

# Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador

MANUEL CALVO GARCIA

Zaragoza

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL POSTULADO DEL LEGISLADOR RACIONAL.—1.1. *La racionalidad profunda de la concepción tradicional.*—1.2. *Del texto al discurso: la superación dinámica de la concepción tradicional.*—1.3. *Consideraciones teóricas actuales sobre el postulado del legislador racional.*—2. LA CONCEPCION SISTEMATICA DE LA RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR Y SUS CONSECUENCIAS DOGMATICAS.—2.1. *El postulado del legislador racional y los desplazamientos en la concepción del sistema.*—2.2. *La coherencia del ordenamiento jurídico.*—2.3. *El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico.*

## INTRODUCCION

A pesar del uso de las definiciones y del característico abuso de las fórmulas, opinamos que no se puede afirmar con propiedad que el lenguaje legal sea un lenguaje formalizado, en el sentido de que sea un lenguaje ideal o suponga un contexto de uso inequívoco. Incluso, cuando se habla de lenguaje artificial o semi-artificial se debe matizar qué se quiere decir para no caer en errores importantes. En todo caso, parece claro que no puede hablarse de un lenguaje legal ajeno o diferente del lenguaje corriente, aunque ello suponga renunciar al paraíso de un lenguaje compuesto por símbolos y signos capaces de significar unívocamente: un lenguaje independiente del contexto de su uso que hiciera posible la especificación deductiva del significado de la ley sin opacidad ni distorsión alguna. Determinadas formas de ambigüedad del lenguaje jurídico pueden reducirse identificando el universo de las relaciones jurídicas como un campo pragmático particular que determinaría la existencia de un sistema de comprensión más riguroso y preciso que el de los usos corrientes del lenguaje. Pero, aun así, hay determinadas formas de ambigüedad que son irreducibles. La explicitación gramatical de las reglas de uso de los conceptos jurídicos más relevantes —generalmente

mediante definiciones y directivas de interpretación— no resuelve de manera definitiva los problemas de ambigüedad expresiva del lenguaje jurídico. Esta es, hoy por hoy, una cuestión ampliamente admitida, por lo que no nos ocuparemos de demostrarla en este trabajo. Simplemente, cabe subrayar que el reconocimiento de la ambigüedad del lenguaje jurídico surge de forma inmediata al constatar que en muchos casos es imposible calificar incontrovertiblemente, sin ambigüedades ni opacidad alguna, unos hechos determinados desde el punto de vista jurídico. El positivismo jurídico, además, a partir de este dato, reconoce la existencia de una «zona de penumbra» que daría origen a un margen hermenéutico irreductible mediante argumentos basados en el contenido intelectual de la norma jurídica, es decir, un margen de discrecionalidad jurídica. Esta «textura abierta» del derecho se pone de manifiesto sobre todo en lo que se ha dado en llamar casos límites o marginales: «una penumbra de casos discutibles en los que las palabras no resultan ni obviamente aplicables ni obviamente no aplicables» (1).

La textura abierta del derecho y la discrecionalidad jurídica inherente a la decisión interpretativa que se deriva de aquélla da origen, por así decirlo, a una cierta *economía de la imprecisión* que, sin embargo, no supone en modo alguno la renuncia al ideal de una objetividad hermenéutica absoluta. La organización de los principios que rigen la administración de la ambigüedad da razones de cómo los juristas han venido integrando las incertidumbres y las opacidades expresivas de la ley a partir de las pretensiones dogmáticas de objetividad y precisión. La holgura hermenéutica a que da lugar la textura abierta del derecho ha funcionado hasta hace bien poco de forma implícita, oculta tras una fundamentación ideológica que negaba su existencia más allá de ciertos umbrales superficiales. Hoy, puede decirse que hemos pasado de la negación radical al reconocimiento explícito y la racionalización, a una manipulación consciente de la ambigüedad expresiva de la ley. Los últimos desarrollos de la metodología jurídica han integrado como algo no patógeno la imprecisión del texto. Incluso, se ha llegado a considerar este aspecto del lenguaje jurídico como algo necesario, tanto desde el punto de vista

---

(1) Herbert L. A. HART, «Separación entre derecho y moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 25-6; con mayor amplitud sobre la «textura abierta del derecho», cfr. HART, *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, México, EN, 1980, p. 155 ss. Esta noción de «textura abierta» debe distinguirse de la de «vaguedad», cfr. Friedrich WAISMANN, «Verificabilidad», en *La teoría del significado*, G.H.R. Parkinson (Edr.), trad. Paloma Villegas, México, FCE, 1976, p. 62: «la textura abierta es algo así como la *posibilidad de vaguedad*. La vaguedad puede ser remediada con reglas más precisas, pero la textura abierta no puede serlo. Otra manera de decir esto sería señalar que las definiciones de términos abiertos son *siempre* susceptibles de corrección o enmienda».

de aspectos coyunturales de la técnica jurídica (2), como desde el prisma de la «liberalización» dogmática de las experiencias y textos jurídicos. En este sentido, Luhmann ha señalado que «los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión» (3). En este trabajo, nos proponemos afrontar el tema de la economía de la imprecisión en base a uno de los postulados que más se ha utilizado y se utiliza en la reducción hermenéutica de los márgenes problemáticos del texto: el postulado de la racionalidad del legislador.

### 1. ESTRUCTURA Y FUNCIONES DEL POSTULADO DEL LEGISLADOR RACIONAL

El postulado del legislador racional tiene una especial relevancia en la organización del contexto de la justificación hermenéutica. La hipótesis de la racionalidad del legislador provee al jurista de argumentos para el contraste y la defensa de la objetividad en la decisión interpretativa. Aun cuando hoy puede considerarse desplazado, en parte, por las concepciones que centran el ideal de la racionalidad hermenéutica en la propia labor del intérprete y el contexto o la situación de comprensión (4), conserva aún importantes funciones en la metodología de la dogmática y la praxis jurídica. El postulado del legislador racional no ha sido formulado teóricamente de una manera uniforme, o mejor, unívoca. Por eso, no es suficiente para su estudio con facilitar los datos más relevantes de su función, haciendo abstracción de los despla-

---

(2) Por ejemplo, en la dogmática administrativa se entiende que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tiene resultados beneficiosos desde el punto de vista del control de la discrecionalidad administrativa, cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1974, p. 32 ss.; con una perspectiva sistemáticamente más elaborada, cfr. Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976. Un buen panorama sobre la problemática de los conceptos jurídicos indeterminados en las distintas ramas del derecho puede verse en Chaïm PERELMAN y Raymond VANDER ELST (Eds.), *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1984.

(3) Niklas LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, CEC, 1983, p. 34. Para Luhmann la función de la dogmática consiste, según demuestran tanto la historia de la dogmática como la de la teología, «no en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente al revés, en el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos», cfr. *ibidem*, p. 29.

(4) Entre las concepciones a las que se hace referencia cabe destacar la nueva hermenéutica jurídica y la teoría de la argumentación racional. En esta línea desde una perspectiva neo-empirista, Peczenik entiende que «los juristas no asumen que el legislador real sea racional, sólo aceptan la regla de que ellos mismos deben ser racionales», cfr. Aleksander PECZENIK, «Empirical Foundations of Legal Dogmatics», en *Etudes de logique juridique*, vol. III, Ch. Perelman (Edr.), Bruxelles, E. Bruylant, 1969, p. 42.

zamientos que se han producido en su formulación teórica hasta llegar al paradigma actual de este postulado. Tal perspectiva, generalizando, enfrenta a la *concepción tradicional* una *fundamentación dinámica* de la racionalidad ejecutiva de la decisión hermenéutica y presenta una situación en la que, por una parte, se solapan conceptos y soluciones y, por otra, se constata un desplazamiento metodológico importante. En síntesis, nos vamos a encontrar con que, en primer lugar, para la concepción tradicional, la objetividad es un problema de contenidos: su lógica es deductiva y la justificación se concibe a partir de un esquema de racionalidad intelectual. Posteriormente, en segundo lugar, observaremos cómo, con la crisis de esta concepción, surge y se afianza un modelo dinámico en el que la justificación se desplaza bien configurando unos márgenes racionales de ejecución o bien hasta concebirse como algo propio e inherente a la posición de sujeto que implica la decisión jurídica que ha de tomarse.

### 1.1. *La racionalidad profunda de la concepción tradicional.*

La concepción tradicional se caracteriza por suponer la existencia de un significado racional profundo detrás, o mejor, expresado por la letra escrita. Hasta cierto punto, las claves de la concepción tradicional han de buscarse en los orígenes de la hermenéutica medieval y humanista y en el tránsito racionalista que adelanta muchas de las soluciones concretas de la metodología hermenéutica de la ciencia jurídica positivista del siglo XIX (5). A partir de este momento, la dogmática jurídica depura conceptualmente el contexto de la justificación hermenéutica, adecuándolo a un programa de consolidación científica. En este sentido, Savigny

(5) Pensamos que es fundamental al respecto la inflexión hermenéutica que impone Agustín de Hipona en su intento de reconducir por los caminos de la verdad dogmática la hermenéutica del Texto sagrado solventando las ambigüedades y las contradicciones del mismo. Agustín busca superar las dificultades del método alegórico de la teología romana volviendo la justificación hacia adentro, para lo cual pone en conexión significado y pensamiento. Con ello, trata, en primer lugar, de inscribir la re-exposición hermenéutica en el Texto, directamente, sin interferencia alguna, y, en segundo lugar, busca cerrar el círculo que hace de la voluntad divina el centro omnipresente desde el que se organizan y administran las soluciones terrenales sin recurrir a argumentos espúreos, cfr. Agustín de HIPONA, *De Doctrina Christiana*, en *Obras*, vol. XV, ed. B. Martín, Madrid, BAC, 1969. Sobre la asunción del significado de la patristica en la jurisprudencia medieval, puede verse Vincenzo PIANO MORTARI, *Dogmática e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Jovene, 1976, p. 174 ss. Sobre el tránsito racionalista de esta ideología pueden contrastarse como paradigmas: Hugo Grocio, *De Iure Belli ac Pacis*, B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp (Edr.), Lugduni Batavorum, E. J. Brill, 1939, *Prolegomena*, pfs. 30-32 y lib. II, cap. XVI; Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, trad. M. Sánchez Sarto, México, FCE, 1980, p. 226 y 229-30; Samuel PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium*, G. Moscovius (Edr.), Frankfurt a. M., Minerva, 1977, lib. XV, cap. XII; ID, *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, trad. Lelia de Ortiz, Universidad de Córdoba (Argentina), 1980, lib. I, cap. XVII.

precisa el significado y la finalidad de la labor hermenéutica concibiéndola como «la reconstrucción del pensamiento contenido o expresado en la ley» (6). Por ello, dado que la interpretación busca el reconocimiento de la ley en su verdad, es necesario que su *espíritu* sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos a quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir enteramente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia» (7). Este mismo planteamiento se encuentra, si cabe, expresado con mayor rotundidad, en la teoría imperativista del positivismo anglosajón. Austin es tajante al respecto: «dado que una decisión legal —*statute law*— es expresada mediante determinados signos y que los mismos están encaminados a transmitir la voluntad del legislador, se tiene que admitir en consecuencia que lo importante en los mismos es el sentido o la intención que se agrega a aquellos signos ciertos» (8). Según esto, el objeto de la interpretación genuina, esto es, de la interpretación propiamente dicha y en sentido estricto, es aprehender «el significado de las expresiones con las que el legislador ha intentado transmitir su intención» (9).

Con su consolidación científica, los ideales de plenitud y coherencia que generan el racionalismo y la codificación se incorporan a la ley, no en la superficie de la misma, en la letra escrita; sino en su significado, en aquello que expresa la letra, que sería en todo caso una instancia racional. También los de universalidad e intemporalidad. La función de presuponer un contenido intelectual detrás de los signos —el significado objetivo de la ley— es doble. Primero, se busca justificar la necesidad excluyente de la interpretación, considerando que ésta revela o especifica un significado objetivo: el espíritu de la ley o su pensamiento o la voluntad del legislador, en tanto en cuanto sea expresada en la ley (10). En segundo lugar, esa instancia profunda, caracterizada por una racionalidad sistemática —que se postula como hipótesis teórica—, permite dotar de una cierta *flexibilidad dogmática* la labor hermenéutica de tal forma que sea posible superar las dificultades, los silencios e, incluso, las contradicciones de la letra escrita con las creencias autorizadas del intérprete sobre lo que debiera o debiera haber sido querido por el legislador. Al darse por descontado el postulado de que el legislador o, en su caso, el senti-

(6) Friedrich KARL VON SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, vol. I, trad. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Góngora, s. a., p. 183. A este respecto quizá sea interesante recordar la noción de interpretación que ya diera Savigny en un trabajo de 1804, cfr. F. K. von SAVIGNY, *Metodología jurídica*, trad. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 14: «la reconstrucción del pensamiento expresado en la ley en cuanto sea conocible en la ley».

(7) SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 187.

(8) John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, vol. II, New York, Burt Franklin, 1970, p. 331-2.

(9) *Ibidem*, vol. II, p. 333. cfr. también AUSTIN, «Note on Interpretation», en *Lectures on Jurisprudence*, vol. III, cit., p. 231 ss.

(10) Cfr. *supra* nota (6).

do objetivo que expresa la ley son racionales, el intérprete no puede llegar a una conclusión hermenéutica en la que el significado de la ley diverja de los cánones de racionalidad aceptados dentro del orden dogmático. La labor hermenéutica debe de estar encaminada a esclarecer el potencial significativo profundo, racional, expresado por la letra de la ley. Esta tendencia hacia la optimización de lo expresado por la ley es, junto a la pretensión de cerrar el círculo de los *elementos* de la actividad hermenéutica sobre la propia ley, la característica más relevante del método jurídico en esta fase de consolidación científica de la dogmática jurídica. En este sentido, el método de la construcción permite, por un lado, dar salida a las exigencias de plenitud y coherencia del sistema jurídico y, por otro lado, ganar los márgenes de flexibilidad necesarios sin renunciar a las exigencias de igualdad y generalidad (11).

El método constructivo surge especialmente vinculado a la idea de sistema, al espíritu sistemático del derecho. Un espíritu que aparece ligado a nociones de carácter científico y a la jurisprudencia *superior*. No se limita a las manifestaciones exteriores del derecho, sino que penetra en la esencia de las cosas, busca esa organización en la fuerza interior del derecho y, desde la misma, inventa y configura, produce construcciones jurídicas elaboradas a partir del precepto legal. Con todo, cabe advertir, que esta concepción relaciona la decisión hermenéutica con los preceptos jurídicos no de manera directa, sino a través de conceptos como los de «institución» o «cuerpo jurídico» (12). La abstracción del método constructivo no sólo simplifica el derecho. Además, abre unas posibilidades infinitas de cara a juzgar lo concreto. La integración de una norma o de un conjunto de normas en un instituto jurídico contribuye, primero, a explicar sistemáticamente esa regulación y, segundo, facilita de manera importante la expansión de las posibilidades regulativas de los preceptos legales en orden a alcanzar el ideal de plenitud del ordenamiento jurídico manteniendo la ficción de que el intérprete no crea derecho y que las soluciones normativas son, en todo caso, deducidas o atribuibles a la ley.

También en los inicios de la ciencia jurídica positivista, comienzan a perfilarse dos formas distintas de localizar o situar el sentido objetivo de la ley, la instancia significativa profunda desde la que se organiza la justificación de la objetividad hermenéutica. Junto a su identificación como la voluntad del sobe-

(11) Cfr. en este sentido, los comentarios de García de Enterría suscitados por la STC de 2 de nov. de 1983, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», en *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 85-174.

(12) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 66; Rudolf von IHERING, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II.2., reimprisión de la 9.ª y 10.ª eds., Aalen, Scientia Verlag, 1968, p. 353 ss.

rano, característica del positivismo imperativista, comienza a hablarse, o mejor, se recupera una terminología que identifica esa instancia racional profunda como el espíritu o el pensamiento de la ley (13). Esta distinción es importante dado que en torno a la misma se van a enfrentar, posteriormente, dos teorías de la interpretación. La primera de estas dos corrientes sostiene que el intérprete ha de buscar la voluntad de hecho del legislador histórico. Mientras que la segunda, la llamada teoría objetiva de la interpretación, busca el significado inmanente de la ley, con independencia de la intención del legislador. Así, según la primera, se «aspira a conocer en las palabras el sentido que el autor había vinculado a ellas»; por el contrario, para la segunda, «la meta de la interpretación es poner en claro el sentido racional de la ley como un todo objetivo con sentido» (14). Esta distinción, reiterada hasta la saciedad en la dogmática jurídica, no debe ocultarnos el carácter unitario de la concepción tradicional en lo que respecta a la manera de construir el contexto de justificación. De hecho, en muchos casos, con ligeras correcciones en cualquiera de ambas teorías —considerar en el primer caso que se habla del legislador actual, valorar los precedentes históricos de la ley a la hora de fijar su sentido objetivo, considerar la incidencia del contexto económico y social en la aplicación de la ley al caso concreto, etcétera—, se ha llegado a resultados técnicos y a conclusiones normativas parejas. Debemos tener en cuenta que para cualquiera de las dos teorías el significado de la ley se concibe como una instancia racional profunda: el *contenido* de la ley. Ya sea éste la voluntad del legislador o el pensamiento de la ley, el intérprete busca siempre un contenido intelectual: un estado mental, algo que ha sido concebido o pensado y que se transmite a través de las palabras.

Tras la renovación de los presupuestos metodológicos, como consecuencia de la pujanza epistemológica del racionalismo, se da por descontado que el contenido de la ley consiste en *ideas abstractas* (15). Es importante resaltar este dato porque da lugar a un talante específico y a unas formas determinadas de proceder en la justificación. Presupuesto el carácter intelectual de la instancia racional profunda que se identifica como el significado de la ley, la organización de esa racionalidad exige una lógica específica, esto es, un procedimiento racional capaz de determinar la medida de la aceptabilidad de las decisiones interpretativas en

---

(13) Savigny usa el término *pensamiento* para subrayar que lo que interesa al intérprete es propiamente la parte intelectual del contenido de la ley, cfr. SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 187.

(14) Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.ª ed., trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 53; cfr. también p. 312 ss.

(15) De entre las múltiples manifestaciones que pueden encontrarse en este sentido, puede verse como una de las más representativas la de John LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2 vol., trad. M.ª Esmeralda García, Madrid, EN, 1980, p. 610.

base a argumentos de carácter intelectual. De esta manera, la objetividad hermenéutica se confronta según un procedimiento lógico-conceptual. El racionalismo, a la par que matematiza y proposicionaliza la verdad, proporciona la coartada ideológica que fundamenta *deductivamente* la objetividad de la decisión hermenéutica. No sólo se concibe que el significado de la ley es perfecto —ahora la ley encierra en sí misma la unidad de poder y razón que la tradición hermenéutica teológica predicaba sólo de Dios (16)—; sino que además se presume que es posible alcanzar ese significado sin fisuras ni opacidades, a través de procedimientos lógico-intelectuales. Para la concepción tradicional, la objetividad de la interpretación, la posibilidad de su comunicación o aceptabilidad universal, puede fundamentarse intelectualmente de una forma absoluta.

### 1.2. *Del texto al discurso: la superación dinámica de la concepción tradicional.*

En la concepción tradicional, el experto administra la imprecisión del texto mediante el recurso a un significado racional profundo del mismo. Sobre esta base, se dispone una función reguladora profunda que sobre-codifica la expresión superficial y permite superar las imprecisiones, los silencios e, incluso, las contradicciones de la expresión textual con las creencias autorizadas del intérprete sobre lo que debe ser pensado o querido por un legislador que se presume racional. El pensamiento contenido en la ley y la voluntad o intención del legislador son instancias profundas, ideales, que promueven recursos hermenéuticos y argumentos que justifican la objetividad de la decisión hermenéutica. Ahora bien, tras la crisis de la concepción tradicional (17), la expli-

(16) Cfr. Enrique GÓMEZ ARBOLEYA, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, IEP, 1962, p. 422, 450.

(17) A principios de siglo, una pléyade de autores y movimientos de vasto alcance en la ciencia jurídica continental, desde Geny a Hägerström, cuestionan la suficiencia objetiva de las decisiones hermenéuticas en los términos en que ésta se planteaba por la concepción tradicional. Cfr. entre las manifestaciones más importantes de esa crítica, François GENY, *Método de interpretación y fuentes de Derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1902; Eugen EHRlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft y Soziologie und Jurisprudenz*, Aalen, Scientia, 1973; ID., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967; ID., *Die juristische Logik*, 2.ª ed., Aalen, Scientia, 1966; Hermann U. KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius), *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. W. GOLDSCHMIDT, en *La ciencia del derecho*, AA. VV., Buenos Aires, Losada, 1949, p. 327-373; Philipp HECK, «Interessenjurisprudenz und Gesetzestreure», en *Interessenjurisprudenz*, G. Ellscheid y W. Hassemmer (eds.), Darmstadt, Wissenschaftliche B., 1974, p. 32-5; Ernst FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, 3 vol., A. S. Foulkes (edr.), Aalen, Scientia, 1970; Axel HÄGERSTRÖM, *Inquiries into de Nature of Law and Morals*, K. Olivecrona (edr.), trad. C. D. Broad, Uppsala, Almqvist, 1953.

citación hermenéutica del significado de la ley tiene lugar en base a un sistema constitutivo de reglas que fija y distribuye las posibilidades de ejecución hermenéutica correctas. Desde este punto de vista, hablar de legislador racional o de la racionalidad del legislador obliga a tomar en cuenta nuevos elementos lógicos y modifica los planteamientos de la solución tradicional. La función del postulado del legislador racional consistiría en convalidar la actuación del legislador al proyectar sobre sus ejecuciones normativas los viejos caracteres vinculados al concepto de racionalidad. Lo expresado por el legislador es racional desde momento en que tal ejecución se produce dentro de un universo regulativo que se presume racional. El texto, incluso, pierde su primacía funcional en favor de una visión dinámica. La especificación del significado de la ley tiene lugar dentro de un discurso, el discurso de las prácticas de ejecución, desarrollo y aplicación de normas legales reconocidas, aceptadas dentro de una comunidad jurídico-política. No se trata de una presuposición de racionalidad en el sentido de que detrás de las manifestaciones plurales y dispersas —incluso contradictorias— del texto de la ley se encuentra siempre una voluntad racional, una intención profunda unitaria y coherente. El postulado del legislador racional en esta nueva perspectiva sólo da por descontado la racionalidad del legislador en tanto en cuanto las ejecuciones normativas de éste tienen lugar dentro de un entramado de sentido que se presume racional.

Con respecto a lo anterior, puede objetarse, quizá, que en el fondo la funcionalidad teórica de ambas presunciones es idéntica o, cuando menos, similar. Sin embargo, creemos que no puede perderse de vista el hecho de que tanto el contexto como la matriz epistemológica y científica han sufrido una profunda renovación que afecta también a la justificación de las interpretaciones y a la legitimación del experto en las ejecuciones hermenéuticas. Para la concepción tradicional, la justificación, desde el momento en que los enunciados interpretativos no eran sino la explicitación de un pensamiento, intención o voluntad dados de antemano en el texto, se presentaba como algo añadido y con un contenido material. De tal forma que la decisión interpretativa, al especificar el significado de la ley, descubría y concretaba la voluntad del legislador para el caso concreto. Así mismo, la legitimidad para realizar esa ejecución hermenéutica venía dada por el hecho antecedente e insustituible del mandato de la razón o del soberano. Los enunciados hermenéuticos que produce el intérprete autorizado son válidos desde el momento, y sólo desde el momento en que descubren el pensamiento de la ley o la voluntad del legislador. Una tal justificación procede directamente de la autoridad del texto en tanto en cuanto éste expresa la razón —la *ratio scripta*— o de la autoridad del soberano, la figura del legislador-estado en la que se incorporan y unifican el poder y la razón. Frente a esto, en la perspectiva que ahora abordamos, la

concepción dinámica, el postulado de la racionalidad del legislador presupone un nuevo esquema de fundamentación acorde con las transformaciones de los presupuestos legitimadores. Esta nueva perspectiva descansa en una suerte de legitimidad formal o regular, que implica el actuar conforme a procedimientos determinados (18). La justificación del enunciado hermenéutico no se deriva exclusivamente del descubrimiento de la voluntad de una persona o asamblea de personas; ni, en general, de la autoridad que encierra el significado profundo del texto legal. En la perspectiva de la concepción dinámica, la justificación procede del respeto a unos límites de actuación aceptados, de la ejecución de la actividad hermenéutica dentro de un sistema constitutivo de reglas.

Al considerar el sistema jurídico desde un punto de vista dinámico, se desplaza la atención teórica desde los *contenidos* al propio *acto* de la decisión interpretativa. Tras la crítica de la concepción tradicional, Kelsen llega a la conclusión de que sólo mediante ese desplazamiento de la atención teórica desde los contenidos intelectuales al propio acto de voluntad en que consiste la decisión hermenéutica puede hacerse factible alcanzar el ideal de una certeza *absoluta*, esto es, llegar a una decisión interpretativa que pueda ser considerada como la única solución correcta (19). Estamos ante una nueva forma de ver las cosas. Desde esta perspectiva, el sistema jurídico va a ser descrito como un *sistema enunciativo*. La validez de los enunciados que entran a formar parte del mismo ya no se deriva de una conexión lógico-deductiva, sino del hecho de haber sido ejecutados según las pautas y los criterios de actuación definidos por las reglas del marco performativo que compone la estructura del sistema jurídico en su conjunto. La justificación de la decisión hermenéutica deja de ser un problema de concordancia intelectual, un mero contraste de los contenidos de la decisión hermenéutica y la voluntad del legislador o el pensamiento de la ley (20). Con inde-

(18) Cfr. Max WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, J. Winckelmann (Edr.), trads. J. Echevarría y otras, México, FCE, 1979, p. 30, 172 ss. y 1057. Este sería uno de los rasgos característicos del positivismo jurídico. Una perspectiva distinta sería la de Luhmann que considera que el procedimiento no es sólo un factor de legitimación, en su opinión ha de considerarse al mismo también como un factor de configuración, de existencia y funcionalidad dentro de un marco de legitimación ritualizado. Cfr. Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 2.ª ed., Darmstadt, Luchterhand, 1975.

(19) Cfr. Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.ª ed., trad. R. J. Vengengo, México, UNAM, 1982, p. 352-3.

(20) Kelsen critica explícitamente la falsa ilusión de la seguridad jurídica que la teoría tradicional del derecho se esfuerza consciente o inconscientemente por mantener. Para Kelsen, cualquier método de razonamiento, cualquier procedimiento intelectual de interpretación conduce a varias decisiones hermenéuticas igualmente válidas dentro del sistema jurídico. Por eso, si se pretende alcanzar una única decisión correcta, la justificación de la misma no habría de concebirse como un problema técnico-jurídico, sino como un problema político-jurídico. Según esta concepción, lo relevante de

pendencia de ulteriores precisiones, se puede definir el contexto de la crítica general de las decisiones interpretativas que promueve el positivismo jurídico, que identificamos juntamente con las obras de Kelsen y Hart, a partir de las nociones de sistema enunciativo y validez. Es decir, en definitiva, del éxito de la decisión interpretativa dentro del sistema enunciativo. Según este esquema de crítica, la corrección o incorrección de la decisión hermenéutica dependerá del éxito de la misma y éste, a su vez, dependerá de si ha sido ejecutada de acuerdo con las reglas del marco de ejecución reconocido, esto es, de acuerdo con las pautas y criterios de adjudicación del sistema jurídico (21). Estas pautas y criterios se incorporan a una *posición de sujeto* que circunscribe las posibilidades de actuación del individuo que la ocupa efectivamente. Tal posición de sujeto estaría integrada por un sistema de reglas que determinan la ejecución y permiten establecer qué ejecuciones son correctas y cuáles no. Ocupar correctamente la posición enunciativa que delimita esa posición de sujeto supone actuar conforme a las reglas del marco *performativo* relevante de la clase de ejecuciones en que consisten las decisiones jurídicas.

De acuerdo con lo anterior, Hart fundamenta la justificación de la decisión hermenéutica sobre la base de un marco regulativo, un sistema específico de comprensión constituido por un conjunto de reglas que configuran una posición realizativa determinada. Para Hart, en el sistema jurídico de cualquier estado moderno, cuando un juez asume su cargo, se encuentra con un marco regulativo que incorpora los criterios y las pautas necesarias para el correcto desempeño de su cargo (22). En cualquier caso, esa posición realizativa integra «un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en su parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran a esas reglas como algo que ellos no son libres

cara a la justificación de la decisión hermenéutica no son los procesos intelectuales concurrentes, sino la función de la voluntad de cada acto normativo concreto. Con mayor precisión, es el reconocimiento por una norma de rango superior de la ejecución de un determinado acto de voluntad, lo que dota de un sentido objetivo a la decisión, al interpretarse el sentido subjetivo de ese acto como su sentido objetivo. Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 210, 352-55.

(21) Esta concepción de la crítica general de los enunciados hermenéuticos que hace depender la objetividad de la propia aceptabilidad, de la corrección realizativa del acto que individualiza el significado de la ley, de alguna manera, tiene bastante que ver con el giro que se va a producir en la atención del análisis filosófico del lenguaje desde los contenidos locutivos hacia el acontecimiento lingüístico. En virtud de este desplazamiento, lo importante son las circunstancias de ejecución del acto significativo, la adecuación del acto a unas convenciones determinadas. El valor de verdad se desplaza desde las brumas de la referencia a las condiciones de ejecución del acto significativo, que lo hacen afortunado o desafortunado, correcto o incorrecto. Cfr. JOHN L. AUSTIN, *Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con las palabras*, J. O. Urson (Edr.), trad. G. R. Carrió y E. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1971, p. 54 ss., 179 ss.

(22) HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 181.

de dejar a un lado al ejercer la autoridad para dictar aquellas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema» (23). En general, puede decirse que cuando se describe un sistema jurídico desde el punto de vista dinámico la novedad de esta perspectiva radica en la intelección de la actividad hermenéutica fundamental, primero, como actividad normadora y, segundo, como actividad sometida a reglas (24). Lo cual supone, a su vez, una nueva forma de entender cuál es la metodología apropiada para la crítica de esa actividad. Como conclusión, cabe señalar que para la concepción dinámica la actividad interpretativa es una actividad sometida a reglas y que esas reglas, a pesar de no poder excluir la existencia de un cierto margen de discrecionalidad, son suficientes para establecer qué decisión es correcta y cuál no (25). Esas reglas y sólo esas reglas son el acuerdo que hace posible la crítica de los enunciados interpretativos dentro del sistema jurídico.

Tenemos, pues, que aunque tanto para la concepción tradicional como para el positivismo jurídico el postulado del legislador racional tiene una función reguladora y de justificación de la objetividad hermenéutica, se ha producido entre ambas un corte que implica radicalmente al meollo del postulado del legislador racional: el concepto típico-ideal de legislador. Para la concepción tradicional, la noción de legislador se ligaba bien directamente a un *fatum* profundo como la razón o bien a una voluntad unitaria que encarnaba esa razón. En todo caso, la resonancia del concepto de legislador racional como hipótesis fundante llevaba a una noción de autoría, de atribución del sentido producido a una instancia unitaria y profunda de carácter ontológico. Frente a ello la noción de legislador racional que se deriva de la concepción dinámica y que puede ser considerada como paradigmática en nuestra cultura jurídica remite a una red de sentido no personificada, a un universo de sentido que impone requisitos y distribuye posibilidades. Esta posición de sujeto o función autor no es sino un lugar vacío que puede ser ocupado efectivamente por

(23) *Ibidem*, p. 181.

(24) Para el positivismo jurídico, desde Kelsen, las decisiones que aplican o desarrollan el derecho son verdaderamente legales e individuales. El orden jurídico se considera como una serie de actos creadores en cuyo límite se encuentra siempre una norma individual que es válida por el mero hecho de que «fue dictada de una forma bien determinada, por que fue establecida según un procedimiento específico» cfr. Hans Kelsen, *La Teoría pura del derecho*, 1.ª ed., trad. J. Tejerina, México, EN, 1979, p. 96.

(25) Esta conclusión no deja de causar alguna perplejidad entre los críticos del positivismo jurídico. En realidad, cabe señalar brevemente que éstas nacen de lo que Wittgenstein consideró como una *imagen errónea* de la actividad consistente en seguir una regla. Toda regla debe ser entendida dentro del contexto particular en el que tiene una función. No hace falta que la regla sea perfecta, que no deje ningún resquicio de actuación o de crítica, es suficiente con que cumpla su trabajo en el contexto en que funciona y para el que fue concebida. Cfr. Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, trad. G.E.M. Anscombe, Oxford, B. Blackwell, 1981, pfs. 85 ss.

individuos diversos. Este espacio vacío viene delimitado por el marco de los requisitos y las posibilidades de ejecución que autoriza el sistema constitutivo de reglas propio de un ordenamiento jurídico. Pues bien, si este marco regulativo se concibe como un sistema racional de reglas, consecuentemente la posición de sujeto a la que da lugar se verá investida también de esa presunción de racionalidad. Hablar de la racionalidad del legislador, hoy, no supone considerar una intención significativa tras el texto de la ley, sino atender a la hipotética racionalidad de la voluntad epidérmica, superficial, que se incorpora a la ejecución de los actos hermenéuticos legales por el mero hecho de ser reconocidos como válidos.

Así entendido, el postulado del legislador racional abre nuevas posibilidades para reducir la pluralidad significativa del texto. No sólo permite reducir las ambigüedades léxicas o la vaguedad de la letra escrita, sino que facilita nuevos argumentos para resolver las contradicciones y las insuficiencias del texto. Al asumirse como punto de partida una función autor o posición de sujeto integrada por un conjunto de reglas, pautas y criterios de actuación obligatorios, la labor hermenéutica desborda los límites del segmento normativo concreto sobre el que en apariencia versaría la interpretación y determina la necesidad de ponerlo en conexión con los demás elementos significativos pertinentes del universo de sentido al que pertenece, el sistema jurídico. De esta manera, esa posición de sujeto puede convertirse por sí misma, sin recurrir a la construcción conceptual, en el factor básico de organización de la economía de la incertidumbre. El intérprete, dentro de los márgenes de decisión que le determinan las reglas de la posición de sujeto que ocupa, puede superar los límites de la expresión literal —sus insuficiencias y contradicciones— en la búsqueda del significado correcto de la ley. El intérprete integra o restaura la literalidad a partir del ideal de racionalidad que se desprende del carácter sistemático de las reglas que integran esa posición de sujeto. Más adelante profundizaremos en torno a las formas de concreción de ese carácter sistemático, por el momento bastará con señalar cuál es el núcleo de este planteamiento. Si se reconoce la validez de una ejecución normativa cualquiera dentro del sistema jurídico, siendo consecuentes con el postulado de la racionalidad del legislador habrá de presuponerse también que la misma ha sido ejecutada dentro de los cánones regulativos —coherencia y plenitud fundamentalmente— que identifican la posición de sujeto de un legislador racional. Con lo cual, en primer lugar, se convalida como propia de un legislador racional la ejecución legal hermenéutica del legislador de carne y hueso que actúa dentro del marco regulativo que delimita la específica posición de sujeto y, en segundo lugar, si se ha ocupado efectivamente esa posición de sujeto, se presume que la ejecución es acorde en todo con los cánones de racionalidad que ese espacio delimita.

### 1.3. Consideraciones teóricas actuales sobre el postulado del legislador racional.

La toma de conciencia sobre las posibilidades del postulado de la racionalidad del legislador de cara a solventar algunos problemas hermenéuticos importantes ligados a lo que hemos denominado economía de la imprecisión ha dado lugar en los últimos años a una teorización *explícita* del mismo y a un cierto auge de su capacidad explicativa. El postulado del legislador racional permite organizar y reducir, esto es, simplificar la red unitaria de sentido que genera la reconstrucción de la posición hermenéutica y su consideración como marco performativo. En este sentido, Nowak entiende que para justificar las reglas de interpretación particulares que caracterizan el método hermenéutico de los juristas es necesario apelar a ciertos principios racionales que conciernen al legislador (26). No se trataría tanto de que los juristas crean en la racionalidad de hecho del legislador —aunque algo hay de eso, al menos como desiderátum (27)—, como de caracterizar un tipo ideal al que se atribuye una fuerza explicativa y una capacidad efectiva para justificar algunas reglas de la interpretación jurídica. Se distingue, pues, entre un legislador real, la persona o el conjunto de personas de carne y hueso que ocupan una posición de sujeto definida por los procedimientos que facultan para establecer normas legales, y un tipo ideal abstracto, el legislador racional, un espacio de actuación caracterizado por los postulados de la teoría del comportamiento racional aceptada dentro de una determinada cultura jurídica. Pues bien, para Nowak, el principio fundamental en la indagación del sentido de la norma «es aquel que proclama que el legislador real del sistema jurídico que constituye la materia de sus reflexiones es un legislador racional» (28). El jurista presupone que el autor del texto se ajusta a unos cánones de comportamiento racionales. Es decir, que el actor particular de carne y hueso asume perfecta y plenamente la posición de sujeto que el sistema jurídico determina integrándola, además, con las prácticas y convenciones sociales que una cultura jurídica reconoce como racionales. Según Nowak, «para el jurista la tesis de la racionalidad del legislador es un principio cuasi-hipotético que admite dogmáticamente sin esforzarse en verificarlo por sí mismo». No se trata, por tanto, de una tesis psicológica, sino de «una tesis metodológica que proclama que los juristas interpretan la ley como si admitieran que el legislador real es racio-

(26) Leszek NOWAK, «De la rationalité du législateur como élément de l'interprétation juridique», en *Etudes de logique juridique*, vol. III, cit., p. 80.

(27) Cf. al respecto Jerzy WRÓBLEWSKI, «A Model of Rational Law-Making», en *Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie (ARSP)*, LXV/2 (1979), p. 187-202. Frente a este modelo ideal, una buena información sobre lo que da de sí el proceso real de elaboración una ley, cfr. Sylvie CIMAMONTI, *Le processus d'élaboration de la loi. «Securité-liberté». Essai d'analyse sociologique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1983.

(28) NOWAK, *loc. cit.*, p. 81.

nal» (29). La forma de proceder más generalizada en la búsqueda de ese ideal de racionalidad consistiría en su opinión en buscar en la práctica judicial los rasgos esenciales de esa función autor. Esto es, derivar a partir de las reglas de interpretación con las que se argumenta y se justifica de hecho por parte de los intérpretes cuáles deben ser las reglas de esa función para que quien la ocupe pueda ser considerado un *buen legislador*. En este sentido, Bobbio ha creído reconocer como atributos esenciales del buen legislador o del legislador racional los siguientes: un principio de justicia basado en los criterios de generalidad e igualdad, la coherencia y la adecuación al logro mediante el ejercicio de esa función de unos fines racionales. Según Bobbio, también serían reconocibles una serie de atributos no esenciales como el rigor en el uso del lenguaje, la exposición sistemática de las normas y la previsión exhaustiva de los casos específicos o plenitud sistemática. Estos atributos pueden ser considerados mejor como principios directores del comportamiento del legislador que como imperativos de validez absoluta. Además, en su opinión, habría una última regla a medio camino entre los atributos esenciales y no esenciales: la regla de no redundancia, según la cual no es admisible la reduplicación de normas (30).

Según la hipótesis anterior, el rasgo que mejor caracteriza el proceder de los juristas en la interpretación de la ley es la tendencia de su labor hermenéutica hacia la *optimización* de su sentido (31). Supuesto que el legislador es un buen legislador y se guía por los criterios de racionalidad aceptados por el orden dogmático de la ley, el intérprete procederá en la especificación del significado de la ley restaurando y corrigiendo el tener literal de la ley basándose en las reglas derivadas del presupuesto de la racionalidad del legislador. En este sentido, cabe señalar de entrada que los ideales lingüísticos que se propugnan para lograr la univocidad y optimización del significado de la ley no se derivan *stricto sensu* de las reglas del uso común del lenguaje, sino que proceden y adquieren su valor directamente de la presuposición de la racionalidad del legislador. Tampoco se deducirían inmediatamente de la expresión lingüística de la ley. Leonable y Ost han subrayado al respecto que «la transparencia, la coherencia, y la

(29) *Ibidem*, p. 83. Con posterioridad se ha coincidido en presentar esta tesis metodológica como un «postulado», cfr. François Osr, «La interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», en *L'interprétation en Droit. Approche pluridisciplinaire*, M. Van de Kerchove (Edr.), Bruxelles, Facultes Universitaires Saint-Louis, 1978, p. 109.

(30) Cfr. Norberto BOBBIO, «Le bon législateur», en *Le raisonnement juridique*, H. Hubien (Edr.), Bruxelles, E. Bruylant, 1971, p. 243-49. También puede encontrarse con ligeras variantes esta clasificación de criterios y atributos de racionalidad, así como las reglas de interpretación derivadas de los mismos en Osr, *loc. cit.*, p. 159 ss. y Carlos S. NINO, «El modelo dogmático del 'legislador racional'», en *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, p. 92 ss.

(31) NOWAK, *loc. cit.*, p. 82.

plenitud del lenguaje jurídico no es una cuestión en la que esté implicada solamente la lógica formal. Estas exigencias —a las que es preciso considerar como *ideales lógicos*— se derivan de una fascinación». Esta fascinación por la unidad, coherencia y plenitud del sistema jurídico se reproduce, por comodidad e inclinación antropomorfizadora, en la figura de un legislador racional concebido como «persona, maestro y garante» (32).

El espacio realizativo que se crea de esta manera adquiere el doble valor de la simplificación representativa y facilita una auténtica explosión reguladora que es capaz de llenar las necesidades normadoras del sistema jurídico. Hemos de distinguir, pues, lo que es explicación y lo que es regulación o posibilidad de medida. La función del postulado de la racionalidad del legislador consiste en simplificar el sistema constitutivo de reglas organizándolo y reforzando las soluciones que optimizan el sistema jurídico. Las reglas de la interpretación jurídica pueden ser consideradas *lato sensu* como hechos observables. Forman un magma fáctico enormemente complejo y muy difícil de fijar incontrovertiblemente de una vez por todas. Las formulaciones del postulado de la racionalidad del legislador tienen una función teórica. Se caracterizan por ser propuestas de simplificación, de organización y reducción de la complejidad regulativa que envuelve la labor hermenéutica. La teorización explícita del postulado del legislador racional busca la organización teórica de las reglas de interpretación en torno a una función autor, un tipo ideal de legislador racional. Esta reformulación teórica de las reglas de interpretación pretende facilitar las posibilidades de control y la delimitación del discurso de las prácticas hermenéuticas que tienen como referencia ejecuciones de esa función autor. Al reducirse la complejidad del magma regulativo de referencia mediante la elaboración de unos principios inferidos teóricamente desde el mismo, las posibilidades de control y delimitación aparecen mucho más nítidas que si se dispone tan sólo de un difuso y controvertido marco de referencia. Los principios teóricos que se presentan como atributos del legislador racional buscan generar una red de sentido capaz de tamizar definitivamente cuáles son las reglas de interpretación correctas y cuáles no.

Estamos, pues, ante una forma específica de administrar la economía de la imprecisión. El postulado del legislador racional delimita un conjunto de requisitos y de posibilidades respecto de

(32) Jacques LENOBLE y François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultes Univ. Saint-Louis, 1980, p. 114. Lenoble y Ost resitúan la noción de *autor* dentro de los factores discursivos necesarios a tener en cuenta en la interpretación jurídica. En este sentido, consideran como funciones de esta noción-postulado de autor las de unificar el texto, garantizar su coherencia y responder de su lógica. Por eso, concluyen que el legislador racional sería algo así como «el foco unitario de sentido, el polo magnético que orienta implícitamente la percepción jurídica del mundo». Cfr. *Ibidem*, p. 114 y 85.

los cuales la ejecución concreta sería algo así como su sombra. El experto conoce a través de un proceso de formación obligatorio ese marco de requisitos y posibilidades, por ello tiende a anular o corregir las ejecuciones concretas cuando éstas no se ajustan a la racionalidad presupuesta del marco de referencia. No es otra cosa lo que se entiende por optimización de la ley. El intérprete se convierte en el valedor de ese desiderátum de racionalidad y asume la tarea de «mantener o de restaurar la armonía, la coherencia, la plenitud; en resumen, la racionalidad del sistema jurídico en su conjunto» (33). Por eso, aunque el papel del legislador haya dejado de ser en alguna medida pertinente como soporte de una instancia profunda, la intención o el pensamiento de la ley, y su función reguladora se haya desplazado hasta situarse como algo epidérmico; la función propia de una posición de sujeto definida por el sistema jurídico, sigue latiendo una finalidad regulativa y de justificación: administrar la imprecisión del significado de la ley. Asumido el postulado de la racionalidad del legislador, no sólo se convalida la competencia lingüística del legislador de carne y hueso; sino que además se encierra la especificación del significado de la ley en la red de sentido ineludible de la racionalidad del sistema jurídico en su conjunto y se facilitan las conexiones que hacen posible una comprensión ideal, adecuada social e históricamente. Por lo demás, al igual que en toda interpretación dogmática o doctrinaria, se trata más de «respaldar las concepciones del intérprete con el nombre de una autoridad, que de reconstruir las concepciones reales de la autoridad filosófica, política o teológica». Operación que, por otra parte, se ve como «necesaria e indispensable para adaptar las prescripciones legales a las exigencias de la vida social» (34).

## 2. LA CONCEPCION SISTEMATICA DE LA RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR Y SUS CONSECUENCIAS DOGMATICAS

Este es quizá el punto donde mejor se aprecia la discontinuidad que hemos estudiado más arriba entre la concepción tradicional y la perspectiva dinámica. Esto aparte, veremos cómo el postulado del legislador racional conlleva en todo caso la doble exigencia de coherencia y plenitud. La querencia de la razón por el sistema es una constante en el desenvolvimiento de la ciencia jurídica y, de facto, el postulado del legislador racional no es sino la fórmula difusa en la que se condensaría básicamente el peso de los sucesivos intentos de fundamentar conceptualmente la racionalidad sistemática del orden jurídico. Precisamente, la función más relevante del postulado del legislador racional consistiría

(33) OST, «L'interpretation...», cit., p. 100.

(34) NOWAK, *loc. cit.*, p. 86. Nowak relaciona esta pretensión con la teología, cfr. *ibidem*, p. 84-5.

en proporcionar una trascendencia metodológica específica a los ideales sistemáticos de armonía, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico.

2.1. *El postulado del legislador racional y los desplazamientos en la concepción del sistema.*

Tradicionalmente, las exigencias de una previsión absoluta y no contradicción se ligaban al presupuesto metafísico de una voluntad omnipotente y perfecta. Dentro de una ideología de la justificación que asume como su principio básico la racionalidad del significado profundo expresado por la ley, las contradicciones son impensables. La ecuación voluntad=razón=verdad anula la posibilidad de que la voluntad del soberano o el pensamiento de la ley puedan ser incoherentes, es decir, que puedan establecer mandatos contradictorios. De hecho, la suposición de un significado profundo de la ley surge en su momento para corregir la literalidad inmediata, las apariencias de contradicción (35). Esta cuestión resalta con gran nitidez en los albores de la idea de sistema, dejándose ver cómo la misma idea de sistema hereda la vieja autoridad-razón de la teología y la dogmática jurídica incipiente. Grocio, por ejemplo, justifica lo que denomina *integración conjetural* de los preceptos legales en virtud de las conexiones que facilita la existencia de una voluntad unitaria detrás del texto de la ley. Presupuesto el origen de una misma voluntad, aunque lo ordenado se disponga en lugares distintos y con ocasión también diversa, Grocio entiende que habrá de presuponerse que la voluntad es coherente consigo misma. Así, en su opinión, la integración conjetural no sólo permite superar la ambigüedad de las palabras o la idea repugnante a que pudiera conducir la estricta literalidad de las palabras, sino que también permite corregir las soluciones contradictorias a que pudiera llegarse desde la misma (36). Estamos ante una concepción de la interpretación sistemática primaria, incipiente, que aflora a partir del presupuesto de la pre-existencia de una voluntad unitaria que sobrecodifica el significado de la ley desde el transfondo de la letra escrita. Posteriormente, el racionalismo metodológico y la matematización de la idea de sistema abren camino al constructivismo. El trabajo analítico y de abstracción categorial de la realidad se complementa con la subli-

(35) Cfr. Agustín de HIPONA, *De Doctrina Christiana*, cit., II, 5. 6; ID., *Confesiones*, en *Obras*, vol. II, A. Custodio (Edr.), Madrid, BAC, 1951, XII. 18. 27: «todos los que leemos, nos dice Agustín sin duda nos esforzamos por averiguar y comprender lo que quiso decir el autor que leemos, y cuando lo creemos veraz, no nos atrevemos a afirmar que haya dicho nada de lo que entendemos o creemos que es falso». De igual modo, añade, «ocurre cuando alguno se esfuerza por entender en las Sagradas Escrituras aquello que intenta decir en ellas el escritor».

(36) Hugo GROCIO, *De Iure Belli ac Pacis*, cit., lib. II, cap. XVI \* IV-VIII.

mación lógica de la idea de sistema (37). Con todo, sigue siendo un sistema profundo como la misma idea de una voluntad o intención del legislador con la que conecta genealógicamente. También, proporciona la fuerza argumental suficiente para hacer impensables las contradicciones o reducirlas como algo superficial. Además, este sistema profundo tiene un carácter expansivo que el precepto legal con el mero auxilio de la fuerza expresiva aparente del lenguaje no puede alcanzar. Partiendo del método de la construcción, el derecho no sólo se simplifica, sino que se expande hasta hacerse omnicompreensivo por el efecto mismo de la abstracción (38).

Como se ha apuntado más arriba, el método de la construcción no se limita a lo que expresan inmediatamente las manifestaciones exteriores del derecho, a ordenarlas meramente; sino que busca penetrar en la esencia misma de la regulación, busca la fuerza interior del derecho y desde la misma inventa y configura, produce construcciones jurídicas elaboradas a partir de los preceptos legales, pero trascendiéndolos. El método constructivo proyecta los preceptos legales sobre cuerpos o instituciones jurídicas: «La regla jurídica y la ley —afirma Savigny— tienen por base las instituciones cuya naturaleza se muestra en el conjunto mismo de las partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos. Así, pues, cuando no se quiere limitarse a las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la relación de derecho se refiere a una institución que lo domina y le sirve de tipo» (39). Por otra parte, al presuponer que las instituciones forman un sistema armónico, se postula como una de las características o leyes de la construcción —como subraya Ihering en su intento de «construir la construcción»— «la unidad sistemática o falta de contradicción». De hecho, para éste, «la prueba de la construcción (jurídica) supone que las concepciones científicas sobre el cuerpo jurídico se colocan en todas las posiciones y se contrastan en todas las direcciones posibles con otros cuerpos jurídicos» (40).

No vamos a detenernos en subrayar la incidencia de la jurisprudencia conceptual en la dogmática jurídica (41); pero quizá convenga advertir que la validez metodológica del sistema con-

(37) WEBER, *Economía y sociedad*, cit., p. 510.

(38) IHERING, *Geist des römischen Rechts*, cit., vol. II.2, p. 355.

(39) SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 66.

(40) IHERING, *Geist des römischen Rechts*, cit., vol. II.2, p. 375.

(41) Puede verse en este sentido Giorgio LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giurídica*, Torino, Giappichelli, 1965; sobre el método dogmático de la jurisprudencia de conceptos y los sucesivos asaltos y revisiones del mismo, cfr. Werner KRAWIETZ (Edr.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche B., 1976; es particularmente interesante la introducción del propio KRAWIETZ («Juristische Konstruktion. Kritik und Krise dogmatischer Rechtswissenschaft»), *ibidem*, p. 1-10. Son interesantes también: Walter WILHELM, *La metodología jurídica en el siglo XIX*, trad. R. Bethmann, Madrid, EDP-EDR, 1980; Mario G. LOSANO, *Sistema e*

ceptual subsiste con gran fuerza en la matriz científica y en los modos de proceder del jurista. El hecho de que hoy en día su fundamentación epistemológica sea algo más que problemática no obsta para que este método sea aceptado ampliamente, dando por descontado su fundamentación. No tenemos más que mirar a nuestro alrededor para constatar su vigencia —y ello no sólo en el ámbito del derecho privado (42). Por otra parte, el jurista, sobre todo el teórico, no renuncia a encontrar una llave maestra que le abra todas las puertas del gran edificio jurídico según sus necesidades prácticas (43). Por eso, busca vivificar el derecho mediante la construcción. La abstracción no sólo implica el derecho, también abre unas posibilidades infinitas para juzgar lo concreto y facilita considerablemente la expansión de las soluciones posibles basadas en los preceptos legales contribuyendo a mantener la ficción del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y la provisión de todas las soluciones normativas necesarias en normas jurídicas pre-existentes.

El sistema conceptual propio del constructivismo ha coexistido desde el primer cuarto de siglo con una concepción distinta del sistema jurídico que de alguna manera acaba solapándose en aquélla. La crisis de la ideología deductiva es una quiebra de fundamentación, no de procedimiento. De ahí que tengamos que distinguir entre la teoría y la práctica. En este sentido, a nadie se le oculta la importancia de la construcción y el método deductivo en la dogmática y en el proceder interpretativo de los juristas en general. Como sea, el caso es que como resultado de la crisis teórica de la concepción tradicional, emerge una nueva forma de entender el sistema jurídico que tampoco puede perderse de vista de cara a comprender aspectos fundamentales del método jurídico actual y, en particular, de la justificación de las decisiones

---

*struttura nel diritto. I: Dalle origini alla scuola storica*, Torino, Giappichelli, 1968, p. 163 ss.; Enrique ZULETA PUCEIRO, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, EDP-EDR, 1981, p. 59 ss.

(42) Incluso, se llega a apelar a su extendida aceptación para obviar la fundamentación del modelo dogmático constructivo. Así, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad...», cit., p. 129, dice: «haremos uso de algunas ideas familiares para los juristas de oficio. Por de pronto, para cualquiera de éstos la función interpretativa de las leyes no es una adición de algo nuevo al precepto de cuya interpretación se trata, sino una mediación imprescindible para poder introducir dicho precepto en el mundo real y articularlo en el sistema jurídico general que siempre trasciende a dicho precepto aislado». Luhmann, como hemos visto, subraya esta función organizadora en la *vivificación* de los preceptos jurídicos para su aplicación como una de las funciones esenciales de la dogmática jurídica, cfr. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit., p. 27 ss.

(43) Sobre el uso y las aplicaciones de esta metáfora de la definición como la llave única de un gran edificio, cfr. Richard ROBINSON, *Definition*, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 162 ss. En la ciencia jurídica actual esa intención se manifiesta en la búsqueda de la «naturaleza jurídica de las instituciones estudiadas por la dogmática», cfr. en este sentido Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973.

hermenéuticas. Según esto, en lo que sigue se trata de constatar, primero, la emergencia y, después, la importancia científica y práctica de una nueva concepción del sistema jurídico. Una nueva concepción que si bien surge de la pluma de los teóricos se ha convertido en una especie de esquema de interpretación necesario a tener en cuenta. Así, podremos constatar cómo el tema de la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico asume una fundamentación distinta que abre nuevas posibilidades en el proceder argumentativo de los juristas, es decir, que distribuye y garantiza el valor de nuevas reglas en la administración del sentido correcto de la ley. Por otro lado, las propias dificultades intra-teóricas, ampliamente criticadas, esto es, las inconsistencias de esta nueva propuesta científica y la controversia político-ideológica que ha generado no han empañado la fortuna de esta concepción que tiende a sobrevivir a sus propios presupuestos fundantes.

La concepción dinámica del sistema jurídico cristaliza en los desarrollos teóricos de la Escuela vienesa y, sobre todo, si atendemos a su trascendencia comunicativa y paradigmática, en la obra de Hans Kelsen (44). Como ha señalado Bobbio, la impronta más significativa de la inflexión kelseniana radica en la orientación de la teoría del derecho al estudio del ordenamiento jurídico como sistema de normas. Para Kelsen, la labor científica del jurista debe centrarse no tanto en la norma o en los «cuerpos» jurídicos como en la consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto, del sistema de las normas jurídicas (45). Al poner en relación la relevancia de las ejecuciones normativas, en detrimento de los contenidos, con una fundamentación dinámica del sistema jurídico, Kelsen abre nuevas perspectivas en la concepción del sistema jurídico. Esta forma de entender la organización interna del sistema jurídico según un principio dinámico, es decir, su concepción como un conjunto de normas estructurado gradual y jerárquicamente, tiene como finalidad la superación teórica de la ideología deductiva; pero al mismo tiempo da razones de la importancia creciente de la legalidad en los esquemas de legitimación contemporáneos. Kelsen pretende dejar sentado de una vez por todas que la justificación de la norma legal no depende de ninguna instancia metafísica. En virtud de la consideración gradual del ordenamiento jurídico, la justificación de una ejecución normativa dependerá de una norma legal pre-existente, una norma marco o general, y en última instancia de una norma ficticia presupuesta, la norma

---

(44) Con todo, la base de esta concepción dinámica, la teoría de la construcción escalonada del sistema jurídico, se debe fundamentalmente a Merkl. Cfr. Adolf MERKL, «Das Recht im Lichte seiner Anwendung», en *Die wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdoss, H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambreck* (Eds.), Wien, Europa V., 1968, p. 1167-1201; ID., «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues», en *Die wiener...*, vol. II, p. 1311-1362.

(45) En este sentido, Norberto BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 4 ss.

hipotética fundamental (46). Consecuentemente, la unidad del orden jurídico no es ya conceptual sino formal, lo cual está en consonancia con alguna de las conclusiones epistemológicas más importantes de esa época. Al identificarse unidad sistemática y consistencia formal, la consideración del ordenamiento jurídico como sistema se construye desde el concepto de validez; pero se conjuga con los principios de la lógica formal y, en particular, con el principio de contradicción (47). El sistema jurídico deja de ser meramente un sistema conceptual y es considerado antes que nada un sistema enunciativo. Como ya vimos, la dimensión crítica específica de las leyes, de los actos de producción normativa, se

(46) Kelsen pretende que la justificación de una norma legal no dependa de una instancia sobrehumana, sino de otra norma legal pre-existente. Con el desplazamiento del principio estático, Kelsen centra la problemática de su teoría del derecho en la búsqueda de la conexión fundamental que, por un lado, integre sistemáticamente y, por otro, legitime la producción de normas legales. Con este fin, recurre a la construcción de Merkl que identificaba el sistema jurídico como una estructura escalonada, graduada jerárquicamente, a partir de un esquema genético de producción, y al mismo tiempo provee a su teoría de una norma hipotética fundamental, llamada a operar como causa última, como presupuesto lógico-trascendental, y a garantizar en última instancia la unidad sistemática del ordenamiento jurídico. Cfr. KELSEN, *Teoría pura del derecho* cit., p. 203 ss.; Kelsen reconoce explícitamente su deuda con Merkl y Verdross en Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, prólogo a la 2.ª ed., Aalen, Scientia, 1960, p. XIII ss.; cfr. también ID, *Teoría general del estado*, trad. L. Legaz, México, EN, 1979, p. 305, 325 y nota correspondiente. Una buena exposición de la teoría del orden jurídico como construcción escalonada y su doble significado en Robert WALTER, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechts-theoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, Wien, Manz, 1974, p. 53 ss.; puede verse también Theo OLINGER, *Des Stufenbau der Rechtsordnung. Rechts-theoretische und ideologische Aspekte*, Wien, Manz, 1975; por último, es interesante la singular aproximación de Werner KRAWIETZ, «Die Lehre vom Stufenbau des Rechts —eine säkularisierte politische Theologie?», *Rechtstheorie (Rth)*, Beiheft 5 (1984), p. 255-271.

(47) KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.ª ed., cit., p. 241 ss., 205 ss. Nuevamente parece interesante contrastar la concepción dinámica y la teoría del derecho de Kelsen con los desarrollos del análisis lingüístico. Searle, profundizando en el tema de los significados de las expresiones y los actos de habla en la perspectiva analítica que desarrollara Austin, distingue entre «hechos brutos» y «hechos institucionales». Los hechos *institucionales* «son, en efecto, hechos; pero su existencia, a diferencia de la existencia de los hechos brutos, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas (...). Estas 'instituciones' son sistemas de reglas constitutivas. Todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma 'X cuenta como Y en el contexto C'», cfr. John SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, trad. L. M. Valdés, Madrid, Cátedra, 1980, p. 60. Contrastar con KELSEN, *La teoría pura del derecho*, 1.ª ed., cit., p. 30: «lo que convierte a ese suceso (exterior, las más de las veces conducta humana) en acto jurídico —o antijurídico— no es su facticidad —*Tatsächlichkeit*—, no es su 'ser' natural, esto es, su ser causalmente determinado y contenido en el sistema de la Naturaleza, sino el sentido objetivo que está ligado a ese acto, la significación que él tiene. El hecho en cuestión recibe el sentido específicamente jurídico, su peculiar significación jurídica, mediante una norma que se refiere a él con su contenido, que le confiere una significación jurídica de suerte tal que el acto puede ser interpretado con esa norma».

centra en la validez de la ejecución o acto enunciativo. Las pertinencias teóricas se desplazan desde el contenido de la norma al propio acto de decir. Esta concepción dinámica del sistema lleva a contemplar las normas como actos significativos, perdiéndose un tanto de vista el contenido de las mismas. Los actos normativos adquieren su significado como tales dentro de un marco performativo que es concebido como un universo cerrado de sentido en cuyo vértice se sitúa una norma hipotética fundamental. Este marco performativo opera como un esquema de interpretación de unos hechos que sólo en virtud del mismo cobran significado normativo y entran a formar parte de un universo de hechos normativos, esto es, hechos institucionales, con un significado objetivo (48). Tal esquema de interpretación en lo que se refiere a los actos de ejecución normativa, atiende principalmente a la *competencia* de la emisión. De cara a la crítica de la emisión, el contraste de su validez, se desplaza la pertinencia desde el contenido a la ejecución. La atribución de significado al acto normativo, según Kelsen, no tiene tanto que ver con una convencionalidad lógico-deductiva como con la existencia de una posición de sujeto y un procedimiento de ejecución establecidos por una norma legal general pre-existente. Como comprobamos más arriba —*supra* 1.2.—, la toma en consideración de este marco performativo se articula en torno a una posición de sujeto y a unos cauces reglados de ejecución. Esta posición de sujeto configura un espacio vacío, un marco regulativo que establece quién puede ocupar esa posición de sujeto y cómo puede ocuparla. Pues bien, según lo que hemos visto en este punto, para Kelsen las reglas que conforman esa posición de sujeto son propiamente las reglas de formación del ordenamiento jurídico, las reglas del sistema jurídico.

Lo anterior nos describe una fundamentación de la racionalidad del sistema jurídico menos profunda en apariencia que la que parte de suponer una voluntad o un pensamiento perfectos detrás de la expresión lingüística de la norma legal; pero no por ello se aleja de los parámetros de una fundamentación racional. Todo lo contrario. Kelsen desaloja la voluntad del legislador de los habitáculos profundos en que había sido encerrada y la distribuye superficialmente. Concibe la racionalidad del legislador no como un hecho metafísico antecedente, sino como algo que se realiza en cada acto de ejecución normativa. Ahora bien, para que este punto de partida se sostenga hay que aceptar ciegamente que las posibilidades de ejecución correcta que facilita una determinada posición de sujeto se adecúan en todo caso a los presupuestos de la racionalidad sistemática y que las ejecuciones concretas tienden en todo caso a respetar ese desiderátum de racio-

---

(48) Véase *supra* nota (21), sobre la relación de esta concepción con la teoría filosófico-lingüística de Austin.

nalidad. Tenemos, pues, que la racionalidad de las ejecuciones normativas depende de hecho de que éstas se atengan a las exigencias y requisitos del sistema jurídico. Ahora bien, una vez que suponemos, dándola por descontado, la racionalidad del legislador, habrá que entender que las ejecuciones normativas convalidadas dentro del sistema jurídico se adecúan a las exigencias de racionalidad aceptadas dentro de una determinada cultura jurídica. Consecuentemente, también, la interpretación de esas normas deberá buscar soluciones hermenéuticas compatibles con las exigencias formales de armonía, coherencia y plenitud del marco enunciativo y, en definitiva, del sistema jurídico.

## 2.2. *La coherencia del ordenamiento jurídico.*

Sin restar importancia a todo lo expuesto, cabe afirmar que la relevancia metodológica del postulado del legislador racional y la consideración sistemática del orden jurídico se centra en la presunción de la consistencia y plenitud del mismo y que esta importancia se manifiesta no sólo en la elaboración de teorías generales, sino en la aplicación del mismo a los casos concretos, cuando el jurista necesita interpretar el ordenamiento jurídico en su conjunto (49). Al respecto nos ocuparemos, en primer lugar, de las formas en que se plantea la correlación del postulado de la racionalidad del legislador con el dogma de la coherencia del

---

(49) Este punto de partida implica una opción previa. Frente a las perspectivas más habituales que atienden a la sistematicidad del ordenamiento jurídico en el plano de la estructura del derecho, entendemos que tanto el jurista práctico como el jurista científico asumen y toman en consideración el postulado de un derecho racional y sistemático no en el estudio teórico de la estructura del derecho, sino cuando resuelven situaciones concretas o cuando presentan interpretaciones jurídicas. Desde este punto de vista, consideramos que la presunción de consistencia del ordenamiento jurídico tiene una importancia fundamental en la aplicación del derecho a los casos concretos, y ello con independencia de la elaboración de teorías generales del derecho. Un trabajo particularmente interesante en esta perspectiva puede verse en Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974 (la edición original en inglés es del año 1971), p. 101-2 y 113 ss. En general, sobre la presunción de consistencia lógico-sistemática del ordenamiento jurídico, cfr. dos visiones clásicas en KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 214 ss. y Karl ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. E. Garzón, rev. L. García San Miguel, Madrid, Guadarrama, 1967, páginas 197 ss.; desde el punto de vista de los problemas lógicos de las antinomias, son interesantes algunas precisiones de Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 124 ss.; son útiles como visión general del tema la exhaustiva monografía de Giacomo GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, Giappichelli, 1959, y la excelente síntesis de BOBBIO, *Ordinamento*, cit., p. 80 ss.; por último, una buena panorámica del problema de las antinomias en la ciencia jurídica actual puede encontrarse en Chaïm PERELMAN (Edr), *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1965.

sistema jurídico. Pero antes de nada quizá sea bueno hacer un breve repaso sobre lo que queremos decir cuando hablamos de «coherencia» en el ámbito del derecho. En primer lugar, existe una exigencia básica de coherencia derivada del hecho de que el uso técnico de los conceptos y las palabras de la ley tiene lugar dentro de un campo pragmático específico. Al respecto es obvio que presupuesta la racionalidad del legislador, habrá de presuponerse también que el uso de las palabras en la ley se adecúa a las exigencias de racionalidad propias de los usos lingüísticos de una determinada comunidad jurídica. En segundo lugar, hay un requisito de coherencia estrictamente científico o dogmático. Si bien se trata de una exigencia de coherencia que tiene como soporte la exposición sistemática de puntos de vista interpretativos y de las consecuencias normativas derivadas de los mismos, no podemos confundir esta exigencia de coherencia con lo que es propiamente la *consistencia normativa* en los términos en que a continuación hablaremos de la misma. La exposición del derecho en los estudios y trabajos de carácter dogmático debe respetar unos criterios sistemáticos propios y las condiciones al uso; pero en ningún caso debe confundirse este tipo de proposiciones sobre normas con las normas propiamente dichas, las proposiciones normativas (50). Por último, en tercer lugar, cabe hablar de coherencia postulando este requisito de un ordenamiento jurídico o sistema de normas, es decir, de la consistencia sistemática como un valor propio del ordenamiento jurídico. Este es el sentido que aquí nos ocupa. De todas formas, aún tendremos que hacer algunas precisiones que desbordan la clarificación terminológica y corresponden a la perspectiva teórica a adoptar.

Una vez sentado que cuando en este punto hablamos de coherencia aludimos estrictamente a la exigencia de consistencia normativa, hay que precisar que de consistencia normativa se puede hablar atendiendo a perspectivas diferentes y que esta diferencia incide en la organización y las pertinencias del estudio de los fenómenos de inconsistencia normativa. Para la primera de estas perspectivas, que podríamos denominar *programática*, el dogma de la coherencia sistemática del derecho se resuelve bien en el sentido de considerar que la ley es la expresión de una lógica de la voluntad coherente o bien en la consideración de que el ordenamiento jurídico es una estructura de normas coherentes. En realidad el paradigma programático viene a ser una revisión de los planteamientos del positivismo imperativista desde los nuevos conceptos del sistema dinámico. Quizá, la formulación más acabada del significado de la ley desde el prisma de la lógica de una

---

(50) Sobre las consecuencias lógicas de esta distinción, cfr. Juan-Ramón CAPELLA, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 29 ss. Por lo demás, éste es un tema ampliamente tratado en la literatura jurídica desde perspectivas bien diversas. Una forma clásica de distinguir y proyectar metodológicamente la distinción entre normas y enunciados sobre normas es la de KELSEN *Teoría pura del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 84 ss. y 214 ss.

voluntad unitaria y racional hay que ir a buscarla hasta un autor bisagra como Bentham. Este autor considera que la disposición normativa no es sino la expresión de una voluntad, el signo declarativo de un contenido volitivo expresado a través del significado de la norma. A partir de esto, Bentham modaliza los cuatro aspectos o caracteres normativos básicos —obligación, prohibición, permisión y facultamiento—. Al mismo tiempo, diseña una teoría de la acción que le permite simplificar la consideración circunstancial de los actos jurídicos y llegar a la interdefinibilidad de esos cuatro aspectos o caracteres normativos (51). Esta lógica de la voluntad expresa con tanta fuerza los postulados básicos del imperativismo jurídico que caracteriza a la ciencia jurídica desde los albores de la modernidad que no sólo no desaparece sino que se refuerza con su reformulación desde la concepción dinámica del sistema jurídico (52). El ordenamiento jurídico siendo la expresión de una lógica de la voluntad coherente es también una estructura coherente.

Frente a la perspectiva estrictamente programática, para el jurista práctico la trascendencia de un postulado que supone la consistencia normativa del ordenamiento jurídico aparece, por lo general, ligada a la aplicación de la ley y, en concreto, al momento lógico de la decisión interpretativa. La coherencia de las normas de un sistema jurídico, al igual que las hipotéticas antinomias del mismo, se demuestra en el momento lógico de la decisión interpretativa, cuando el jurista tiene que juzgar un caso concreto a partir de lo dispuesto por las normas y preceptos de ese sistema jurídico. Desde esta perspectiva (53), la coherencia del sistema jurídico implica que ante un mismo caso el ordenamiento jurídico no puede ofrecer dos soluciones incompatibles. Esto es, dado que la interpretación o especificación del significado de una norma jurídica tiene como función calificar institucional o normativamente un hecho («x» vale como Dx en el contexto D) y establecer a partir de esa calificación las consecuencias institucionales específicas del mismo; un sistema jurídico D no será coherente cuando se localicen dos o más segmentos locutivos que pertenezcan al mismo y sean válidos de tal forma que impliquen, primero, una calificación jurídico-institucional no unívoca del hecho en cuestión y/o, segundo, puedan dar lugar a consecuencias o soluciones jurí-

(51) Cfr. Jeremy BENTHAM, *Of Laws in General*, H.L.A. Hart (Edr.), University of London, 1970, p. 95 ss. Una buena exposición de la lógica de la voluntad de Bentham y su alcance puede verse en Joseph RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 53 ss. Cfr. al respecto, también Herbert L. A. HART, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 111 ss. y Peter M. S. HACKER, «Bentham's Theory of Action and Intention», *ARSP* LXII/1 (1976), p. 89-110.

(52) Cfr., por ejemplo, BOBBIO, *Ordinamento*, cit., p. 82 ss.

(53) Esta perspectiva es deudora en buena medida de los planteamientos de ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción...*, cit., p. 101-102. Cfr. *supra* n. (49).

dicas diversas o contradictorias, incompatibles. Vista así, la coherencia sería la prueba de fuego de un sistema jurídico. Si admitimos el postulado de la racionalidad del legislador, la no coherencia es impensable desde el momento en que la ejecución de un acto normativo para ser válida debe adecuarse al marco performativo específico incorporado teóricamente a una función autor que se caracteriza precisamente por una presunción absoluta de racionalidad.

Según lo que llevamos dicho, ¿cuáles son las consecuencias de presuponer que el ordenamiento jurídico es coherente? Al suponer la racionalidad sistemática de las reglas que integran los espacios de ejecución normativa, se condiciona radicalmente cómo debe proceder el jurista en la interpretación de las leyes. Si se presume que el ordenamiento jurídico es sistemáticamente perfecto, de la interpretación de los preceptos del mismo no se podrá en absoluto colegir que éste es incoherente. En otras palabras, que la conclusión de la actividad interpretativa de las normas y preceptos de un sistema jurídico ante un supuesto de hecho dado no puede resultar en que el mismo prevea dos soluciones incompatibles para ese caso. Lo cual nos lleva a un criterio hermenéutico básico del siguiente tenor: la especificación correcta del significado de una norma, la interpretación correcta de una norma jurídica debe ser tal que ésta resulte compatible con la totalidad de las otras normas del sistema o, lo que sería igual, no es admisible que el significado atribuido a una norma suponga considerar que ésta entre en contradicción con otra u otras normas del sistema jurídico. Las anteriores no son sino dos formas de formular lo que se entiende como una consecuencia del requisito de consistencia normativa inherente al postulado del legislador racional, según el cual «dos proposiciones enunciadas por el legislador no pueden ser contradictorias» (54).

Tenemos, pues, que si se admite el postulado del legislador racional, sea cual sea su formulación y los criterios de justificación que se ligen al mismo, cualquier situación que ponga ante los ojos del intérprete una inconsistencia normativa que conduzca a consecuencias como las descritas más arriba supone, de entrada, que la interpretación de alguna o de todas las normas implicadas en la contradicción es incorrecta y, en un segundo momento, obligará a reinterpretar todas o alguna de las normas implicadas en tal contradicción. Una situación de este tenor lo único que le diría a un jurista que acepta el postulado del legislador racional es que algo en su interpretación no encaja, por lo que deberá proceder a revisar sus decisiones hermenéuticas para lograr que todo encaje según los principios actuales del sistema jurídico. En resumidas cuentas, debe descartar alguna o todas las interpreta-

---

(54) Cfr., respectivamente, OST, «L'interprétation...», cit., p. 163; NINO, «El modelo dogmático...», cit., p. 92 y BOBBIO, «Le bon législateur», cit., p. 244.

ciones realizadas *prima facie* y proceder a una reinterpretación de las normas implicadas que tenga como resultado, si ello es posible, la compatibilización de las mismas dentro del sistema y, si ello no es posible, la exclusión de alguna de ellas del sistema jurídico (55). Es decir, el intérprete deberá proceder primero a una *interpretación armonizadora* y, si la armonización no es posible, a una *interpretación derogatoria*. Es un problema similar al que se plantea cuando alguien procede a comprobar un cálculo, a hacer la prueba de un cálculo. La aplicación correcta de las reglas del mismo no puede dar lugar a dos o más resultados válidos, sólo puede haber un resultado correcto: el resultado que justifiquen las reglas del cálculo. Las dificultades surgen desde el momento en que si bien las reglas del cálculo pueden ser definidas explícitamente de forma taxativa, no ocurre lo mismo con las reglas de la interpretación jurídica. En el ámbito de lo jurídico, la competencia para establecer cuál es el resultado correcto tiene su origen en la existencia de un orden dogmático que administra la racionalidad del sistema. Más allá de ese respaldo difuso, sólo el logro de la unidad sistemática es lo que justifica la validez de las reglas particulares propuestas para resolver la contradicción o aclarar la inconsistencia.

Mientras que en el supuesto de la interpretación armonizadora, es decir, la interpretación tendente a buscar la compatibilidad sistemática de las normas implicadas, las reglas que administran la ambigüedad del texto son bastante imprecisas dado que dependen tanto de los usos lingüísticos generales como de factores específicos del campo pragmático del derecho y pueden llegar a ser tan generales como las que recoge el artículo 3.1 del Código civil; las reglas derogatorias propiamente dichas, por el contrario, han sido concretadas por una larga tradición jurídica: *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* y *les specialis derogat generali* (56). Al coincidir los dos primeros criterios —*lex posterior* y *lex superior*— con los principios básicos de convalidación de los actos normativos en el sistema dinámico, es evidente que en tal caso la derogación afecta a la propia existencia de la norma como tal o al segmento normativo cuyo ámbito de validez ha entrado en contradicción con una ley de superior grado jerárquico o posterior en el tiempo. Por el contrario, en el caso frecuente de que el criterio de resolución sea el tercero de los enunciados, criterio que en todo caso es subsidiario de los otros dos, entonces lo que se deroga no es la validez propiamente dicha de la norma, sino su *efectividad*. Esto es, la efectividad de la norma general remite en aquel punto concreto en el cual el

(55) En este sentido, Aleksander PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, p. 62 ss. Sobre la preferencia de la interpretación armonizadora sobre la derogatoria, cfr GAVAZZI, *loc. cit.*, p. 167 ss.

(56) Una información más detallada sobre los criterios de la interpretación derogatoria y su *modus operandi* en BOBBIO, *Ordinamento*, cit., p. 113 ss. y GAVAZZI, *loc. cit.*, p. 75 ss.

ámbito de validez de las dos normas incompatibles se superpone; pero ambas normas contradictorias seguirán siendo igualmente válidas (57). Este es quizá el único supuesto en el que, desde el punto de vista de la concepción dinámica del sistema jurídico, puede hablarse *stricto sensu* de contradicción.

### 2.3. *El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico.*

Junto al ideal de consistencia normativa y en estrecha relación con él, la otra exigencia básica derivada de la aceptación del postulado del legislador racional consiste en la presuposición de la *plenitud del sistema jurídico*. La genealogía de este ideal ha de vincularse a las consecuencias metodológicas e ideológicas del racionalismo y a la estatalización de los instrumentos normativos legales. Tales presupuestos originan una fuerte predisposición teórica y política a encerrar el significado, es decir, la voluntad del legislador o el pensamiento de la ley, en el texto de la norma legal. Este proceso llegará a su cénit con los ideales codificados y la fundamentación positivista del derecho. La consecuencia ideológica inmediata de esta tendencia es una fe absoluta en la capacidad del ordenamiento legal para regular de forma omnicompreensiva y perfecta, de una vez por todas y sin fisuras, la decisión de cualquier caso sobre el que hubiera necesidad de pronunciarse en el ejercicio de las funciones jurídicas que consisten en juzgar o atribuir significado institucional a ciertos hechos o acciones humanas de interés jurídico. Esta ideología impregna de tal modo la perspectiva y el análisis jurídico de las situaciones que incluso la propia mentalidad humana y los esquemas psicológicos y éticos de justificación se ven profundamente alterados. Max Weber, autor con una aguda capacidad para captar y reflejar este tipo de cortes, señala un cierto desplazamiento a partir del cual «la forma de legitimidad más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto» (58). El mismo resumió en cinco postulados básicos la premisa racionalizadora que expresa metodológicamente el genuino ideal burgués de seguridad, el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico: «1) Toda decisión jurídica concreta representa la "aplicación" de un precepto abstracto a un "hecho" concreto; 2) es posible encontrar, en relación con cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apoye en los preceptos abstractos en vigor; 3) el derecho objetivo vigente es un sistema "sin lagunas"

(57) Sobre la trascendencia práctica de estas distinciones, compárese las STC 4/1981, de 2 de febrero, ponente: Rafael Gómez Ferrer, y STC 11/1981, de 8 de abril, ponente: Luis Díez-Picazo. Es especialmente interesante el voto particular de Francisco Rubio Llorente en la primera de ellas.

(58) WEBER, *Economía y sociedad*, cit., p. 30.

de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a los casos singulares; 4) todo aquello que no es posible "construir" de un modo racional carece de relevancia para el derecho; 5) la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como "aplicación" o "ejecución" o, por el contrario, como "infracción" de preceptos jurídicos» (59).

Aunque hoy en día haya podido remitir en parte la superlegitimación de la ley, los fundamentos de esta ideología perviven todavía, si cabe, con renovadas fuerzas. En el estricto terreno de la lógica jurídica, que es el que aquí nos interesa, las críticas al modelo deductivo tienen como principal objetivo abolir o mitigar la tendencia a considerar la ley como una fuente formal de derecho privilegiada o exclusiva. Esto no supone en modo alguno atacar las raíces de la ideología deductiva. Todo lo contrario, se trata de cubrir huecos, de rellenar los agujeros que origina el entender que el único modo posible de legitimidad formal —o *formalista*, si se prefiere— pasa por ejecutar mandatos que son exclusivamente y en todo caso legales en sentido estricto. La ley, como código de conducta o esquema de interpretación, se ha mostrado como un código con demasiados agujeros. Por eso, desde Geny a Dworkin, lo que se plantean muchos de los críticos del formalismo legalista es meramente la necesidad de completar las fuentes legales —en sentido formal— con el conjunto de los medios *legales* —en sentido material— de que dispondría un sistema jurídico en un momento dado: la costumbre, las normas de derecho natural, los principios generales del derecho, etc. (60). En este mismo sentido, la reforma del Título preliminar del Código civil en 1974 lo que hace es aclarar los términos en orden a reforzar la conclusión según la cual la plenitud se predica del ordenamiento jurídico en su conjunto y no de la ley en sentido estricto. Por ello, en el artículo 1.7. se establece terminantemente que «los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan *ateniéndose al sistema de fuentes establecido*».

Obviaremos el debatido y ya un tanto caduco tema de las lagunas. Nos mueve a ello, aparte de ser un tema de sobra conocido (61), la convicción de que puede ser bueno, en aras de una

(59) *Ibidem*, p. 511-512.

(60) GENY, *Método de interpretación y fuentes de Derecho privado positivo*, cit., Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

(61) Cfr. Amedeo G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962; Chaïm PERELMAN (Edr.), *Le problème des lacunes en Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968; BOBBIO, *Ordinamento*, cit., p. 125 ss.; Carlos COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Buenos Aires, Losada, 1939; Juan-Ramón CAPPELLA, *El derecho como lenguaje*, cit., p. 288 ss.; Luis LEGAZ LACAMBRA, «La plenitud del orden jurí-

mayor claridad, el que nos apartemos de la polémica, en muchos aspectos estéril, sobre si existen o no de hecho lagunas y cómo existen en su caso. Esto aparte, la cuestión que nos ocupa aquí tiene que ver con la virtualidad del postulado del legislador racional y las consecuencias que resultan de asumirlo como principio hipotético fundamental en la labor hermenéutica. Al igual que ocurría con el tema de la consistencia sistemática, el hecho de presuponer la racionalidad del legislador no lleva directamente a afirmar que en la superficie del sistema jurídico no existen lagunas, sino a la exigencia de que éstas sean eliminadas. Es decir, el postulado del legislador racional no supone la plenitud superficial e inmediata del ordenamiento jurídico, sino más bien que «el orden jurídico debe poseer en sí mismo la capacidad de completarse» (62). Las implicaciones de este punto de partida son importantes. De entrada, supone introducir una especie de regla de clausura en el sistema (63). Pero, al mismo tiempo, tal presuposición tiene como consecuencia la posibilidad de eludir —en cuanto subsanables— los problemas derivados de cualquier clase de opacidad interna o externa del sistema de las normas jurídicas. Así, si damos por sentado el postulado del legislador racional, no podemos concluir como resultado de una interpretación «que no hay ninguna solución jurídica para un caso determinado» (64). Cuando el intérprete se enfrenta a un caso límite o marginal, su labor hermenéutica no puede concluir en que no es posible hallar una solución para estos hechos mediante la especificación del sentido de una norma válida del sistema jurídico. Como es sabido, los casos límite se caracterizan por no estar claramente ni excluidos ni incluidos por el significado de uno o varios preceptos legales.

dico», en *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, Bosch, 1947, p. 129-147; José M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Las lagunas del ordenamiento jurídico», en *Ley y derecho*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 77-88; Franciszek STUDNICKI, «Completeness and Conclusiveness of Normative Systems», *ARSP* LIX (1973), p. 305-325. Sobre el tratamiento de este tema desde la perspectiva del Derecho civil, cfr. Felipe Clemente de DIEGO, *De las lagunas de la ley*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1945; José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, Tom. I, vol. 1: *Parte general de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 256 ss. Por nuestra parte, tenemos muy en cuenta en lo que sigue a ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción...*, cit., p. 145 ss.

(62) Francesco CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, trad. G. Posada, Madrid, ERDP, 1941, p. 115.

(63) Avanzamos esta afirmación *cum grano salis*, ya que a pesar de que generalmente se suele identificar la plenitud del ordenamiento jurídico con la existencia de una o más reglas de clausura, ello no deja de presentar dificultades teóricas importantes. Un caso paradigmático es el de la regla de clausura propuesta por Kelsen, en el sentido de que lo que no está prohibido está permitido. Una regla de clausura de este tenor permitiría identificar un conjunto prácticamente infinito de enunciados normativos de carácter negativo que habrían de ser considerados como los enunciados que clausuran el sistema jurídico. Ante esto, comparto plenamente la opinión de ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción...*, cit., p. 169 ss., en el sentido de que la noción de clausura, aun si ésta es relativa, es mucho más fuerte que la mera idea de plenitud.

(64) NINO, «El modelo *dogmático...*», cit., p. 94.

Los casos límite nos sitúan ante un problema de opacidad significativa de hecho; pero si partimos de la racionalidad del legislador no podemos instalarnos en una conclusión de este estilo. Por ello, ante este tipo de supuestos, el jurista tiene que recurrir a una ficción: «para considerar el caso como incluido o como excluido, ha precisado Carrió, el intérprete se ve forzado a *adjudicar* a la regla un sentido que, en lo que hace al caso presente, hasta ese momento no tenía» (65). De hecho, ésta es la única forma de salvaguardar los fundamentos del esquema de legitimación descrito más arriba y conseguir que la decisión jurídica represente, también en los casos límite, la aplicación de un precepto abstracto a un hecho concreto.

Adjudicar un sentido a la ley, en el sentido arriba mencionado, quiere decir lisa y llanamente que el significado no habría sido puesto por el intérprete. Sin embargo, las reglas que explican, que dan razón de esa especificación de sentido no se derivan directamente de las palabras de la ley. Lo cual nos pone en la pista de que junto a las reglas comunes o generales de los usos lingüísticos de la ley tienen que existir otras reglas hermenéuticas *agregadas* para que la justificación de la decisión interpretativa sea suficiente. Una buena gestión de la objetividad hermenéutica requiere una cuidadosa administración de esas reglas agregadas. En última instancia, la función del postulado del legislador racional consiste en extrapolar más allá del texto de la ley una función autor artificial que permita administrar la aceptabilidad de los enunciados hermenéuticos dentro del orden dogmático de la ley. La vaguedad o las incertidumbres expresivas de la ley ante un caso determinado no llevan a concluir que el ordenamiento jurídico no tiene una solución concreta para el mismo, dado que esto resultaría incompatible con la presuposición sobre la racionalidad del legislador. Por ello, cuando esa solución no existe en la superficie del texto, el intérprete ha de acudir al espacio racional, omnicompreensivo y perfecto, de una función autor *ideal* para así atribuir un sentido al texto superficialmente opaco o incompleto. No es otra cosa lo que se conoce en la teoría del derecho como *interpretación integradora*, un forzar el principio de legalidad que tendría pleno reconocimiento en nuestro sistema jurídico (66).

(65) CARRIÓ, *Notas...*, cit., p. 4. Carrió asume como punto de partida la conclusión positivista sobre la «textura abierta del derecho», cfr. HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 155 ss.

(66) En realidad, en cierto sentido, toda interpretación integradora supone de hecho, forzar el principio de legalidad. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico se entiende que, en base a la *ficción* consistente en proyectar el resultado interpretativo en la construcción jurisprudencial o dogmática como un significado *lato sensu* dependiente de la norma legal la interpretación integradora es compatible con el principio de legalidad. Esta quiebra del principio de legalidad ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en el ámbito del derecho penal incluso, esto es, ante normas «odiosas» (STC 89/1983, de 2 de nov., ponente. Francisco Rubio Llorente).