es una regla que indica que las interpretaciones dogmáticas deben adecuarse a estándares de racionalidad. Para este autor la regla que prescribe a los juristas hacer una interpretación racional de la ley, aunque el legislador no lo haya sido, puede descomponerse en estas otras reglas: 1) las leyes deben interpretarse de acuerdo a las reglas sintácticas del lenguaje en el cual fueron formuladas; 2) las leyes deben interpretarse de tal modo que no resulten incompatibles unas con otras; 3) las leyes no deben ser interpretadas de tal modo que, por su estructura lógica, resulten siempre obedecidas o siempre violadas. Peczenik sostiene que en la asunción del postulado de la racionalidad de la conducta, la dogmática se parece a las demás ciencias sociales, pero se distingue de ellas en cuanto la dogmática adopta ese postulado como una directiva y no como una hipótesis empírica. Esto fundamenta para este escritor la naturaleza no puramente cognoscitiva de la dogmática jurídica, o sea su función creativa.

⁹ *Op. cit.*, p. 84.

El desarrollo de Nowak va un poco menos lejos de nuestra tesis, pues él supone que la atribución dogmática de “racionalidad” se refiere a los legisladores reales, es decir a personas que es empíricamente posible que posean tal cualidad, aunque la mencionada atribución no está supeditada a verificación empírica; nosotros, en cambio, pensamos que, aparte de la racionalidad, se le atribuyen al legislador otras propiedades que es empíricamente imposible que posea —claramente, la de su permanencia indefinida— por la cual creemos que, a pesar de sus manifestaciones y de sus propósitos conscientes, los juristas no se refieren en muchos contextos, a ningún individuo real cuando utilizan la expresión “legislador”, sino que esta palabra funciona, en buena parte de los desarrollos dogmáticos, como un término teórico correlacionado parcialmente, y no definido explícitamente, con la conducta de los legisladores reales. Esto significa que el término “legislador”, tal como la dogmática lo utiliza, no tiene correspondencia fáctica, no denota ningún individuo ni designa ningún conjunto de propiedades, cuya presencia sea necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la palabra. Se lo usa ante determinadas condiciones establecidas por ciertas reglas de correspondencia y sólo es definible implícitamente con el contexto de una teoría normativa, que pasamos a exponer.

De la atribución al legislador de las propiedades que hemos mencionado se deduciría una serie de características del ordenamiento normativo dictado por él.

El análisis desprejuiciado de los ordenamientos jurídicos vigentes muestra que ellos no poseen necesariamente tales propiedades, lo cual implica la falsedad de la premisa de la cual se partió. Como el legislador real se contradice a veces, no tiene en cuenta siempre todos los casos relevantes; el ordenamiento por él dictado tiene a veces contradicciones, casi siempre lagunas y muchas otras imperfecciones.

Pero ya hemos visto que el jurista, con independencia de lo que pretende conscientemente, no habla del legislador de carne y hueso. Tampoco se refiere cuando pretende atribuir al ordenamiento jurídico vigente el ser completo, coherente, económico, etcétera, a ese ordenamiento. Independientemente de lo que manifiesta y pretende, el dogmático se refiere a un ordenamiento jurídico *óptimo*, con afirmaciones que se infieren de las referidas a un legislador ideal. Como se presupone que tal legislador es real, encubiertamente el jurista da reglas para la “optimización” del derecho positivo, para ponerlo a la altura del legislador que lo sancionó. Eso optimización, en la ideología del jurista aunque no en los hechos, no consiste en reformular el derecho positivo, sino en descubrir toda su perfección, oculta a los ojos poco agudos.

Es obvio cómo de esta forma se pone de manifiesto la importantísima

función del jurista de adaptar el derecho o ideales racionales. Es también evidente cómo se oculta, en general no deliberadamente, esta función con la pretensión de deducir propiedades del orden jurídico de supuestas cualidades del legislador que lo sancionó.

3. REGLAS INTERPRETATIVAS DERIVADAS DEL MODELO

De la teoría normativa del "legislador racional", presentada bajo apariencia descriptiva, es posible inferir reglas de interpretación,¹⁰ formuladas como proposiciones acerca del derecho positivo.

Algunas de estas reglas son las siguientes (mencionamos en primer término la proposición que supuestamente describe una propiedad racional del orden jurídico y luego la regla que encubre esa proposición con sus subreglas más específicas):

El ordenamiento jurídico no tiene contradicciones

Regla 1: No es admisible como conclusión de una interpretación que dos normas jurídicas se contradigan. O bien: "No está correctamente resuelto un caso sino sobre la base de mostrar la coherencia del sentido acordado a un precepto con el sentido que corresponde a otros preceptos pertenecientes por, decirlo así, a la misma constelación"¹¹ (principio de unidad sistemática).

Regla 1.a.: Si dos normas jurídicas se contradicen, se debe en principio preservar la aplicabilidad de la superior aún a costa de la de nivel inferior (principio jerárquico).¹²

Regla 1.b.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una tiene un ámbito de aplicabilidad más limitado que el de la otra, se debe dar, en principio, preferencia a la más específica (*lex specialis*).¹³

Regla 1.c.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una es posterior a la otra, en principio, debe darse preferencia a la posterior sobre la anterior (*lex posterior*).

¹⁰ Algunas de estas reglas están enunciadas en la obra de Nowak citada.

¹¹ Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, p. 168.

¹² Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 169.

¹³ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 127. Allí dice este autor que estos principios no son necesarios a todo sistema jurídico, así como tampoco el de *lex superior* y *lex posterior*, sino que sólo se les presta una adhesión condicional que admite excepciones en algunos casos. Esta tesis la reproducimos nosotros en el ensayo que realizamos con el profesor J. A. Bacque, con el título de "Lesiones y Retórica". "La Ley", Buenos Aires, núm. 126, abril-junio de 1967, p. 966.

Regla 1.a.b.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una es superior y general y la otra es inferior y especial, se aplica, en principio la regla 1.a.

Regla 1.a.c.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una es superior y anterior y otra inferior y posterior se aplica, en principio, la regla 1.a.

Regla 1.b.c.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una es anterior y especial y la otra posterior y general, si no hay derogación expresa de la anterior en principio, se aplica la regla 1.b.

El ordenamiento jurídico es operativo

Regla 2: Debe interpretarse las normas jurídicas de tal manera que cada una de ellas tenga un ámbito autónomo de efectiva aplicabilidad. O en otras palabras: "Entre dos interpretaciones del mismo complejo de preceptos, es mejor la que da contenido dispositivo a las palabras de la ley que la que se ve forzada a negárselo" ¹⁴ (principio de vigencia o de operatividad).

Regla 2.a.: La conclusión de una interpretación no puede ser, en principio, que una norma no debe ser aplicada a ningún caso.

Regla 2.b.: Una interpretación no debe llevar a la conclusión, en principio, de que una norma jurídica carece de significado.

Regla 2.c.: La interpretación de una norma jurídica no debe, en principio, asignarle como referencia, estados de cosas empíricamente imposibles.

Regla 2.d.: La interpretación de una norma no debe implicar, en principio, la conclusión de que establece las mismas consecuencias jurídicas para los mismos hechos que otra norma jurídica (principio de economía).

Regla 2.e.: De dos interpretaciones de una norma jurídica es mejor en principio, la que se le asigna un sentido que, por concordar con las pautas valorativas vigentes, hace presumir que tendrá mayor probabilidad de cumplimiento.

Regla 2.f.: De dos interpretaciones de una norma jurídica es mejor, en principio la que asigna a los términos de la misma un significado que, por concordar con el uso común, hace presumir que tendrá mayor probabilidad de ser comprendida y obedecida.

¹⁴ Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 168.

El ordenamiento jurídico no tiene lagunas

Regla 3: No debe ser, en principio, la conclusión de una interpretación que no hay ninguna solución jurídica para un caso determinado (principio de completitud).

Regla 3.a.: En el ámbito penal, si la conclusión de una interpretación implica que no hay sanción para un caso determinado, la solución debe ser la impunidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

Regla 3.b.: De dos interpretaciones acerca de una norma jurídica es mejor, en principio, la que relaciona una solución jurídica con un conjunto mayor de casos.

Regla 3.c.: De dos teorías normativas es mejor en principio, la que permite deducir normas que relacionen soluciones jurídicas con mayor número de casos.

Regla 3.d.: Si un caso genérico tiene algunas propiedades relevantes en común con otro caso genérico relacionado con una solución jurídica, es admisible, en principio, atribuirle al primer caso la misma solución jurídica (analogía).

El orden jurídico es preciso

Regla 4: No es admisible como conclusión de una interpretación, que una norma jurídica o un conjunto de ellas no tiene significado unívoco. La conclusión de una interpretación no puede establecer que algún término de una norma jurídica es vago o ambiguo, o que la norma padece de una ambigüedad sintáctica.

Regla 4.a.: De dos interpretaciones acerca del significado de una palabra de una norma jurídica, es mejor la que le asigna el mismo significado que ya se ha establecido para esa palabra, en el caso que fuera utilizada en otra norma jurídica.

Regla 4.b.: De dos interpretaciones acerca del significado de una palabra de una norma jurídica es mejor, en principio, la que concuerda con el uso técnico jurídico o con el uso común de la palabra.

Regla 4.c.: De dos interpretaciones acerca del significado de una palabra de una norma jurídica es mejor, en principio, la que concuerda con el uso que se le dio en los antecedentes de la sanción de esa norma jurídica.

El orden jurídico es dinámico

Regla 5.a.: De dos interpretaciones de una norma jurídica es mejor, en principio, aquella cuya conclusión implique una solución jurídica que se adecue a las pautas valorativas vigentes en el momento de la interpretación.

Regla 5.b.: De dos interpretaciones de una norma jurídica es mejor, en principio, la que presuponga proposiciones empíricas con mayor grado de confirmación en el momento de la interpretación.

El orden jurídico es finalista

Regla 6: No es admisible como conclusión de una interpretación que una norma jurídica no presuponga ningún propósito reconocido socialmente.

Las reglas mencionadas no agotan, por cierto, todas las posibles inferencias normativas a partir de la teoría del legislador racional. No son exhaustivas.

La presentación de esas reglas no pretende ser sistemática. Hay evidentes superposiciones entre ellas. No son excluyentes.

Las reglas señaladas tienen distinto carácter. Algunas de ellas consisten en exigencias derivadas de determinados ideales racionales, así, por ejemplo: las reglas 1, 2, 2a, 3, 3a, 4, 6, etcétera. Otras reglas indican procedimientos para la concreción de esos ideales, por ejemplo: las reglas 1.a.a., 1.b.c., 2.e., 2.f., 3.d., 4, 4.c., etcétera.

Las reglas que expresan ideales son incondicionales. Las que indican procedimientos para la concreción de esos ideales indican determinadas condiciones, dadas las cuales se presupone que el procedimiento es eficaz para el logro del ideal respectivo. Estas últimas reglas se presentan en alternativas, es decir, que es posible al jurista elegir el procedimiento más adecuado, en atención a determinadas condiciones, para "optimizar" el derecho en cierto sentido.

4. CONFLICTOS ENTRE LOS IDEALES PRESUPUESTOS POR EL MODELO

Los ideales señalados son parcialmente competitivos. En ciertas circunstancias, el conflicto se puede superar si se eligen determinadas reglas de procedimiento para concretar los ideales en cuestión, pero no si se siguen otras. Es obvio, por ejemplo, que sí, en relación a una materia penal, se pretende completar el sistema mediante la extensión analógica de soluciones prohibitivas, el ideal de completitud se enfrenta con el de

adecuación a los estándares valorativos vigentes, mientras que no ocurre lo mismo si se asigna a los casos no previstos soluciones jurídicas de carácter permisivo.

Los ideales racionales que se presentan en conflicto más dramático son los de coherencia y operatividad o vigencia.

El jurista para ser, él mismo, racional no puede prestar adhesión a dos normas contradictorias. Si se da ese caso, deberá restringir total o parcialmente el ámbito de aplicabilidad de una de ellas o de las dos.

En los casos de aplicabilidad de las reglas que hemos señalado id.d.l.b.c., la solución se obtiene en forma casi mecánica,¹⁵ y abiertamente se abandona, salvo circunstancias muy especiales, el ideal de operatividad en favor del de coherencia.

No ocurre lo mismo cuando el conflicto se plantea entre normas respecto a las cuales no es posible aplicar las reglas en cuestión, es decir cuando se trata de normas dictadas al mismo tiempo, que tienen el mismo nivel y el mismo grado de generalidad. Por ejemplo: cuando pertenecen a un único cuerpo codificado. En estos casos, generalmente también cede el ideal de vigencia, pero no sin previamente proteger la adhesión subjetiva a aquél mediante un refinado aparato retórico

Son notables los esfuerzos de los dogmáticos para preservar algún ámbito de aplicación para dos —o más— normas contradictorias.

Pongamos un ejemplo, esta vez el derecho civil: El artículo 3354 del Código Civil, antes de su supresión por la Ley 17.711, estaba en abierta contradicción con una serie muy grande de otros artículos del mismo cuerpo. Disponía ese artículo que los que tengan una parte legítima de la sucesión podían repudiar la herencia, sin perjuicio de tomar la legítima que les correspondía. Se oponía, entre otros, al artículo 3.591 que establece que la legítima de los herederos forzosos es un derecho limitado a determinada porción de herencia, al 3.353 que dispone que debe juzgarse al renunciante como no habiendo sido nunca heredero y que la sucesión se debe diferir como si aquél no hubiera existido, al 3.539 que establece que la herencia se considerará vacante, entre otras situaciones cuando el heredero repudiare la herencia y no se presentare ningún otro pretendiente, con el 3.317 que establece que la renuncia debe ser pura y simple y no sujeta a condición, plazo, ni de parte de una herencia, etcétera.

No tiene sentido recoger aquí los esfuerzos de los civilistas para otor-

¹⁵ Esta afirmación no contradice la posición de Ross y la nuestra de un trabajo anterior, mencionadas en la nota 3. El hecho de que estos principios no sean necesarios no implica que no reciban una amplia adhesión de los juristas, aun cuando los abandonen en casos excepcionales. La cesantía del principio de vigencia crea mucho menos conflictos en los casos en que son aplicables esos principios cuando no lo son.

gar algún ámbito de aplicabilidad al artículo 3.354, basta solamente con transcribir una nota de un excelente jurista, aunque, quizá, dogmático poco ortodoxo, quien propone la rara solución de tener por no escrito, es decir, negarle absoluta aplicabilidad al artículo en cuestión:

Se me ha criticado esa solución por demasiado radical. Sin embargo, los que creen que debe hacerse algún sitio para el artículo 3354, se ven obligados a destrozar otras partes del Código, haciendo combinaciones artificiosas, como si el legislador se hubiera complacido en expresarse por medio de logogrifos. Considero que este procedimiento es el que más se aleja de la ley, porque pervierte en gran número de artículos, destruyendo el sentido obvio que tienen. Yo me pregunto si un heredero que ha hecho renuncia de la herencia ante escribano, puede venir luego al juicio sucesorio de su causante y a recoger allí su legítima. Y esto es lo que nadie se atreve a sostener.¹⁶

Estas irritadas palabras de Fornielles son sumamente ilustrativas para mostrar la fuerza que tiene la adhesión de los juristas al ideal de vigencia. También muestran que el propio autor se adhiere a este ideal, además del de claridad, pues su solución está motivada por el propósito de no modificar el ámbito de aplicabilidad de otras normas del sistema, unido al de no convertirlas en disposiciones ininteligibles.

El ideal de vigencia puede estar en conflicto con otros ideales, además del de coherencia.

Pongamos otro ejemplo, ahora del derecho penal:

El artículo 86, inciso 2º del Código Penal, antes de la reforma de la Ley 17.567, eximía de pena en caso de aborto cuando “el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”.

El artículo tenía una ambigüedad sintáctica, pues podía ser entendido como que la calidad de la víctima de ser idiota o demente sólo se exigía en el caso de atentado al pudor, o que se requería también en el de violación.

Si se adoptaba la última hipótesis resultaba la dificultad de establecer el significado de la expresión “atentado al pudor”. Esta expresión la utilizaba la dogmática, y también el código con una leve variante (“ultraje al pudor”), para hacer referencia a lesiones a la honestidad que no implican acceso carnal. Si se aceptaba este significado, siguiendo la regla que hemos mencionado como “4.a.” y que tiene en cuenta el ideal de

¹⁶ Fornielles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, Tipográfica Editorial de Argentina, Buenos Aires, 1958, t. I, p. 140.

precisión del derecho, resultaba que el artículo reglaba un estado de cosas empíricamente imposible: el embarazo proveniente de un acto lesivo de la honestidad que no importe el acceso carnal; con lo cual se violaba gravemente la regla que hemos numerado "2.c.", y que presta atención al ideal de vigencia. Dentro de esta hipótesis, si se optaba por un significado de la expresión "atentado al pudor" que implicase acceso carnal, abandonado abiertamente la regla "4.a.", resultaba también afectado, aunque no de una manera tan grosera, el ideal de operatividad, pues debía admitirse que el legislador había incurrido en una insólita redundancia —ver regla 2.d.— estableciendo: la violación o la violación de una mujer idiota o demente (entendiendo que la calidad idiota o demente de la mujer es exigida en "ambos casos" de violación).

La primera hipótesis fue la que recibió mayores adhesiones. La calidad de idiota o demente de la mujer se exigía, según ella en el caso de la segunda acción denotada por la expresión "atentado al pudor", pero no de la referida por la palabra "violación". Como era necesario aceptar que "atentado al pudor" significaba acceso carnal, cediendo al ideal de precisión en favor del de operatividad, resultaba aquí también una redundancia pero no tan grave como la de la primera hipótesis; pues la palabra "violación" ya comprende, entre otros casos, el acceso sexual con mujer idiota o demente, lo cual llevaba a admitir que con la frase "atentado al pudor" sobre una mujer idiota o demente se reiteraba parte del significado de "violación". Con esta interpretación se incluía además, de acuerdo con las valoraciones vigentes, la impunidad del llamado "aborto sentimental".

En resumen: esta interpretación ganó más favor dogmático, pues permitía preservar en más alto grado el ideal de operatividad, al rechazar que se hubiera normado un estado de cosas empíricamente imposible; porque, si bien implicaba una redundancia legal, ésta era parcial, a diferencia de la otra alternativa de la hipótesis competitiva, y porque adecuaba la norma a estándares valorativos vigentes. El costo de interpretación estaba dado por el abandono del ideal de precisión —al otorgar dos significados a la expresión "atentado o ultraje al pudor" y por la admisión de la redundancia parcial anotada.

En los dos ejemplos mencionados se ha visto la fuerza del ideal de vigencia u operatividad, que es equivalente a la actitud de adhesión formal al sistema legislado que analizamos en el segundo capítulo; de tal modo, que si bien se restringe o se excluye la aplicabilidad de una norma, se le hace para mantener la operatividad de otras.

Hay casos muy excepcionales, en los cuales, sin embargo, el ideal de

vigencia cede a otros, en especial el de adecuación valorativa del orden jurídico.¹⁷

Un ejemplo está dado por el caso del delito de abandono por causa de honor de un recién nacido seguido de su muerte.

No obstante que esa muerte es preterintencional, el hecho tenía en el Código Penal, anteriormente a la reforma de Ley 17.567, pena mayor que el infanticidio (delito doloso). A pesar de que los autores vieron aquí una contradicción normativa¹⁸ no había tal, sino a lo sumo una laguna axiológica. Algunos dogmáticos, como Soler,¹⁹ proponían que los límites máximos y mínimos de la pena del abandono del recién nacido seguido de su muerte, están dados por los de la pena del infanticidio, lo cual implica tanto como negar vigencia al artículo 107 (abandono), salvo como extensión del tipo del artículo 81, inciso 2º (infanticidio). Se ve claro la renuncia al ideal de vigencia en favor del de adecuación axiológica.

5. VIGENCIA DEL MODELO DEL LEGISLADOR RACIONAL EN LA DOGMÁTICA. EVALUACIÓN

En todos estos ejemplos extraídos de la elaboración dogmática argentina, no se recurre explícitamente a la teoría del legislador racional para fundar determinadas soluciones.²⁰ Creemos que tal hecho se debe a que

¹⁷ Aleksander Peczenik, *op. cit.*, p. 43. sostiene: "Los abogados y juristas tratan de reconciliar dos principios: primero que la interpretación de la ley debe ser estricta, sin correcciones arbitrarias, y segundo que la ley debe ser justa. La justicia a menudo exige correcciones del sentido literal de las leyes. A pesar de eso, en la dogmática jurídica existe la continua necesidad de un compromiso entre el principio de interpretación estricta de la ley y el principio de justicia."

¹⁸ Véase por ejemplo, Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, p. 215.

¹⁹ *Op. cit.*, t. III, p. 216.

²⁰ Una manera interesante y explícita de la idea que la contradicción entre dos normas pertinentes a un sistema es incompatible con el postulado de la racionalidad de la autoridad que las sancionó, la podemos encontrar en la obra de un lógico. G. H. von Wright, *Norma y acción*, Tecnos, Buenos Aires, 1970, p. 162. En tal trabajo se dice: "Que las normas pueden contradecirse unas a otras lógicamente no es algo que la lógica "por sí sola" puede mostrar. Puede mostrarse, si acaso, sólo en base a consideraciones que pertenecen a la naturaleza de las normas y no es ni mucho menos obvio que pueda mostrarse ni aun así. La única posibilidad que se me alcanza de mostrar que las normas que son prescripciones puedan contradecirse unas a otras es relacionar la noción de prescripción con alguna noción sobre la unidad y coherencia de una voluntad. Resulta natural aplicar a la voluntad que no convierte sus objetos en incompatibilidades, atributos tales como *racional*, o *coherente*, o *consistente*." Resulta obvio, que los juristas prestan adhesión implícita a esta idea. Tal presupuesto podría tener fundamentos; empíricos si todas las leyes provinieran de un mismo individuo, pero constituye una ficción cuando se trata de un conjunto de leyes dictadas por una pluralidad de personas; en tal caso el presupuesto se basa en la ficción que analizamos, de que el legislador es único." Relativo a esto, el párrafo de Von Wright que, acabamos de citar en parte, concluye así: "Comprobamos ahora que, al menos en lo tocante

la teoría mencionada está presupuesta tácitamente en el desarrollo dogmático con un carácter tan obvio y con tan difundida aceptación que se considera innecesario hacerla manifiesta. La adhesión a esta teoría se pondría de relevancia, según creemos, si se dudara acerca de los supuestos de la labor dogmática: ¿por qué dos normas no pueden contradecirse?, ¿por qué no es posible negar la operatividad de una norma? ¿por qué debe suponerse que las palabras de la ley tienen un sentido unívoco?, ¿por qué una ley no puede resultar obsoleta respecto a nuevos hechos y a nuevas valoraciones?, ¿por qué a cada norma deba corresponderle un cierto propósito? Pensamos que las respuestas a estas preguntas serían siempre del mismo tipo y consistirían en la atribución de propiedades presuntas al legislador que sancionó las normas en cuestión.

La explicitación de la teoría del legislador racional, generalmente, ocurre en otro nivel de investigación jurídica. De este modo, el profesor Sebastián Soler dedica largas páginas²¹ contra la pretensión de la exégesis de identificar a la persona de carne y hueso que sanciona una norma con el legislador, formulando frases tan sugestivas como éstas:

Legislar, pues, no es tarea de psicología; sólo colocándose el legislador en el plano espiritual en que el derecho se encuentre, esto es, elevándose, se hace realmente legislador. *Esto ocurre, pues, a costa de despersonalizarse.*

Es obvio que aquí se usa la palabra "legislador" con dos significados distintos: la primera vez para referirse a un individuo real y, en la segunda ocasión, como un término teórico sin referencia a ninguna persona (prestar atención a los términos subrayados por nosotros).

También Jiménez de Asúa²² hace explícita esta idea en los siguientes términos:

La ley no surge hoy —en las democracias— del autócrata, de una sola persona, cuyo "espíritu" o "voluntad" es muy difícil hallar. *El legislador es Actualmente una abstracción, mejor dicho una función (subrayado nuestro).*

Para terminar, sólo cabría reiterar la idea que constituye en parte la conclusión del excelente trabajo de Nowak citado: si se considera que es conveniente una reformulación del derecho por parte del jurista para

a las prescripciones la identificación de la compatibilidad con la posibilidad de coexistencia está sujeta a una salvedad importante: *Las prescripciones tienen que tener la misma autoridad.*"

²¹ *La interpretación de la ley*, cit., p. 122.

²² Jiménez de Asúa, Luis, *Tipicidad e interpretación de la ley 11.210*. Ed. "La Ley", cit. por Peña Gueman, Gerardo en *El delito de homicidio emocional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 69.

adecuarlo a ideales racionales y axiológicos aceptados, lo cual parece ser claro, y si es un hecho que, en el presente contexto social, al jurista no le está permitido proceder abiertamente a esa modificación del sistema, la teoría normativa del "legislador racional" cumple una función extremadamente útil en la elaboración dogmática.