LA DETERMINACION

(Precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. El funcionamiento de las normas en general y la determinación en especial

1. Las normas reflejan pretensiones de conducir la vida, y para que se complete la conducción de la vida pretendida en cada norma (dicho en términos de la teoría trialista del mundo jurídico -1-, para que el reparto proyectado captado en la norma se convierta en reparto realizado) es imprescindible que la norma "funcione". El funcionamiento de la norma abarca diversas tareas, entre las que se destacan la interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación.

De esas diversas tareas, siempre son necesarias la interpretación y la aplicación, en tanto sólo son accidentalmente necesarias la determinación y la elaboración. A través del funcionamiento de las normas en general y de esas tareas en particular funciona también el ordenamiento normativo, aunque desde esta última perspectiva la elaboración queda convertida en integración e importa especialmente reconocer la importancia de otras tareas, como la conjetural (2) y la de síntesis (3). La determinación es requerida cuando hay una normatividad incompleta, y puede producirse por precisión o por reglamentación de normas o por desarrollo de principios. En los casos en que se necesita precisión, la solución no está fijada con alcance definido. Cuando se requiere reglamentación, es necesario que se complete lo resuelto, sobre todo para que se obtenga una respuesta uniforme. En los casos en que se necesita el desarrollo de un principio no hay siquiera una norma y se la requiere para que el principio comience a funcionar.

La diferencia entre norma y principio estriba en que la primera, aunque sea incompleta, está lógicamente en condiciones de funcionar de alguna manera relativamente uniforme, en tanto el

(*) Investigador del CONICET.

- (1) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.
- (2) La tarea conjetural consiste en la suposición de otras normas que podrían dictarse con influencia en la que funciona: por ejemplo, de las sentencias que se dictarían en caso de pender pleitos concernientes a la validez de un matrimonio invocada para la sucesión. Además, en la mayoría de los casos las normas surten efectos por vía conjetural: no se irrumpe en la propiedad ajena porque se conjetura que se dictaría una norma de expulsión. El ordenamiento normativo se desenvuelve en una importantísima "dimensión" conjetural.
- (3) En caso de concurrir varias normas en una misma realidad que no puede recibirlas, por ejemplo, asignando créditos sobre un patrimonio que no alcanza para satisfacerlas a todas, se hace necesaria su adaptación mediante la tarea de síntesis. Las soluciones concursales son ejemplos al respecto.

segundo no permite esa posibilidad (4).

2. Ejemplos de normas que requieren precisión son, a veces, las que en sus antecedentes contienen las denominadas “leyes penales en blanco” cuando se penan v.gr. actos que resulten en general contrarios a otras leyes, que determinan, así, los alcances indeterminados de los tipos legales. También lo son las que en sus consecuencias jurídicas contienen marcos con penas relativamente determinadas, por ejemplo, estableciendo prisión de ocho a veinticinco años. Asimismo, son casos de normas necesitadas de precisión las que dejan al juez la determinación del daño moral. Muestras de normas que necesitan reglamentación son las que crean organismos, v.gr. las universidades nacionales, cuyo funcionamiento será determinado, en este caso, por los estatutos de las casas de estudios (5).

La Constitución Nacional contiene numerosos ejemplos de meros principios de normas, v. gr. cuando establece jubilaciones y pensiones móviles, la protección integral de la familia, etc.

La decisión de construir una normatividad indeterminada es de gran importancia en la técnica y en la táctica jurídicas. Para adoptarla y cumplirla es importante tener en cuenta cuáles son los significados de la determinación.

II. Significado normológico de la determinación

3. Entre la normatividad a determinar y la normatividad determinante hay una relación de suplementación que aumenta a medida que se pasa de la precisión a la reglamentación y al desarrollo de principios. Esa suplementación particulariza la respuesta de la normatividad indeterminada.

Para resolver la normatividad determinante hay que apoyarse en denominadores particulares que hagan especialmente sostenible la vía respectiva, en el cuadro de las soluciones que caben

(4) Vale no confundir la determinación de una norma (determinación en sentido estricto) y el desarrollo de un principio (que sólo cabe en la determinación en sentido amplio), ambos producidos cuando el autor tuvo suficiente contacto con la realidad como para poder hacer una norma completa pero decidió no hacerla, con la aplicación de un criterio, en que los problemas ya no están a su alcance. Por ejemplo, es un mero criterio “in dubio pro reo”. En relación con los principios del Derecho cabe tener en cuenta por ej. VECCHIO, G. del. “Los principios generales del Derecho”, trad. Juan Ossorio Morales, Barcelona, Bosch, 1933; ESSER, Josef, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado”, Barcelona, Bosch; DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, v. gr. págs. 72 y ss., 134 y ss.; EIKEMA HOMMES, Hendrik van, “Positive Law and Material-Legal Principles”, en “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, LXX, 2, págs. 153 y ss.

Tampoco hay que confundir la determinación respecto de una normatividad incompleta con la “determinación” que en la interpretación salva la “indeterminación” en principio inherente al lenguaje natural. Elegir entre varios significados posibles el que corresponde a la voluntad del autor no pertenece a la tarea del funcionamiento denominada específicamente determinación. Savigny decía que “La indeterminación que oscurece un pensamiento, puede referirse a una expresión incompleta ó a una expresión ambigua” (SAVIGNY, F. C. de, “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley”, Madrid, Góngora, t. I, 1878, párrafo XXXVI, pág. 156; en relación con la problemática del lenguaje puede v. por ej. CARRIO, Genaro R., “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1965, págs. 23 y ss.; acerca del tema c. también v.gr. ENGISCH, Karl, “Einführung in das juristische Denken”, 7a. ed., Stuttgart - Berlín - Colonia - Mainz, Kohlhammer, 1977, págs. 108 y ss.)

Acerca de la determinación pueden v. asimismo por ej. HECK, Philipp, “El problema de la creación del Derecho”, trad. Manuel Entenza, Barcelona, Ariel, 1961, esp. págs. 41 y ss.; BETTI, Emilio, “Interpretazione della legge e degli atti giuridici”, 2a. ed., ampliada por Giuliano Crifó, Milano, Giuffrè, 1971, esp. págs. 132 y ss., y 351 y ss. Respecto a normas completas e incompletas, c. v. gr. GIOJA, Ambrosio L., “Ideas para una Filosofía del Derecho” (rec.), Bs. As., Sucesión Ambrosio L. Gioja, 1973, por ej. t. I, págs. 76 y ss.; asimismo VILLEY, Michel, “Philosophie du droit”, Paris, Dalloz, t. II, 1979, págs. 230 y ss.

(5) Respecto de la reglamentación es posible v. por ej. TERRÉ, François, “Introduction générale au droit”, Paris, Dalloz, 1991, pág. 175. En cierta relación con el tema puede c. HECQUARD-THÉRON, Maryvonne, “Essai sur la notion de réglementation”, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

dentro de la normatividad indeterminada (6). Así, por ejemplo, en el caso de la pena relativamente determinada entre ocho y veinticinco años de prisión hay que imaginar en la mayor medida posible el cuadro de todas las clases de delitos a punir con esa norma y las penas que les corresponden según su gravedad y en ese ámbito reconocer la pena que por sus características particulares corresponde al caso en cuestión. En el caso de la determinación estatutaria de las normas de creación de una universidad, hay que imaginar el cuadro de las diversas reglamentaciones estatutarias y elegir la que por los rasgos específicos de la situación resulte más valioso.

Cuando en la precisión se debe determinar la indemnización pecuniaria por el daño moral hay, además de la particularización, una solución de conversión. Se trata, entonces, del difícil problema de convertir lo cualitativo en cuantitativo (7), desarrollando al fin un reparto vicario. Para realizar la conversión hay que encontrar denominadores comunes, en este caso, entre el daño moral y su reparación moral imposible, por una parte, y su reparación pecuniaria por la otra. v. gr., al hilo del género común de la ampliación de las posibilidades vitales.

4. Cuando las normatividades son indeterminadas, la "exactitud" que poseen cuando se aplican y se cumple la voluntad de sus autores está con frecuencia en suspenso, hasta tanto se produzcan las normatividades determinantes. Asimismo están en algún grado en suspenso los juicios definitivos acerca de su "fidelidad" en captar con acierto esa voluntad y su "adecuación" a través del empleo de conceptos que sirvan a los fines de los autores. A menudo la normatividad indeterminada tiene en suspenso las cualidades que corresponden a su relación con los hechos.

Cuando la indeterminación se produce en el antecedente de la normatividad, ésta tiene carácter relativamente "flotante", en tanto cuando se produce en su consecuencia jurídica la normatividad adquiere más carácter "difuso". En el primer sentido es incompleta la ubicación del problema, en el segundo la decisión.

La determinación puede producirse mediante normatividades ya existentes o a dictar y a través de normas individuales o generales (es decir, referidas a sectores sociales pasados o futuros), que realizan respectivamente los valores inmediatez y predecibilidad. Sin embargo, por su limitación normativa la indeterminación significa siempre una realización menor del valor inmediatez y a menudo cierta búsqueda claudicante de satisfacción del valor predecibilidad. Quien elabora una normatividad indeterminada se mantiene a distancia de la realidad y suele pretender, aunque limitadamente, predecir el porvenir.

En la precisión se satisface una especial complejidad de los hechos, en tanto en la reglamentación y el desarrollo de principios hay una mayor carga de necesidad de normas. Sin embargo a veces, combinando de cierto modo los dos sentidos, esa necesidad de normas surge del carácter complejo y cambiante de los hechos.

Quien elabora una norma imprecisa procura en mucho que la norma determinante tenga más posibilidades de inmediatez; quien elabora una norma necesitada de reglamentación o un mero principio que requiere desarrollo suele hacer cierto esfuerzo para realizar de modo indirecto la predecibilidad.

(6) Es posible v. acerca de los denominadores particulares y comunes del Derecho y la Política CIURO CALDANI, "Estudios de Filosofía Jurídica ..." cit., t. III, 1984, págs. 205 y ss

(7) Respecto de la importante transformación de lo cualitativo en cuantitativo puede v. por ej. GÉNY, François, "Science et Technique en droit privé positif", Paris, Sirey, t. III, págs. 59 y ss.

5. La indeterminación corresponde a un “vacío” entre las fuentes formales de las normatividades indeterminadas (que como fuentes formales son autobiografías de las voluntades repartidoras, en este caso contenidas en constituciones, leyes, decretos, etc. indeterminados) y el despliegue de las fuentes materiales de la realidad social (los repartos mismos). Sólo se ha formalizado una parte de la realidad material a desenvolver, pero la tarea de determinación cubre el “espacio” existente entre ambas clases de fuentes reales.

Como las fuentes formales pueden brindar descripciones imaginarias que no correspondan a la realidad de la vida, es siempre necesario “saltar” de ellas a las fuentes materiales y este salto se hace más notorio cuando se trata de fuentes de normatividades indeterminadas. Hay que saber si, en suma, se generan normatividades “fieles”, “exactas”, y “adecuadas”. En las normatividades indeterminadas es especialmente imperioso verificar el “resultado”.

6. Aunque los mismos fines de los autores de las normas pueden ser indeterminados, la necesidad de determinación suele significar, desde el punto de vista interpretativo, una falta en las intenciones o medios concretos previstos para la realización de los fines de los autores de las normas. La tarea de determinación importa especial riesgo de que entre fines y medios no haya correspondencia. Como suele ocurrir con las distancias entre unos y otros, la indeterminación deja espacio para el “fraude a la ley”, y no es sin motivo que al encomendarse al Poder Ejecutivo expedir las instrucciones y reglamentos para la ejecución de las leyes de la Nación se le recomendó no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

La indeterminación es más viable en la medida en que se confíe en los encargados de la determinación, por ejemplo, en los administradores o los jueces. Es significativo recordar que la confianza de la teoría pura del Derecho en los jueces hace que su posición acerca de la interpretación y la aplicación signifique una confusión con la determinación (8).

Aunque a veces se incluye la indeterminación dentro de la problemática de las “lagunas”, que para el trialismo corresponde a la etapa de elaboración, la determinación es una figura intermedia entre la interpretación que la condiciona y la elaboración que es relativamente libre (9). En el caso de la precisión, la determinación se realiza de manera especialmente próxima a la aplicación.

La determinación requiere un “plus” de lealtad al autor de la norma que excede la lealtad necesaria para la interpretación, pero también altos niveles de referencia al valor justicia y de aptitud técnica. Es en el marco revelado por la interpretación que el encargado de la determinación ha de

(8) V. por ej. KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., EUDEBA, 1960, págs. 164 y ss. En cuanto a la función normativa de autorización puede c. por ej. KELSEN, Hans, “Allgemeine Theorie der Normen” (obra póstuma), Viena, Manzsche, 1979, págs. 82 y ss. (asimismo “Teoria Geral das Normas”, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986, esp. págs. 129 y ss.).

La “autodeterminación” (proveniente de los mismos autores de la normatividad indeterminada) puede servir en mucho, como despliegue auténtico, para la interpretación, pero no creemos igualmente acertado que se emplee con semejante alcance la “heterodeterminación”. Una se relaciona con la interpretación histórica, la otra sólo se vincularía con la interpretación literal. En cuanto a los alcances interpretativos de la reglamentación puede v. el voto del doctor Nazareno en CS, “Provincia de Santiago del Estero c/Estado nacional y/u otro”, c. “La Ley”, 1991-D, págs. 665 y ss.

(9) En cuanto a las lagunas y a su integración pueden v. por ej. RADBRUCH, Gustavo, “Filosofía del Derecho”, 3a. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, págs. 147 y ss.; LARENZ, Karl, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, págs. 292 y ss.

tener en cuenta los datos sociológicos, normológicos y dikelógicos que deben influir en ella (10).

7. La decisión de elaborar una normatividad no determinada puede ser más o menos adecuada a los fines de sus autores. Suele ser muy adecuada en las constituciones o las leyes y menos adecuada en las sentencias o los contratos. En mucho depende, según hemos visto, de la complejidad de los hechos o de las normas requeridas. A menudo es más adecuado que la determinación por precisión sea encomendada a los jueces, en tanto que la que se produce por reglamentación sea dejada a la administración y la que desarrolla principios sea atribuida al legislador.

8. Desde el punto de vista del ordenamiento normativo en su conjunto, la necesidad de producir determinación suele ser mayor en los escalones superiores de la pirámide y disminuir a medida que se va descendiendo. En general la determinación de las normatividades superiores es a menudo encomendada a normatividades inferiores, por ejemplo, la determinación de las normas constitucionales queda librada a las leyes y los decretos, la de las leyes a los decretos y las sentencias, etc. Es mucho más fácil hallar indeterminación en la constitución o las leyes que en las sentencias, que son fuentes de normas mucho más determinantes.

Cuando la determinación es producida por repartidores distintos de los autores de las normas determinadas existe "heterodeterminación", en tanto cuando es realizada por los mismos repartidores hay "autodeterminación". En general en la heterodeterminación las tensiones entre interpretación y determinación y entre normatividad indeterminada y normatividad determinante se hacen mayores.

A través de la determinación entre diversos escalones de la pirámide entra especialmente en juego la realización del valor ilación, propio de las relaciones verticales de contenido entre las normas, pero también es posible que la determinación se desenvuelva en relaciones horizontales entre normas del mismo nivel, sobre todo con particular juego del valor concordancia, que es inherente a las vinculaciones horizontales de contenido (11). Cuando la determinación se produce entre

(10) En relación con las enseñanzas de la escuela de la libre investigación científica, también para la determinación hay que atender a lo dado (real, histórico, racional e ideal) y lo construido. Como hemos de destacar, también aquí se requiere una amplia confluencia de ciencia y técnica (puede v. GÉNY, op. cit., esp. t. II, págs. 369 y ss. y t. III, págs. 1 y ss.). Sin sacrificar la pulcritud de los conceptos, en ciertos sentidos la determinación puede llegar a ser comparada con una "interpretación" más allá de la norma o con una "elaboración" demasiado condicionada normativamente (acerca de los diversos elementos que influyen en la regulación jurídica pueden v. por ej. KRECHT, Jaroslav, "The Normative Regulation", en "Archiv ..." cit., LXXII, 4, págs. 514 y ss.; WROBLEWSKI, Jerzy, "Rational law-maker and interpretative choices", en "Revista internazionale di filosofia del diritto", IV Serie, LXII, págs. 129 y ss.; HÖFFE, Otfried, "Stratégies de la justice politique: la prise de décision publique comme processus de communication méthodique", en "Revista ..." cit., IV Serie, LX, págs. 47 y ss.; RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a. imp., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980, esp. págs. 150 y ss.; también importa tener en cuenta REALE, Miguel, "Filosofia do Direito", 5a. ed., San Pablo, Saraiva, t. II, págs. 482 y ss.; "O Direito como Experiência", San Pablo, Saraiva, 1968, págs. 187 y ss.) Si el Derecho es considerado un sistema "autopoiético" (de cierto modo, que se genera o se regenera a sí mismo), la distinción entre determinación y elaboración se atenúa (en relación con el tema pueden v. por ej. LUHMANN, Niklas, "L'unité du système juridique", en "Archives de Philosophie du Droit", t. 31, págs. 163 y ss.; OST, François, "Entre ordre et désordre le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit", en "Archives ..." cit., t. 31, págs. 133 y ss. en general c. también VERNENGO, Roberto, "Le droit est-il un système?", en "Archives ..." cit. t. 36, págs. 253 y ss. SEVE René, "Introduction", en "Archives ..." cit., t. 31, págs. 1 y ss. y GRZEGORCZYK, Christophe, "Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit", en "Archives ..." cit., t. 31, págs. 281 y ss.; por otra parte, acerca de la completitud del ordenamiento normativo puede v. ALCHOURRON, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", 1a. reimp., Bs. As., Astrea, 1987). En cuanto a la individualización de la pena y al contexto a tener en cuenta puede v. por ej. SAUCEDO, Graciela H. - RIVAS, Liliana A., "El juez y la individualización de la pena" en "La Ley", 1982-A, págs. 747 y ss.

(11) Puede v. en relación con el tema BIANCHI, Alberto "El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario", en "El Derecho", t. 108, págs. 895 y ss

diversos escalones, al reconocerse la habilitación vertical de la normatividad determinante se realiza el valor propio de las relaciones verticales de producción de normas, que es la subordinación. Cuando una normatividad es determinada hay siempre un horizonte de realización del valor infalibilidad, que es inherente a las vinculaciones horizontales de producción. Sin embargo, la indeterminación hace posible cierta crisis del valor coherencia, propio del ordenamiento en su conjunto.

Los elementos para la normatividad determinante se pueden tomar del propio ordenamiento normativo o de fuera de él, de modos semejantes a lo que se denomina "autointegración" (recurso a la justicia formal) o "heterointegración" (recurso a la justicia material) e incluso, desde la perspectiva del ordenamiento, podría hablarse en otros sentidos distintos de los antes expuestos de "autodeterminación" y "heterodeterminación". Sin embargo, creemos que esta multivocidad podría ser causa de confusión.

En base a la indeterminación el ordenamiento normativo puede adquirir mayor elasticidad y, como es habitual, ésta es en general más necesaria en cuanto las fuentes sean más rígidas o sea más difíciles de cambiar. Un cierto grado de indeterminación suele ser necesario para que el ordenamiento pueda alcanzar el carácter exhaustivo de un verdadero sistema y para que su fuente formal pueda ser una codificación.

La indeterminación es de algún modo manifestación de lo abstracto (puesto aparte) y pese al valor por el cual se lo aparta importa reconocer que no es el todo (12).

III. Significado sociológico de la determinación

9. La indeterminación significa cierta renuncia a la voluntad de conducir (o sea, de repartir), y una invocación para que ella sea completada por otras voluntades. Hay una "delegación" de la conducción. Determinar significa, en cambio, en cierto sentido decidir, aunque se trate de hacerlo entre varias posibilidades delimitadas. Como es posible que a través de la determinación se produzcan consecuencias no previsibles para los autores de las normatividades indeterminadas, puede decirse que desde su punto de vista es viable cierta producción de influencias humanas difusas (o sea, de distribuciones).

Para producir la determinación es importante tener en cuenta cuáles son los caracteres del reparto proyectado que están indeterminados. Es relevante saber si la indeterminación se refiere a los repartidores, los beneficiarios, los objetos a repartir (es decir, las potencias y las impotencias), la forma o las razones. En la imprecisión suelen estar indeterminados los objetos a repartir, por ejemplo, cuál ha de ser para el reo la duración de la impotencia de la prisión o cuánto ha de ser para el damnificado la potencia de la indemnización del daño moral. En cambio, en la reglamentación y en el desarrollo de principios los alcances de la indeterminación son con frecuencia más amplios, por ejemplo, cuando se reglamenta por vía estatutaria el desenvolvimiento de una universidad la indeterminación se refiere a repartidores, beneficiarios, objetos, forma y razones.

(12) Es posible v. FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965, t. I, págs. 35 y ss. ("Abstracción y abstracto"); también cabe tener en cuenta por ej. HUSSERL, Edmundo, "Investigaciones Lógicas", trad. Manuel G. Morente y José Gaos, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1967, t. I, págs. 403 y ss., t. II, págs. 21 y ss.; MARITAIN, Jacques, "Distinguir para unir o los grados del saber", trad. Alfredo Frossard, Pbro., Leandro de Sesma, O. F. M. Cap. y Pacífico de Iragui, O. F. M. Cap., Bs. As., Club de Lectores, 1978, por ej. págs. 222 y ss.; además vale tomar en consideración v. gr. BOBBIO, Norberto, "Contribución a la Teoría del Derecho", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Torres, 1980, págs. 293 y ss.

En todo caso es relevante saber qué agrega o cambia el reparto determinante (13). Según lo indican las nociones respectivas, la heterodeterminación modifica el ámbito de los repartidores y la autodeterminación se limita a agregar alcance repartible al o los repartidores del reparto indeterminado.

Entre el reparto proyectado de la normatividad indeterminada y el reparto de la normatividad determinante que contribuye a su realización hay una relación de compenetración que a veces, sin embargo, se desvía en el enfrentamiento frustrante.

El reparto de la normatividad indeterminada y el de la normatividad determinante pueden ser autoritarios o autónomos, realizándose respectivamente los valores poder o cooperación. Por otra parte, a veces ambos repartos pertenecen a una misma clase y en otros supuestos a clases diversas (14). La llamada autonomía universitaria (que en realidad es "infraautonomía" porque gobiernan las mayorías) es una muestra del deseo de atenuar al máximo con una determinación autónoma la autoridad de los marcos legales indeterminados.

Entre los repartidores de los repartos de las normatividades indeterminadas y de las normatividades determinantes hay siempre ciertos mínimos de imposición y al propio tiempo de acuerdo, de modo que aunque se trata de repartos distintos pueden reconocerse en la determinación respectivos horizontes de autoridad y poder y de autonomía y cooperación (15).

Los autores de las normatividades indeterminadas no han querido completar su ejercicio del poder o de la cooperación, sea porque han considerado que su fuerza no era suficiente, porque no se han podido poner de acuerdo, etc., pero siempre deben tener en consideración que pueden encontrarse con límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas (sean por ejemplo psíquicos, sociopolíticos, socioeconómicos, etc.) que al fin frustren su poder o su cooperación.

La verdadera determinación, cuando se cumple con la debida lealtad a los autores de la normatividad indeterminada, se produce sólo cuando hay cierta identificación cultural entre los autores de la normatividad determinante y los autores de la normatividad indeterminada. Si hay entre unos y otros una fractura en cuanto a los valores sostenidos, la determinación brinda la oportunidad para que ese corte se manifieste en la rebeldía del reparto de la normatividad determinante.

10. La indeterminación requiere otro despliegue del plan de gobierno en marcha o la ejemplaridad, del que deben surgir los repartos determinantes, de modo que han de desenvolverse los respectivos valores de previsibilidad y solidaridad e incluso el conjunto del régimen, con su valor orden. Para que la conducción a determinar sea exitosa ha de contarse con un suplemento de planificación o razonabilidad social, pero es más, la determinación tiene siempre horizontes mínimos de planificación y previsibilidad y de razonabilidad y solidaridad. La conducción de la normatividad indeterminada en algún grado planifica a la conducción de la normatividad determinante y, según lo expuesto en el párrafo precedente, en alguna medida los repartidores de la normatividad determinante han de considerar razonable el reparto de la normatividad indeterminada.

(13) Si cambian los repartidores o los beneficiarios hay transmutación del reparto, si varían las potencias e impotencias hay transustanciación, si cambia la forma se produce su transformación y si varían las razones ocurre su transfiguración

(14) El cambio de la clase de reparto es denominado en la terminología trilateral tradicional "transformación", pero para diferenciarlo del cambio de la forma del reparto hemos propuesto llamarlo "transmutación".

(15) Dado que es habitual que no haya audiencia entre los autores de la normatividad indeterminada y los autores de la normatividad determinante, en sus mínimos de autoridad y autonomía las formas de la determinación tienden a ser normalmente de mera imposición (no de proceso) y de mera adhesión (no de negociación).

A diferencia del imperio de la interpretación, que es relativamente “conservador” y de la producción de “carencias dikelógicas”, que tiene afinidad revolucionaria, la determinación se vincula especialmente con la evolución. La indeterminación suele permitir que el régimen “respire”, pero también puede generar anarquía (desorden) con su correspondiente realización del inherente “desvalor” de arbitrariedad. Como hemos de destacar, las sociedades “postmodernas”, que a menudo se manifiestan en la indeterminación, son en superficie relativamente anárquicas, aunque en profundidad todo es decidido, determinado y ordenado por el imperio generalizado del valor utilidad.

La realidad social del Derecho se desenvuelve a través de categorías básicas entre las que se encuentran la posibilidad y la realidad. A menudo la indeterminación deja abierto un marco de posibilidades que deben culminar en la realidad pretendida. Corresponde a la determinación hacer realidad la posibilidad (16).

IV. Significado dikelógico de la determinación

11. La determinación pone en juego una relación entre fines y medios que significa la realización del valor utilidad. La normatividad determinante ha de ser útil a la normatividad indeterminada. Así como entendemos que la interpretación ha de realizar la verdad acerca de la auténtica voluntad de los autores de las normas y la elaboración ha de satisfacer más o menos directamente la justicia, la determinación es un compromiso entre verdad, utilidad y justicia.

A la determinación le corresponde la realización de una justicia condicionada, relativa en relación a la normatividad a determinar, básicamente derivada de lo consagrado en ésta. Se requiere una justicia encauzada por la lealtad. Puede decirse que se trata de un compromiso entre la justicia positivizada y la justicia “natural”. La determinación exige tareas axiológicas de proyección y de conversión de los valores de la normatividad a determinar, pero a su vez de cierta innovación (17).

Un valor específico de la determinación es la idoneidad para que se llegue al reparto realizado. El ajuste entre las dos normatividades requiere, como hemos dicho, un alto nivel técnico, pero a semejanza de toda otra manifestación de la técnica jurídica ésta debe ser justa y humanista (18).

Para decidir con conciencia la determinación hay que reconocer cuál es el “plus” axiológico que, en términos de los mismos valores de la normatividad indeterminada o de otros nuevos, decide a favor de la misma y en qué términos se produce en su caso la conversión. Así, por ejemplo, en el caso de la precisión de la pena puede haber un plus de mejor realización de la justicia, pero también de amor tendiente a impulsar más la repersonalización del reo; en el caso de la reglamentación que

(16) Como la posibilidad sólo se “extingue” al llegar a la realidad, de cierto modo toda normatividad tiene algún grado de indeterminación hasta que el reparto proyectado alcance a ser reparto realizado.

Puede v. nuestro artículo “Las posibilidades en el funcionamiento de la norma”, en “Investigación y Docencia”, Nº7, págs. 43 y ss. Acerca de la abundante jurisprudencia relacionada con la determinación, y en especial con la reglamentación, puede c. porej. “Digesto Jurídico”, t. IV, Bs. As., La Ley, 1967, págs. 1293, 1296 y 1348 y ss., t. V, 1968, pág. 70 y t. VII, 1968, págs. 323 y ss., 541, 546 y ss. y 715; “Digesto Jurídico 2”, t. IV, 1980, págs. 2035 y ss.

(17) Carlos Cossio decía en general que “la aplicación de la ley en una sentencia se presenta como una determinación del orden positivo, de la justicia positiva, etc., en cuanto que estas valoraciones están enunciadas y representadas en la ley por vía conceptual.” (COSSIO, Carlos. “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2a ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, pág. 540).

En la determinación hay un marco para la decisión más amplio que en la mera interpretación pero menor que en la elaboración: sin embargo, nunca ha de olvidarse que al fin se trata de “juzgar” con fundamento y no de un mero decidir.

(18) Es posible c. por ej. FROSINI, Vittorio, “Teoremi e problemi di scienza giuridica”, reimp., Milano, Giuffrè, 1975, págs. 65 y ss.

produce el estatuto universitario. puede haber sobre todo un “plus” de verdad para la ciencia y en el caso de la precisión de la reparación del daño moral es fácil reconocer una conversión en términos de utilidad.

Como desde el punto de vista positivo los valores de la normatividad determinante quedan en principio sometidos a los de la normatividad indeterminada y deben contribuir a su realización, cuando los valores de la primera se alzan contra los valores de la segunda hay una relación axiológica positiva de “subversión”. Si a su vez objetivamente, desde el punto de vista “natural”, los valores de la normatividad indeterminada deben prevalecer sobre los de la normatividad determinante y obtener su contribución, al producirse el alzamiento hay una “subversión” axiológica natural.

12. Como en la determinación se dejan en suspenso las soluciones concretas hay cierto espacio para que intervenga la justicia dialogal, que vincula diversas razones de justicia, superando el relativo monólogo de la razón de justicia normativizada. El marco de posibilidades que abre la indeterminación significa la posibilidad de que juegue especialmente la vía de la justicia relativa entre las diversas soluciones que caben en él, aunque ese juego no excluye que también se tenga en cuenta la senda de la justicia absoluta.

A los fines de la determinación por precisión que se produce mediante la conversión de lo cualitativo en cuantitativo, según ocurre con la indemnización del daño moral, hay que tener en cuenta las posibilidades de desarrollar la justicia simétrica, de fácil comparación de las potencias e impotencias, a través de la función simetrizadora de la moneda. La moneda es uno de los mayores elementos de precisión de que se vale el sistema jurídico.

La existencia de normatividades indeterminadas conduce de manera básica a tener más en cuenta la justicia “de partida”, dejando en suspenso la justicia “de llegada”, pero la indeterminación es también un crédito para esta última. Si bien la indeterminación puede dejar espacio a soluciones progresistas que llegan a mejorar la posición de partida y a menudo ocurre de este modo, la legitimación exclusiva por la posición de partida consagrada en las normatividades incompletas puede resultar ilegítimamente conservadora (19). Para una estimación cabal de las respuestas han de apreciarse tanto la normatividad indeterminada como la determinante.

De cierto modo, también hay que tener en cuenta que la normatividad indeterminada se vincula en la base con la legitimación por “principios”, pero también hay que tener en consideración la legitimidad por las consecuencias y, en alguna medida, pronunciarse por la indeterminación es abrirse a ellas (20).

La imprecisión es en mucho un recurso para dar juego a la equidad, que es la justicia del caso particular (21). En cambio, la reglamentación y en algún grado el desarrollo de principios suelen ser más adecuados para la justicia de alcance “general” (muchas veces llamada justicia “legal”).

13. Todas las normatividades indeterminadas y de modo destacado los principios son afines a los meros criterios generales orientadores de justicia, en tanto que a través de su determinación

(19) Puede v. CIURO CALDANI. Miguel Angel. “Hacia una comprensión dinámica de la justicia”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.

(20) En relación con el tema es posible c. por ej. WROBLEWSKI Jerzy. “Justification through Principles and Justification through Consequences”, en “Reason in Law”, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984, Milano Giuffrè, t. I, 1987, págs. 129 y ss.

(21) Es posible v. nuestro artículo “Comprensión jusfilosófica de la equidad”, en “El Derecho”, 29/XII/1993.

se aproximan a las valoraciones completas. Para desarrollar estas valoraciones suele ser esclarecedor recurrir al “método de las variaciones”, que consiste en variar imaginariamente el caso a considerar a fin de averiguar cuáles circunstancias son en justicia importantes en la solución (en este supuesto en la determinación) y en qué se basa esa importancia. Por ejemplo, si para un hombre que mató a otro en determinadas condiciones proponemos una precisión de diez años de prisión, se cambian imaginariamente las circunstancias de la muerte para saber si así varía el resultado y, en consecuencia, las circunstancias variadas son relevantes.

La determinación significa siempre la posibilidad de un desfraccionamiento de las influencias de justicia que no llegó a considerar la normatividad indeterminada, pero a su vez culmina en el fraccionamiento que elige entre esas influencias. De aquí que genera básicamente una inseguridad, aunque una vez producida origina seguridad.

A menudo la determinación permite desfraccionamientos del complejo real o del porvenir, con alcances que el antecedente de la norma no acabó de tener en cuenta. Este abrirse a la plenitud del mundo y sobre todo del mundo que vendrá significa, obviamente, alguna inseguridad. La conversión del daño moral en reparación pecuniaria corresponde a cierto desfraccionamiento de las consecuencias, haciendo el traspaso de lo moral a lo material con la consiguiente inseguridad, pero la expresión pecuniaria corresponde a un fraccionamiento del complejo real, que origina en cambio seguridad. La fijación de la pena en el marco temporal corresponde al fin a un fraccionamiento del complejo temporal, con la pertinente seguridad (22).

La determinación es menos segura que la interpretación, pero más segura que la elaboración.

14. Para decidir el contenido de la determinación se deben tener en cuenta, además, todos los requisitos de legitimidad material del reparto aislado y del régimen en su conjunto. En cuanto a los primeros, hay que apreciar quiénes deben repartir (o sea conducir), quiénes deben recibir en relación con sus méritos y “deméritos”, qué se debe repartir, en qué forma ha de decidirse y cuáles deben ser las razones respectivas. Por el mínimo inevitable de poder que la normatividad a determinar significa para la normatividad determinante sus repartidores han de contar con cierto grado de legitimación aristocrática (basada en una superioridad moral, científica o técnica). Para encauzar la vida hay que tener las cualidades necesarias. Sin embargo, por el mínimo de cooperación que hay en la determinación ésta posee siempre algún grado de legitimación autónoma. Es notorio que la determinación cuenta con una legitimación autónoma que la interpretación no tiene.

La determinación produce en los autores de las normatividades indeterminadas y de las normatividades determinantes fenómenos de responsabilidad “directa”, pues cada uno responde en principio por lo que hizo, pero a su vez también de responsabilidad “indirecta” por los repartos de las otra normatividad: para los autores de la normatividad indeterminada por el resultado de la normatividad determinante y para los autores de ésta por haber seguido a la normatividad indeterminada. La responsabilidad específica por la determinación es menor que la emanada de la elaboración, pero mayor que la surgida de la mera aplicación.

Desde el punto de vista de las exigencias de unicidad, igualdad y comunidad requeridas para que el régimen sea humanista, como lo impone el valor justicia, la imprecisión deja más espacio para

(22) Vale tener en cuenta que los extremos temporales fijados a la pena, al recortar sus posibilidades y la apertura a las influencias de justicia, son un medio de seguridad para el reo.

el respeto a la unicidad, en tanto la reglamentación y el desarrollo de principio son sendas para que se desenvuelvan más la igualdad e incluso la comunidad. La determinación en general y sobre todo la “heterodeterminación” se vinculan especialmente con la división de poderes, que es uno de los medios para la realización del régimen de justicia en el sentido de debilitar al gobierno para proteger a los gobernados. Sin embargo, según las circunstancias, hacer una normatividad indeterminada puede significar dejar a merced de los repartidores que determinen y, por otra parte, vale tener en cuenta que la protección contra el gobierno no es equivalente a la justicia misma.

V. Significado de la determinación en la “Teoría General del Derecho”

15. En el panorama de la “Teoría General del Derecho” entendida como consideración del “sistema jurídico” en su conjunto, hay áreas especialmente signadas por la necesidad de normas indeterminadas, como el Derecho Constitucional en la medida que se base en una fuente formal rígida, el Derecho Penal en cuanto pretenda cumplir con la exigencia de tipicidad y el Derecho Internacional Privado tradicional, basado en normas indirectas que en lugar de dar ellas mismas las soluciones para los casos jusprivatistas internacionales remiten a un Derecho declarado aplicable. La enorme complejidad de las materias a abordar en las tres ramas jurídicas, en las dos primeras en especial en cuanto a la pretensión de vencer al tiempo resolviendo con anticipación y en la segunda en cuanto al deseo de vencer al espacio, requiere normatividades indeterminadas al punto que en Derecho Internacional Privado la determinación deja de ser una tarea accidental para convertirse en una tarea siempre necesaria (23).

En cambio, hay ramas jurídicas cuyas normatividades son sobre todo determinantes. Entre ellas ocupa lugar destacado el Derecho Administrativo. El Derecho Procesal suele ser instrumento para producir la determinación, principalmente para realizar la precisión.

En el mundo capitalista contemporáneo, el Derecho de las Obligaciones se ha valido de normatividades indeterminadas con más frecuencia que los Derechos Reales, pero en este marco encontramos por ejemplo la importante determinación de la ley que producen los reglamentos de propiedad horizontal. Los Derechos Reales fijaron los soportes y el Derecho de las Obligaciones expresó la dinámica según las circunstancias.

VI. Significado histórico de la determinación

16. La indeterminación es necesaria para reconocer la temporalidad del Derecho, cuyos valores sólo se van descubriendo a través de su transcurso (24). La indeterminación suele permitir en gran medida un cambio normativizado, en cierto aspecto “legalizado”. Sólo prescindiendo de las particularidades infinitas a descubrir en la temporalidad puede ignorarse la importancia de las normatividades indeterminadas.

(23) El rechazo del Derecho extranjero contrario al orden público es una muestra extrema del rechazo a la transgresión de los límites establecidos por la normatividad indeterminada de la norma indirecta.

(24) En relación con el tema de la temporalidad del Derecho pueden v. BAGOLINI, Luigi, “Tempo obiettivo, tempo coscienziale e durata nell’esperienza giuridica”, en “Rivista ...” cit., IV Serie, LVIII, págs. 83 y ss.; COTTA, Sergio, “Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica”, en “Rivista ...” cit., IV Serie, LVIII, págs. 119 y ss.; OPOCHER, Enrico, “Diritto e tempo”, en “Rivista ...” cit., IV Serie, LVIII, págs. 129 y ss.; “Lezioni di Filosofia del diritto”, 2a. ed., Padua, CEDAM, 1993, págs. 303 y ss.; también v. gr., CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 65 y ss.

En especial, la indeterminación corresponde a una realidad relativamente equilibrada, entre lo que brinda la normatividad indeterminada y lo que produce la determinación. En cambio, cuando predomina la realidad que motiva la normatividad originaria, se procura que ésta sea más determinada y prepondera la interpretación y si predomina la realidad que produciría la determinación el centro de gravedad suele desplazarse hacia la producción de carencias (o “lagunas”) y a la elaboración de nuevas normas (“integración”).

El predominio de las tareas de interpretación y de elaboración corresponde a períodos de tensión cultural relativamente profunda, que pueden denominarse de “cultura”, en tanto el desarrollo de la determinación corresponde a tiempos de tensión cultural superficial pero uniformidad profunda, que pueden ser llamados de “civilización” (25).

No es sin motivo que luego de producir la gran carencia revolucionaria que desplazó al régimen relativamente feudal, la burguesía francesa elaboró la codificación y se aferró a conservar sus conquistas a través del fervor interpretativo de la escuela de la exégesis.

Como en nuestro tiempo, de la denominada “postmodernidad”, existen grandes tensiones de superficie, podría decirse tensiones difusas, sobre una realidad profunda cada día más uniforme en la vocación utilitaria, que incluso ha llevado a hablar del “fin de la historia”, hay a menudo normatividades constitucionales demasiado determinadas, que brindan lujos de detalles para consagrar los intereses por el momento triunfantes y junto a normatividades privatistas específicas muy determinadas existen otras notablemente indeterminadas, a fin de dejar posibilidades a soluciones diversas en las que se tiene relativa confianza. El modelo “postmoderno” de las sociedades “desarrolladas” se difunde y es posible que la indeterminación gane también más espacio en nuestro medio (26).

Las normatividades más determinadas o indeterminadas son al fin momentos de una “dialéctica” inevitable en el devenir jurídico (27).

VII. Significado filosófico general de la determinación

17. El equifibrado empleo de las normatividades indeterminadas es imprescindible para atender a la infinita complejidad del mundo que procura descubrir el realismo genético, según el cual el sujeto no crea sino descubre o cuanto más fabrica al objeto. En cambio, las posiciones idealistas genéticas, conforme a las cuales el sujeto crea al objeto, pueden caer en la pretensión de normativizarlo todo a priori o en el despliegue de una indeterminación desbordante (como en el caso de la teoría kelseniana), porque al fin da lo mismo que el encargado del funcionamiento sea, en general, un relativo creador de norma.

En el horizonte filosófico general está también la larga polémica acerca de la “determinación” que recibimos y la “determinación” que producimos en base a nuestra libertad (28).

(25) Es posible v. nuestro artículo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N°5, págs. 9 y ss.

(26) Puede v. NICOLAU, Noemí L., “Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del Derecho Privado argentino”, en “El Derecho”, t. 128, págs. 751 y ss.

(27) Respecto de la importancia que los principios poseen en las diversas etapas históricas y en el Derecho Comparado puede v. por ej. ESSER, op. cit., págs. 5 y ss., 37 y ss., 183 y ss., etc.

(28) Acerca de la Historia de la Filosofía del Derecho pueden v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, 1993 y 1994 (en prensa).