

## RELATO SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Uno de los despliegues de la teoría trialista del mundo jurídico donde se advierte con más claridad el juego integrado de las tres dimensiones es el proceso de **funcionamiento** de la norma, para que el **reparto proyectado** que ésta capta se convierta en **reparto realizado**. Goldschmidt señaló en ese funcionamiento cuatro etapas, la **interpretación**, la **determinación**, la **elaboración** y la **aplicación**, de las cuales las dos primeras son siempre necesarias (1). Si bien en última instancia la tridimensionalidad está presente en todas las manifestaciones de la vida jurídica, el maestro que homenajeamos pudo presentar —no sin asidero— a la interpretación y la aplicación con caracteres bidimensionales normo-sociológicos, correspondiendo a la elaboración (también de cierto modo a la determinación) carácter tridimensional, por incorporación de los requerimientos de justicia.

No es del caso reproducir aquí las sabias enseñanzas relacionadas con el tema que plasmó Goldschmidt en su “Introducción filosófica al Derecho” con caracteres magistrales (2), pero sí cabe destacar que la teoría del funcionamiento refleja toda una concepción de la **norma**, de sus **fuentes**, sus **productos** y su **ordenamiento** y se enriquece con las demás enseñanzas del trialismo hasta el punto de hacerse evidente que es todo el **mundo jurídico el que funciona con la norma**. A su vez, la teoría del funcionamiento de la norma posee significados que trascienden el marco de la Filosofía Jurídica Menor, donde se ubica el trialismo, expresando toda una Filosofía Jurídica Mayor: expresa la posición del **individuo** respecto de la **sociedad** y la **naturaleza** y el equilibrio entre los momentos de la **temporalidad** (3).

2. Las perspectivas de la interpretación y la aplicación, donde se busca conocer la auténtica voluntad del autor y la efectivización de la consecuencia jurídica, evidencian el **concepto** de norma como captación lógica neutral de un reparto proyectado. En relación con las funciones de la norma, puede decirse que la interpretación procura la **fidelidad** y la aplicación busca la **exactitud** (en tanto que a través de todo el funcionamiento, y sobre todo de la elaboración, se evidencia, y en su caso se logra, la **adecuación**).

(\*) Ideas básicas del relato a efectuar en las Jornadas de Derecho Internacional Privado Profundizado y Filosofía del Derecho en homenaje póstumo a Werner Goldschmidt que se llevarán a cabo en Mar del Plata los días 16 y 17 de setiembre de 1988.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) Pueden señalarse otras tareas, como la conjetura y la síntesis.

(2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, esp. págs., 251 y ss.

Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss.

(3) Aunque Goldschmidt distinguió con pulcritud (quizás de una manera demasiado radical a veces) la Filosofía Jurídica Menor de la Filosofía Jurídica Mayor (GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 5 y ss.), creemos que, de cierto modo, una Filosofía Jurídica Menor significa también una Filosofía Mayor.

La jerarquización de la auténtica voluntad del autor (como referencia última de la interpretación) y la significación reconocida a la efectivización de la consecuencia jurídica (en la aplicación) muestran la mayor importancia de las **fuentes materiales** respecto de las **fuentes formales**. Lo propio puede decirse del reconocimiento de la existencia de carencias históricas, donde se evidencia la insuficiencia de las fuentes formales, y también de la posibilidad de que los encargados del funcionamiento “produzcan” carencias dikelógicas de normas (“declarando” la carencia dikelógica en ellas) de modo que triunfa una vez más la realidad de las decisiones. A su vez, la posibilidad de que a través de fuentes formales inferiores (v. gr. las sentencias) los encargados del funcionamiento produzcan carencias dikelógicas respecto de niveles formalmente superiores demuestra que en última instancia la jerarquía jurídica de las fuentes formales debe depender de la **justicia**.

La sujeción del intérprete a la auténtica voluntad del autor tiene un significado relativamente afín al concepto de “**institución**”, en tanto que las posibilidades de determinación y sobre todo de elaboración muestran una mayor proximidad con la necesidad consensual del “**contrato**” entre el autor de la norma y los encargados de su funcionamiento.

La interpretación y la aplicación se inscriben en la estructura vertical del **ordenamiento normativo**, donde a través de las relaciones de producción y de contenido se realizan respectivamente los valores subordinación e ilación. La determinación se apoya en dichas vinculaciones, con más despliegue de las relaciones verticales de producción y menos desenvolvimiento de la estructura vertical de contenido.

La elaboración, en cambio, admite la crisis en tales relaciones verticales en aras de la justicia (cuando se produce una carencia dikelógica). A su vez, según se recurra a los principios generales del Derecho Positivo o a la analogía, la autointegración pone en juego relaciones verticales y horizontales de contenido, satisfaciendo, además de la ilación, la concordancia. La heterointegración significa el ingreso de la justicia invirtiendo la pirámide por impulso de la mayor jerarquía de este valor. La interpretación y la aplicación son los mayores bastiones funcionales de la **coherencia** del ordenamiento, en tanto que la determinación y la elaboración corresponden a sus mayores grados de crisis.

El ordenamiento normativo que resulta de esta teoría del funcionamiento es **rígido** por la interpretación y la aplicación, pero va ganando **flexibilidad** al hilo de la determinación y, sobre todo, de la elaboración. Aunque en la interpretación se tiene en cuenta la auténtica voluntad del autor, que de cierto modo significa **inelasticidad**, el imperio del fin sobre la intención y la elaboración ante carencias históricas muestra que el ordenamiento puede poseer también carácter **elástico**.

3. Dada la importancia que Goldschmidt reconoce al reparto de “potencia” e “impotencia” (o sea de lo que favorece o perjudica al ser) y por su reconocimiento de la norma como captación del reparto, no sólo en el contenido de la voluntad de sus autores, sino en el cumplimiento de esa voluntad, el trialismo tiene una teoría del funcionamiento de la norma que constituye una “**complejidad pura**” de diversas “tareas” (etapas) mucho más perfecta que la presentada por otras corrientes del pensamiento jurídico, como la escuela de la exégesis y la escuela de Kelsen.

Como su nombre lo indica, la escuela de la “**exégesis**” (guía, exposición, explicación) presenta una perspectiva “**imperialista**” de la interpretación. En cuanto se remite a un silogismo, minimiza las dificultades y la importancia de la aplicación y limita las posibili-

dades de la elaboración en el marco del proceso de funcionamiento (4).

Por atenerse a relaciones de imputación (“Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse” (5) ), **Kelsen** tiende a privar de interés a la verdadera aplicación (6), sobre todo en cuanto de la aplicación depende la realización del contenido del reparto proyectado, que pertenece al marco del ser. Si bien llega a decir que “la eficacia de una norma es. . . una condición de su validez” (7), Kelsen se interesa al fin sólo por la eficacia “general” (no casuística) de la norma y por la eficacia del ordenamiento (8); cabe recordar que el maestro austrohúngaro destaca que “determinar quién ha ejecutado

( 4 ) Los partidarios de la escuela se hicieron eco de la idea de Montesquieu de que los juicios “no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley” (MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes”, trad. Nicolás Estévez, 3a. ed., México, Porrúa, 1977, pág. 105 - Libro XI, Cap. VI-). Puede v. en relación con el tema, por ej. GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 268 y ss.

( 5 ) KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, pág. 26 Dice Kelsen rotundamente: “. . .son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres”. (KELSEN, op. cit., pág. 53).

( 6 ) En profundidad, confunde la creación y la aplicación del Derecho, (v. KELSEN, op. cit., pág. 154), que son tareas frecuentemente simultáneas pero con caracteres bien diversos (v. KELSEN, Hans, “Teoría general del Derecho y del Estado”, trad. Eduardo García Máynez, 3a. ed., México, Textos Universitarios, 1969, pág. 156 - “Diferencia simplemente relativa entre la función de creación y la función de aplicación del derecho”).

Acerca de la confusión que reina en el enfoque kelseniano del funcionamiento, cabe decir con Goldschmidt: “Kelsen mezcla en su doctrina hermenéutica, interpretación y aplicación, acto reglado y acto discrecional y, por último, interpretación y determinación”. (GOLDSCHMIDT, Werner, “La doctrina kelseniana de la interpretación y su crítica”, en “La Ley”, t. 119, pág. 1057).

( 7 ) KELSEN, “Teoría Pura. . .” cit., pág. 36.

( 8 ) Id, págs. 145/146 y 142/143. Puede decirse que a Kelsen le importa la aplicación en cuanto afecte a la norma como **fuentes** y en la **estructura** del ordenamiento, no en el funcionamiento. No tiene aporte para hacer a la difícil tarea del encuadramiento, ni le es relevante la aplicación como realización en el mundo de la causalidad. A nuestro parecer, se trata —paradójicamente— de una teoría enfocada de cierto modo desde la “aplicación”, pero sin atender significativamente a los marcos verdaderos que el trialismo contribuye a iluminar en la aplicación.

La aplicación que consideramos verdaderamente tal importa en definitiva como **cambio de la realidad social**. Los esfuerzos de Kelsen para jerarquizar la perspectiva de la eficacia dentro de su sistema, básicamente encaminado a marginarla, nunca fueron idóneos para reconocerla con una importancia semejante a la que le reconoce el trialismo (puede v. KUNZ, Josef L., “La teoría pura del derecho”, México, Imprenta Universitaria, 1948, esp. págs. 75 y 86). Kelsen fue de cierto modo un “libertador” del Derecho en su despliegue normológico e hizo grandes aportes en el estudio de esta dimensión (lúcidamente integrados en el trialismo), pero por lo general retuerce sus desarrollos para ubicarlos y centrarlos en ella. En el trialismo, la “exactitud” de la norma (que es más exigente que su “eficacia”) tiene importancia fundamental porque, en definitiva, importa que el reparto **real** sea **justo**. Cabe recordar la crítica que al respecto hizo Recaséns Siches al pensamiento kelseniano (RECASENS SICHES, Luis, “Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, México, Porrúa, t.I., 1963, págs. 206 y ss.) Creemos que lo expresado respecto del papel de la aplicación en el pensamiento de Kelsen está claramente confirmado, además, en su “Teoría general de las normas” (v. KELSEN, Hans, “Teoría geral das normas”, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986, págs. 176 y ss., también c. “Allgemeine Theorie der Normen”, Wien, Manzsche, 1979, págs. 111 y ss.)

tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen no es un problema de imputación: es una cuestión de hecho” (9) y los hechos sólo le importan marginalmente. La especial relevancia que Kelsen atribuye a las relaciones de producción de normas (10) resta jerarquía a la grave problemática de contenido del encuadramiento. Además, la idea kelseniana de que la norma deja un marco abierto a diversas posibilidades, donde el encargado del funcionamiento decide escogiendo libremente una de ellas (11), minimiza la importancia de la distinción entre interpretación, determinación y elaboración. Es más: la teoría “pura” excluye frontalmente de la problemática jurídica la posibilidad de “heterointegración” por recurso a la justicia “material”, que es la garantía última del funcionamiento debido.

Es sumamente importante reconocer si una teoría muestra el proceso de funcionamiento en su **plenitud** o lo **oculta parcialmente**, dejando oportunidad para que intervengan protagonistas “enmascarados” e intereses no fundamentados. Las etapas del funcionamiento de la norma son realidades preñadas de riesgos para el reparto proyectado, cuya posibilidad es inevitable. Es muy frecuente la manipulación de la interpretación y de la aplicación para ocultar la producción de carencias axiológicas que no se quiere o no se puede calificar como dikelógicas. El silencio sobre parte del funcionamiento y la errónea comprensión de sus etapas significan –aunque sólo sea de modo inocente– vías para ocultar la realidad. Muchas veces, sobre todo en el planteo kelseniano, conducen a dejar al encargado del funcionamiento más libre para descartar el reparto normativo, dando lugar –según dijimos– al juego de sus propios intereses y del control que ejercen sobre él los que detentan el poder social. El trialismo es en general, y también en la teoría del funcionamiento, el esfuerzo más exitoso que se ha hecho para poner a los protagonistas y a los intereses del Derecho a la “luz del día”, en las mejores condiciones para ser **valorados**.

4. En relación con la **dimensión sociológica**, la conversión del reparto proyectado en reparto realizado exige la continuidad de la actividad repartidora, sea a través del mismo autor de la norma o de otro repartidor, que debe **asumir** (no rechazar) el reparto captado. En este último caso se produce una “transmutación” con riesgos para el reparto que, a fin de realizarse, ha de superar las posibilidades de cambio en los beneficiarios, el objeto, la forma y las razones. Esto significa que no tropiece con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas (sean ellos generales o especiales de los repartos referidos a cuestiones vitales, sean los límites generales más relacionados con el individuo o la sociedad) (12). La interpretación literal significa un punto de partida de

(9) KELSEN, “Teoría pura. . .” cit., pág. 28.

(10) Dice Kelsen: “Una norma pertenece a un orden jurídico sólo en cuanto ha sido creada de conformidad con las prescripciones de otra del propio orden” (KELSEN, Hans, “Teoría general del Derecho. . .” cit., pág. 156).

(11) KELSEN, “Teoría pura. . .” cit., págs. 166/167.

A nuestro parecer, pese a la “simplicidad pura” que pretende en la captación del Derecho, la comprensión de Kelsen del funcionamiento de la norma es un ejemplo de “**complejidad impura**” (v. GOLDSCHMIDT, “Introducción. . .” cit., pág. XVII).

(12) Kelsen hablaba de la “posibilidad” de cumplimiento, pero no desarrollaba la comprensión (sociológica) de los obstáculos (v. por ej. KELSEN, “Allgemeine Theorie. . .” cit. pág. 113)

**distribución** por influencia humana difusa, sobre el cual se destaca el **reparto** en la versión histórica.

El reparto de la norma que funciona se convierte en cierta **“planificación”** que realza previsibilidad. La asunción del reparto requiere alguna **ejemplaridad** entre el autor y el encargado del funcionamiento de que se trate, realizándose en ésta el valor solidaridad. Si el reparto proyectado se convierte en reparto realizado, hay más **orden**, en tanto que si esa realización se interrumpe hay cierta anarquía, con su **“desvalor”** arbitrariedad. Los bastiones principales del orden son la interpretación y la aplicación, en tanto que la determinación y la elaboración, principalmente cuando ésta se refiere a una carencia dikelógica y se resuelve en términos de heterointegración, son —en diversos grados— más próximas a la anarquía. En el marco de la interpretación, la tensión entre intención y fin refleja la tensión entre la **finalidad objetiva** de los acontecimientos y la **finalidad subjetiva** de los repartidores.

5. En cuanto a la **dimensión dikelógica**, cabe señalar básicamente que a Goldschmidt le fue posible elaborar con profunda claridad la **“complejidad pura”** de la comprensión del funcionamiento de la norma porque tuvo a su servicio su clara comprensión de la justicia como un valor natural absoluto, con carácter **objetivo** pero no necesariamente universal ni eterno en sus requerimientos (13). Gracias a dicha verdad básica pudo construir una teoría de la elaboración en la que el productor de la carencia dikelógica y el integrador según los requerimientos de justicia tienen preferencia objetiva sobre el autor de la norma.

Si bien el pensamiento goldschmidtiano presenta a la interpretación y la aplicación como relativamente impermeables a la justicia, hay en la teoría del funcionamiento de la norma una creciente apertura a la justicia a medida que se pasa a la determinación y a la elaboración. La declaración de una carencia dikelógica y la elaboración por recurso (formal o material) a la justicia, significan el triunfo de este valor sobre los valores que deben **“coadyuvar”** con él subordinándosele (principalmente el orden y la coherencia) pero, si bien urge evitar la **“subversión”** de estos valores contra la justicia, también hay que excluir las desviaciones en que la justicia se **“invierte”** dirigiéndose contra los valores en que debe apoyarse (14). En el recurso a los principios generales del Derecho hay más afinidad directa con los **criterios generales orientadores** y, en cambio, cuando se considera la justicia del caso se abre más cauce a las **valoraciones**.

La lealtad del intérprete tiende a **desfraccionar** las mismas influencias de justicia que tuvo en cuenta el autor, **fraccionando**, en cambio, los rasgos valiosos que él no consideró y produciendo, en consecuencia, seguridad jurídica. El reconocimiento de carencias históricas por novedad significa un desfraccionamiento de las influencias del porvenir y la carencia dikelógica es siempre en desfraccionamiento de la justicia, principalmente en el sentido del complejo real, pues se supera la justicia formalizada en la norma. La

(13) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, **“La ciencia de la justicia (Dikelogía)”**, Madrid, Aguilar, 1958 (2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986).

(14) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, **“Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”**, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1984, págs. 16 y ss.

heterointegración corresponde a un desfraccionamiento respecto de las posibilidades de la autointegración.

La determinación por precisión se abre especialmente a la **unicidad**, en tanto la determinación por reglamentación se refiere más a la **igualdad**. El reconocimiento de carencias históricas por novedad y de carencias dikelógicas significa triunfos de la unicidad. Cuando se recurre a la autointegración hay más referencia a la igualdad y cuando se recurre a la heterointegración se brinda más juego a la unicidad.

La interpretación, la determinación y la aplicación fortalecen al régimen y le permiten más energía en la **protección** del individuo contra los demás individuos, frente a sí mismo y "lo demás", en tanto que la carencia dikelógica debilita al régimen en cuanto "divide" al autor y al encargado del funcionamiento, permitiendo un mayor amparo frente a él. Sin embargo, en otros sentidos puede decirse también que la interpretación y la determinación mantienen la división entre autores y encargados del funcionamiento y que en la carencia dikelógica se produce una confusión de roles, resultando desde estas perspectivas significados inversos a los señalados. Asimismo, la autointegración fortalece al régimen y la heterointegración lo debilita.

6. Si el reconocimiento de la objetividad y la circunstancialidad de las exigencias de **justicia** fue de gran importancia para la comprensión del funcionamiento en la referida "complejidad pura", fueron las a nuestro parecer defectuosas ideas acerca de la justicia de la escuela de la exégesis y de la escuela de Viena motivos de sus desviaciones en la captación de nuestro problema. La escuela de la exégesis reflejaba una concepción de la justicia en términos de Derecho Natural universal y eterno (15), que conducía a la ilusión de que fuera expresado por el legislador, sin necesidad de atender mayormente a las particularidades de los casos. El relativismo subjetivista de Kelsen (16) lo impulsa a confundir lo que el encargado del funcionamiento "puede" hacer con lo que le es legítimo hacer en los marcos de respeto a los valores que la norma realiza y debe realizar. Existe, en definitiva, un **equilibrio** profundo entre las diversas partes de cada sistema jusfilosófico (17).

7. La interpretación literal corresponde al sentido que atribuye a la norma la **sociedad** donde ha de funcionar, en tanto la interpretación histórica puntualiza la "**individualidad**" del autor (o los autores); sin embargo, dentro de la interpretación histórica

(15) Tener en cuenta, v. gr., CAVANNA, Adriano, "Storia del diritto moderno in Europa", I, Milano, Giuffrè, 1979, págs. 355 y ss.

(16) V. por ej. KELSEN, "Teoría pura. . ." cit., págs. 55 y ss.; "Justicia y Derecho Natural", en KELSEN, BOBBIO y otros, "Crítica del Derecho Natural" (rec.), trad. Elías Díaz, Madrid, Taurus, 1966, págs. 29 y ss., etc. V. una comparación de la concepción kelseniana del funcionamiento con la concepción tradicional, en BASCUNAN V., Antonio, "La función judicial en la teoría pura del Derecho", en AS. VS., "Apreciación crítica de la teoría pura del derecho", Valparaíso, Edeval, 1982, págs. 167 y ss.

(17) Decía Leibniz, de cierto modo con profundo acierto: "... este enlace o acomodamiento de todas las cosas creadas a cada una y de cada una a todas las demás, hace que cada substancia simple tenga relaciones que expresen todas las demás, y que ella sea, por consiguiente, un espejo viviente y perpetuo del universo" (LEIBNIZ, "Monadología", trad. Manuel Fuentes Benot, 4a. ed., en BIF, Bs. As., Aguilar, 1968, pág. 46 (56: "Teodicea" 130, 360).

el elemento sistemático significa una amplia apertura a lo social. La carencia por novedad científico-técnica o jurídica es una vía para el ingreso de la actividad social y lo propio sucede con la autointegración. El engarce último con lo social y lo **natural** se produce en la aplicación, cuando se efectiviza la consecuencia jurídica. De cierto modo, hay un “arco” que nace en lo social expresado en la interpretación literal, se eleva al protagonismo del individuo en la interpretación histórica, la determinación y la elaboración, y se apoya, al fin, en lo social y lo natural en la efectivización de la consecuencia jurídica, donde culmina la tarea de aplicación.

La escuela de la exégesis presenta al intérprete un fuerte protagonismo del legislador y la escuela de Viena brinda un sentido del protagonismo más compartido, entre autor e intérprete. En ambos planteos hay limitadas proyecciones sociales (18).

8. La interpretación se proyecta más al **pasado** y la aplicación es su integración en el **porvenir**. La determinación y sobre todo la elaboración muestran la insuficiencia del pasado para dar cuenta del porvenir. Dentro de la “futuriza” elaboración, las manifestaciones más claras de apertura al futuro son el reconocimiento de carencias históricas por novedad y la heterointegración.

La escuela de la exégesis se centra en la consideración interpretativa del pasado (de la intención del legislador) y la escuela de Kelsen avanza (de cierto modo velado) al porvenir, mediante las decisiones del encargado del funcionamiento.

Goldschmidt pudo llegar al **trialismo** y a su comprensión del funcionamiento sobre una base de **realismo genético** (según el cual el sujeto “descubre”, no crea, al objeto). En cambio en Kelsen es muy nítida la posición **idealista genética** y ésta tiene mucha influencia en su confusión profunda entre interpretación y determinación y entre elaboración y aplicación.

9. En definitiva, en concordancia con su orientación más profunda, el **trialismo** presenta una comprensión del funcionamiento de la norma al servicio pleno de la **personalización** de sus “protagonistas”, sean como repartidores o beneficiarios. Se trata de una comprensión **personalista** y **humanista** del proceso mediante el cual el reparto proyectado que capta la norma se convierte –muchas veces– en reparto realizado.

Puede decirse que el hombre cabal que homenajeamos brindó una teoría del funcionamiento de la norma del “**hombre cabal**”. Creemos que la teoría **trialista** del funcionamiento de la norma hace al hombre protagonista consciente del proceso del **perfeccionamiento cósmico** (19).

10. El enfoque **trialista** del funcionamiento de la norma nos obliga a hacernos, por lo menos, tres grandes **preguntas**: a) ¿en qué medida creemos necesario expresar en la teoría toda la **realidad** que transita la norma, desde el reparto proyectado al reparto realizado?; b) ¿en qué medida creemos necesario reconocer a sus **protagonistas**?; c) ¿en qué medida creemos que ese funcionamiento debe satisfacer las exigencias de **justicia**? Si nuestras respuestas son afirmativas, estaremos cerca del **trialismo**.

(18) Son mayores en el planteo de Kelsen.

(19) El funcionamiento de la norma es, a nuestro parecer, un área de “co-reflexión” en el curso del perfeccionamiento cósmico (V. por ej. TEILHARD DE CHARDIN, Pierre, “Las direcciones del porvenir” (rec.), trad. Francisco Pérez Gutiérrez, Madrid, Taurus, 1974, “Un resumen de mi perspectiva “fenomenológica” del mundo. Punto de partida y clave de todo el sistema”, págs. 185 y ss.