

LOS PROBLEMAS TÉCNICOS DE LA LEY*

por Héctor PÉREZ BOURBON

Alguna vez leímos que los contratos se escriben para que no se cumplan, porque si siempre se cumplieran no sería necesario escribirlos. Esto es, sin duda, una falacia, pero sí podemos afirmar que, en rigor, los contratos se escriben "por si no se cumplen".

De alguna manera, con las leyes pasa lo mismo: se escriben, entre otros motivos, por si alguien no las cumple. Si esto sucede intervendrá el juez y dirá si efectivamente ese alguien cumplió o no cumplió con la ley.

En definitiva, entonces, la ley se escribe para que eventualmente algún juez la aplique.

En consecuencia, resulta sumamente práctico comenzar el estudio de las bondades o defectos técnicos de una ley, analizando qué es lo que puede sucederle al juez al momento de tener que aplicarla.

Cuando el juez debe resolver un caso concreto, la operación intelectual que realiza es en definitiva subsumir ese caso individual en un caso genérico, y ver cuál es la solución que la ley -o, mejor aún, el orden jurídico, de acuerdo con lo que establecimos en algún artículo anterior- le señala. Cuál es la solución que tiene que aplicar.

Aquí advertimos, entonces, que hay una pequeña palabra, "caso", que puede dar lugar a confusión. En efecto, como bien señalan Alchourrón y Bulygin, no significa lo mismo la palabra "caso" si hablamos del "caso de golpe de Estado" que si hablamos del "caso del golpe del 24 de marzo de 1976". En el primer ejemplo, "caso" se refiere a un caso genérico; en el segundo, a un caso individual o particular. Lo mismo sucede si hablamos del "caso de asesinato político": es un caso genérico, dentro del cual podemos ubicar tanto el "caso (particular) del asesinato de Lincoln", como el "caso (particular) del asesinato de Kennedy".¹

Decimos entonces que el juez analiza el caso (individual) y se fija qué solución le da el orden jurídico para ese caso (genérico).

En rigor el proceso es algo más complejo y lo vamos a esquematizar así:

caso real → caso del expediente → caso genérico

* De "Los problemas técnicos de la ley", en "Técnica Legislativa", de María Alejandra Svetaz, Beatriz M. Grosso, Miguel A. Luna, Fermín P. Ubertone y Héctor Pérez Bourbon. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

¹ Alchourrón y Bulygin, Eugenio. *Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Ed. Astrea.

El caso real se traduce en un expediente que es sobre el cual toma, en rigor, el juez su decisión.

Las lagunas de conocimiento.²

El primer problema que se le plantea entonces al juez, al momento de tener que aplicar la ley al caso sucedido, es que él, en realidad, ignora el caso sucedido. Él va a juzgar de acuerdo con lo que el expediente judicial diga que fue lo que sucedió. Fácilmente podemos percatarnos de que puede haber diferencias entre el caso real sucedido y el caso del expediente, por la existencia de *lagunas de conocimiento*: es decir, que el juez no conozca exactamente qué sucedió en el caso real, en tal o cual aspecto.

No obstante, este problema resulta de rápida y efectiva solución para el juez, por cuanto el sistema judicial zanja este conflicto a través de un mecanismo de pruebas y presunciones que hacen que esta incertidumbre se transforme en algo irrelevante. El juez juzga el caso del expediente y la mayor o menor identidad que éste tenga con el caso real, hará a las bondades o defectos del dispositivo judicial utilizado, pero no al aspecto lógico en la aplicación de una solución legal, ni mucho menos a la mayor o menor perfección técnica en la elaboración de la norma.

La más absoluta y depurada técnica legislativa no puede evitar, ni tan siquiera disminuir las lagunas de conocimiento, que surgen sólo de las diferencias que puedan existir entre el caso real y las constancias procesales de que se vale el juez para resolver el caso.³

Más allá de este problema de identidad, no obstante, puede el juez enfrentarse a otro abanico de inconvenientes al pretender subsumir el caso individual en un caso genérico, que, en adelante, denominaremos categoría. Estos inconvenientes, en general, provienen de la técnica legislativa utilizada en la confección de las leyes.

Iremos viendo cada uno de ellos.

Las lagunas normativas.

El primero de estos inconvenientes consiste en que el juez no encuentre ninguna solución legal al problema que se le plantea: el orden jurídico no se ocupa de ello.

El caso presentado al juez no ha sido previsto por el legislador. No existe en el orden jurídico ninguna categoría en la que el juez pueda subsumir el caso individual sometido a su fallo.

² En cuanto a la terminología utilizada, seguimos, en buena medida, la propuesta por Alchourrón y Bulygin en "Metodología ..." citada en nota anterior.

³ Vale la pena aclarar que sí podría tener consecuencias en la solución de este problema, una defectuosa técnica legislativa en la elaboración del Código de Procedimiento, pero no en las leyes de fondo.

Cuando esto sucede, estamos en presencia de una *laguna normativa*.

Por ejemplo: el Código Civil trata el tema de la transformación o especificación en el Capítulo II (*“De la especificación o transformación”*), del Título V (*“Del dominio de las cosas y el modo de adquirirlos”*) del Libro Tercero (*“De los derechos reales”*) que comprende los artículos 2567 a 2570.

En rigor, los que nos interesan son sólo los tres últimos, ya que el primero simplemente define qué es la especificación o transformación y establece que la misma es un modo de adquisición del dominio.

Los artículos 2568, 2569 y 2570. entonces, analizan las distintas posibilidades, según que la cosa pueda o no volver a su forma anterior, es decir, que la transformación sea o no reversible, y que se haya hecho de buena o de mala fe.

Sucesivamente, dan diferentes soluciones a las distintas hipótesis: *buena fe - transformación irreversible* (art. 2568), *mala fe - transformación irreversible* (art. 2569) y *buena fe - transformación reversible* (art. 2570).

Sin embargo, a Vélez se le pasó por alto la hipótesis de que la transformación se hubiera realizado de mala fe y la cosa pudiera ser vuelta a su forma anterior. La hipótesis *mala fe - transformación reversible*, no tiene solución en el código Civil y, bien podemos suponer, en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico.

El único modo de encontrar solución a este caso es por vía de la interpretación judicial. El juez, siguiendo las directivas que le señalan los artículos 15 y 16 del CC, analizará y concordará otras leyes relacionadas, los principios generales del derecho, la jurisprudencia anterior, las notas puestas por Vélez Sarsfield a los distintos artículos del Código, etc., y llegará a la conclusión de que, si bien el orden jurídico no se refiere específicamente a este caso, debe inferirse que la solución legal es tal o cual.

El juez ha llenado la laguna legislando.

Las contradicciones normativas.

Otro problema, de alguna manera opuesto al anterior, que puede presentarse al juez, es cuando encuentra que el caso sí está contemplado en el ordenamiento jurídico. Y tan está contemplado está, que lo está más de una vez y con soluciones diferentes e incompatibles.

Cuando esto sucede estamos en presencia de una *contradicción normativa*.

Alguien podría pensar que es muy difícil que esto suceda por cuanto si dos normas jurídicas se contradicen, una deroga a la otra.

Es cierto que en nuestro sistema jurídico tenemos un sistema de derogaciones que contribuye a paliar bastante estas situaciones. En efecto:

- a) la ley posterior deroga a la anterior,
- b) la ley superior deroga a la inferior, y
- c) la ley especial se aplica por sobre la general.

Sin embargo, el orden jurídico tiene normas contradictorias. Basta analizar, por ejemplo, el Código Penal, en los artículos correspondientes al delito de lesiones.

El artículo 89 define el delito y establece la pena que le corresponde en su modo básico o general.

El artículo 92 establece una pena mayor si se dan determinadas circunstancias agravantes. (Por ejemplo, que exista determinado parentesco entre la víctima y el victimario).

A su vez, el artículo 93 establece una pena menor si el victimario se encuentra en estado de emoción violenta.

Sin embargo, si en un mismo hecho delictivo concurren ambos supuestos, el Código no prevé ninguna solución especial, por lo que resultan de aplicación tanto la pena prevista en el artículo 92, como la prevista en el artículo 93.

Vale la pena señalar que esta hipótesis es perfectamente posible en la realidad. Por ejemplo, el caso de una persona que, en estado de emoción violenta, lesiona a su cónyuge.

El sistema jurídico resulta pues, en este caso, contradictorio.

El juez buscará y hallará una solución y, en definitiva, aplicará una pena, pero debemos reconocer que también, en este caso, lo hará legislando.

Las redundancias normativas.

Una tercera posibilidad es que el juez, al revisar el orden jurídico, encuentre, al igual que en el punto anterior, que hay más de una norma que se refieren al caso. Pero, a diferencia del punto anterior, todas las normas solucionan el caso de la misma manera.

Cuando esto sucede estamos en presencia de una *redundancia normativa*.

Respecto de las redundancias, debemos advertir que en sí mismas no causan problemas en cuanto a la seguridad de saber cuál es la solución para un caso. No obstante, desde el punto de vista de la técnica legislativa lo consideramos una incorrección o un defecto, por cuanto puede, ante una modificación del sistema, convertirse en una contradicción. Si tenemos la norma 1 que da para un caso la solución "x", y la norma 2 también da para ese caso la solución "x", no se le presentará al juez problema alguno por cuanto, indiscutiblemente, la solución es "x". Pero puede suceder que se

modifique la legislación y la nueva solución que a ese caso le asigne la norma 1 sea "y", sin modificarse la norma 2. En ese caso, la redundancia se ha transformado en contradicción.⁴

Los problemas lógicos, ¿son evitables?

Demolombe, en su comentario al Código de Napoleón, dice que el derecho siempre habrá de tener lagunas porque el legislador no puede prever todos los casos posibles.

Esta idea está notablemente arraigada entre los profesionales del derecho.

Pero a partir del hecho que hemos señalado más arriba, el que la palabra "caso" tiene dos significados suficientemente distintos según se refiera a lo genérico, o a lo particular o individual, la citada aseveración de Demolombe se transforma, si no en falsa, al menos en ambigua.

Es cierto que el legislador no puede prever todos los "casos individuales" posibles. Pero con una correcta formulación lógica de la norma sí puede prever todos los "casos genéricos", que nosotros llamaremos también "categorías", donde estarán incluidos todos los casos individuales, y el sistema no tendrá lagunas. No es necesario que el legislador prevea todas las maneras posibles que tiene una persona de matar a otra (de frente o de espaldas; con revólver, cuchillo, veneno o electrocutándolo; a la luz del día y en público, o de noche y en un lugar desierto; etc.) porque aún ignorando todas las posibilidades de distintos casos individuales que pudiere haber, al establecer que al que mata otros le corresponden tantos años de prisión está estableciendo un sistema sin lagunas.

Con una buena técnica, que incluye el correspondiente análisis lógico, son también evitables las contradicciones y las redundancias normativas.

Las lagunas de reconocimiento.

Sin embargo sí puede el juez enfrentarse a otro inconveniente al pretender subsumir el caso individual en un caso genérico o categoría. Y este es un inconveniente que surge de una incorrecta formulación de la norma: consiste en que el juez no pueda determinar con precisión en cuál caso genérico corresponde subsumir el caso individual. El tema puede parecer algo confuso pero se irá aclarando a medida que avancemos en su análisis.

Esta falta de seguridad del juez en no saber cuál es la categoría en la que está incluido el caso individual puede provenir de tres vertientes: una corresponde a la lógica, otra al lenguaje, y una tercera a la estructura. Vamos a comenzar por la primera.

⁴ No olvidamos lo señalado más arriba en cuanto a la derogación de una norma por otra norma posterior. Las hipótesis de derogación de normas son lo suficientemente abundantes como para justificar un estudio especial sobre el tema, que excede los límites de este artículo. Haga el lector un acto de fe y crea que hay redundancias normativas que pueden transformarse en contradicciones.

a) la vertiente lógica.

Supongamos que, en un caso referido a la actualización del valor en determinados contratos, el juez encuentra que el orden jurídico establece lo siguiente:

1. Los contratos celebrados con anterioridad a 1991 se actualizan con el índice de costo de vida.

2. Los contratos celebrados con posterioridad a 1991, no se actualizan.

Si el contrato en cuestión fue celebrado durante 1991, en rigor, no ha sido previsto en el orden jurídico.

Esto, sin duda, se asemeja bastante a una laguna normativa. Sin embargo, es fácil advertir una diferencia sustancial: en el caso anterior, existe una categoría, definida por el resto de los artículos, que el legislador olvidó solucionar. En este caso, en cambio, parecería más bien que el problema surge de una incorrecta definición de las categorías. Han querido establecerse dos categorías, anterior y posterior a la convertibilidad, y por una incorrecta formulación estas dos categorías no cubren la totalidad de los casos individuales. No contempla los casos de contratos celebrados durante ese año.

Hay un error en la definición lógica de las categorías, que hace que el conjunto de éstas no sea exhaustivo. Corresponde, entonces, redefinir esta división, por ejemplo, entre los contratos celebrados con anterioridad al 1º de enero de 1991, y los celebrados desde esa fecha inclusive en adelante. Es decir, esa franja del año 1991 se vuelca a uno de los lados.

Perfectamente válido sería también que se volcara al otro lado, o sea que los contratos celebrados durante 1991 quedaran incluidos en la primera categoría, o aún una solución intermedia, partiendo el conjunto en otra fecha (v.g. 1º de mayo de 1991). Lo que sí es necesario es que cualquiera sea el momento de celebración del contrato pueda ubicárselo en una categoría determinada.

El conjunto de categorías, entonces, debe ser exhaustivo. Pero también debe ser excluyente. Es decir, debe asegurarse que cualquier caso individual pueda ser subsumido en una categoría, pero también que sea en sólo una categoría.

Imaginemos un ejemplo:

Supongamos que tenemos una ley que regula las locaciones urbanas y establece algunas soluciones diferentes (por ej.: en lo que hace a duración mínima del contrato), según sea el inmueble una vivienda o un local de comercio.

Supongamos que la ley diga:

1) Para los inmuebles destinados a vivienda el plazo mínimo de duración del contrato es de tres años.

2) Para los locales comerciales el plazo es de cinco años.

Por un lado vemos, en primer lugar, que tenemos el mismo problema que en el ejemplo anterior, en cuanto que la división no es exhaustiva. Un local industrial no cabe en ninguna de las normas.

Advertidos de esto reemplazamos "locales comerciales" por "inmuebles con otro destino". Ha desaparecido el problema. Podemos ubicar a los locales industriales en el plazo de cinco años.

Pero, si el caso que debe resolver el juez es el de un local comercial que además tiene vivienda, ¿qué norma aplicamos? Pueden ser tres años, porque es vivienda, pero también puede ser cinco años, porque también es un local comercial o, como hemos corregido, un inmueble con otro destino.

Lo que sucede es que el conjunto, si bien es exhaustivo, no es excluyente. Hay un grupo de casos individuales, los que son vivienda y además otra cosa, que caben en más de una categoría.

En el ejemplo anterior, entre las dos categorías quedaba una zona en blanco. En este ejemplo queda una zona superpuesta.

La manera de corregirlo es hacer la división entre "los que son vivienda y los que son exclusivamente otro destino" o entre "los que son exclusivamente vivienda y los que no lo son". No interesa, desde un punto de vista lógico hacia que lado se vuelca esa zona gris. Lo que es necesario es que pertenezca a una sola categoría.

En resumen, reiteramos, el conjunto de categorías debe ser exhaustivo y excluyente.

Este es un modo de evitar la incertidumbre que, desde la vertiente lógica, tiene el juez en la subsunción del caso individual en una categoría determinada, problema éste que denominamos, de un modo genérico, lagunas de reconocimiento.

a) la vertiente del lenguaje.

Habíamos mencionado, sin embargo, que existe otra vertiente que alimenta al mismo tipo de lagunas y que es la que corresponde al lenguaje.

El hecho de que las normas se manifiestan a través de un texto escrito en un determinado lenguaje, en nuestro caso el castellano, siempre están sujetas a las ambigüedades y vaguedades que ese lenguaje tiene. Las palabras siempre tienen, aún cuando se trate de un lenguaje sumamente preciso, un cierto margen de vaguedad o ambigüedad que hace que a veces no sea sencillo establecer hasta dónde llega una categoría determinada.

Supongamos que en un lugar público hay un cartel que dice:

"Se prohíbe la entrada con animales. La infracción a esta norma será castigada con una multa de \$50".

Nadie dudaría en aplicarle la multa a una persona que entró con un perro o con un gato.

Pero, ¿sería aceptable que quisiera cobrarse la multa a una señora que entró de la mano de su hijo atacado de pediculosis?

La fría letra de la norma obligaría a decir que sí. En efecto, los piojos son animales y la señora entró con ellos.

Sin embargo, parecería que el alcance de la prohibición no debería extenderse tanto.

Observemos que, en rigor, también entraría con animales un hombre víctima de la *tenia saginata* (vulgarmente "lombriz solitaria"). ¿Sería pasible de la multa?

Es evidente que la ambigüedad del lenguaje produce siempre un margen de indeterminación en la solución que el orden jurídico da a los diferentes casos.

Como vemos el problema es más difícil de solucionar que lo que se refiere a la lógica del sistema normativo.

a) la vertiente de la estructura.

La tercera vertiente que habíamos mencionado como susceptible de generar lagunas de reconocimiento es la proveniente de la estructura del dispositivo normativo. En efecto, la simple ubicación de una norma en una parte o en otra del articulado, puede significar cosas diferentes aunque su texto sea exactamente el mismo. Clarifiquémoslo con un ejemplo.

Supongamos que estamos analizando la Ley de Puertos y encontramos un artículo que dice:

"La habilitación de los puertos debe hacerse por decreto del Poder Ejecutivo dando cuenta de ello al Congreso dentro de los treinta días". Esta norma no significa exactamente lo mismo si está ubicada en un capítulo que se denomina "De los puertos en general", que si se encuentra en uno que se llama "De los puertos comerciales". En el primer caso se aplicará aun a los puertos turísticos o deportivos, mientras que no corresponderá su aplicación a éstos en el segundo caso.

El texto del artículo es exactamente el mismo, pero su alcance depende de su ubicación.

Muchas veces el orden en que están ubicadas las distintas normas que componen una ley, puede dar lugar a diferentes interpretaciones en cuanto a qué casos corresponde aplicarlas y a cuáles no.

Las laguna axiológicas o valorativas.

Finalmente, debe mencionarse un aspecto de la legislación que a veces, también, suele recibir el nombre de "lagunas". Sin embargo no es ninguno de los tipos de lagunas que hemos visto, de conocimiento, normativas o de reconocimiento. Se refiere más bien a la solución legal, en relación con algo que todos creemos que debe estar subyacente en la ley, y que es el valor justicia.

Hay ocasiones en que el juez se enfrenta a un caso en el que no existen lagunas de conocimiento, por cuanto el caso real se refleja fielmente en el expediente, tampoco hay lagunas de reconocimiento, o sea que es perfecta y fácilmente encuadrable en una de las categorías que prevé el orden jurídico y sólo en ésta; y tampoco hay lagunas normativas ni contradicciones; el orden jurídico para esa categoría prevé una solución y sólo una. Pero sucede que la solución que da el orden jurídico como aplicable a este caso particular, resulta a ojos del juez y para este caso particular, injusta. El orden jurídico da una solución pero ésta no condice con el valor justicia.

Un caso clásico, citado por Bulygin, es el de un tribunal alemán, en las primeras décadas del siglo, que se enfrentó a un caso de aborto. Se trataba de una mujer, que habiendo quedado embarazada, ésta situación le provocó un trastorno psíquico que la puso, en más de una ocasión, en reales intentos de suicidio. La familia convenció a un prestigioso médico que le practicara un aborto con el fin de salvaguardar la vida de la madre, sin la cual la vida del hijo, además, era inviable, debido al escaso tiempo de gestación. Practicado el aborto, el médico fue acusado ante los tribunales, ya que la legislación vigente sólo autorizaba que provocara el aborto un familiar directo (que el médico no lo era), o quien viera en peligro su propia vida (lo que tampoco sucedía en este caso).

El tribunal entendió que el acusado no debía ser condenado, por cuanto de haberse concretado el suicidio de la madre también se hubiese perdido la vida del hijo.

Entendió entonces que había una laguna, que el legislador no había previsto, y absolvió al médico.

En realidad no existía tal laguna. El orden jurídico perfectamente señalaba una solución: el médico debía ser condenado. Lo que sucedía es que esta solución aparecía como injusta.

La presente laguna no estaba en la norma, sino en la valoración de la solución. Este es un caso típico de laguna, no normativa, sino valorativa o axiológica. La solución existe, pero es injusta.

En la mayoría, o tal vez en la totalidad de los casos, esto sucede porque determinado atributo, que el legislador no tuvo en cuenta al dictar la ley, aparece hoy como relevante. Es decir, que alguna o algunas categorías incluyen casos individuales, que no deberían incluir.

Estas lagunas axiológicas, que surgen de atributos que no se tuvieron en cuenta al dictarse la norma y hoy aparecen como relevantes, suelen ser una importantísima y permanente fuente de nueva legislación o de modificaciones a la legislación vigente.

La mayoría de los legisladores, sobre todo los que son abogados, se han enfrentado alguna vez a estas situaciones injustas de la ley y buscan de solucionar el problema modificando el sistema normativo.

No obstante, lo que no siempre se tiene en cuenta es que el sistema normativo no sólo es normativo sino que además es un sistema; y lo que se altera en una norma, puede repercutir sobre otra u otras generando, a la postre, un quiebre en la armonía del conjunto. Por no advertir esto, no pocas veces el resultado final de la reforma legislativa que se propone, si bien soluciona el conflicto objeto de la reforma, genera una considerable cantidad de injusticias en otros casos.