

EL COMPLEJO DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se utiliza la propuesta de construcción integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, que incluye una realidad de repartos de potencia e impotencia (lo que favorece o perjudica a la vida humana) captados normativamente y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia, para considerar el complejo del funcionamiento de las normas, que abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis, en lo común al Derecho y en las ramas del mismo.

Palabras clave: Integrativismo - Tridimensionalismo - Teoría trialista del mundo jurídico - Normas - Funcionamiento - Reconocimiento - Interpretación - Determinación - Elaboración - Argumentación - Aplicación - Síntesis - Ramas del mundo jurídico.

Abstract: The proposal used consists in the integrationist, “tridimensional” construction of the Trialist Theory of the Juridical World. This includes the social reality of allotments of power and powerlessness (what favours or is detrimental to human life), grasped by norms and assessed by a complex of values which culminates in justice. All this in order to consider the running of norms that covers tasks such as recognition, interpretation, determination, elaboration, argumentation, application and synthesis as far as it is common to Law and its branches.

Key words: Integrationism - Tridimensionalism - Trialist Theory of the Juridical World - Norms - Running - Recognition - Interpretation - Determination - Elaboration - Argumentation - Application - Synthesis - Branches of Law.

I. Ideas básicas

1. Aunque el maestro Werner Goldschmidt incluyó en el funcionamiento de las normas sólo la interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación, creemos

* El presente artículo se desarrolla como complemento docente de lo expuesto sobre el funcionamiento de las normas en GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 251 y ss.

** Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador principal del CONICET.

esclarecedor que se haga referencia a un *complejo de tareas de reconocimiento*¹, *interpretación*², *determinación*³, *elaboración*⁴, *argumentación*⁵, *aplicación*⁶ y *síntesis*.

Es posible v. nuestro trabajo “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, 22 de febrero de 2008. También puede c. “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000 (<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795-12-6-2008->).

Es posible c. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Imparcialidad del juez y medidas cautelares, Andrea A. Meroi, <http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/node/66-12-6-2008->.

1 En cuanto al reconocimiento es relevante tener en cuenta por ej. los trabajos de Hart (puede c. v. gr. HART, H. L. A., “El concepto de Derecho”, trad. Genaro R. Carrió, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, hay una parte disponible en <http://www.uv.es/mariaj/textos/hart.pdf-22-6-2008->; “Post scriptum al concepto de derecho”, ed. Penélope Bulloch y Joseph Raz, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/38/tc.pdf-22-6-2008->).

2 Cabe c. nuestro artículo “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss.

3 Es posible v. nuestro artículo “La determinación (precisión y reglamentación de normas y desarrollo de principios)”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 21, págs. 52 y ss. Cabe c. BERGEL, Jean-Louis, “Méthodologie juridique”, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, por ej. págs. 111 y ss.; también FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto (comp.), “Los procesos de implementación de las normas jurídicas”, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995. Puede v. CANO BUESO, Juan, “Procedimiento legislativo y análisis de adecuación de las normas a la realidad”, en FIGUEROA, op. cit., págs. 123 y ss.

4 Cabe c. por ej. nuestro artículo “Hacia la comprensión plena de la elaboración de las normas”, en “Investigación y Docencia”, N° 18, págs. 23 y ss.

5 Puede v. Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles, Mario E. Chaumet, [http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44\(9-1-2008\)](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44(9-1-2008)).

Ubicamos a la argumentación como tarea del funcionamiento de la norma.

En cuanto a la tensión histórica en la argumentación jurídica, es posible v. por ej. VIEHWEG, Theodor, “Tópica y Filosofía del Derecho”, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, págs. 150 y ss.

6 Cabe recordar por ej. PIAZZESE, Antonio, “L’applicazione della legge”, Milán, Giuffrè, 1964. En cuanto a los debates actuales, es posible c. v. gr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, “Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho”, Madrid, Pons, 1999, esp. págs. 215 y ss.; BONORINO, Pablo, “Interpretación y aplicación del Derecho. Apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín”, en “Isonomía”, N° 18, págs. 168 y ss., [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18_07.pdf\(23-9-2007\)](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/isonomia18/isonomia18_07.pdf(23-9-2007)).

Del funcionamiento dependen en gran medida la *fidelidad*, la *exactitud* y la *adecuación* de las normas. Otra categoría interesante es la del “impacto”, que las normas tienen en el complejo normativo y que sus repartos poseen en el complejo de la realidad social, impacto que se deriva de la eficacia normativa. La atención al impacto de las normas ha ganado atención en los últimos tiempos (puede v. FIGUEROA LARAUDOGOITIA, op. cit.; es posible c. v. gr. HIERRO, Liborio, “La eficacia de las normas jurídicas”, Barcelona, Ariel, 2003; NAVARRO, Pablo y MORESO, José Juan, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en “Isonomía”, N° 5, págs. 119 y ss. (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02405065325240496976613/isonomia05/isonomia5_07.pdf-20-10-2007-)).

Ninguna tarea del funcionamiento se desenvuelve de manera aislada. Se “alimentan” recíprocamente en lo que podría llamarse una “*dialéctica de complementariedad*”⁷. Por ejemplo: el reconocimiento se nutre en especial de la interpretación y de la aplicación; la aplicación, se alimenta de manera destacada de la interpretación y del reconocimiento; la interpretación se enriquece por los requerimientos de la determinación, la argumentación y la aplicación, etc.

2. Sin oponernos al “objetivismo” sostenido por Goldschmidt, estimamos que la noción de Derecho y consecuentemente la de su funcionamiento, pueden acordarse beneficiosamente sobre la base de “*construcciones*”. Las dos construcciones se producen según *intereses*, con alcances móviles que corresponden a las *circunstancias*. No procuramos demostrar que exista “una” teoría correcta acerca del Derecho o del funcionamiento, quizás ello no pueda hacerse⁸. Creemos, sí, que las propuestas trialistas son ampliamente satisfactorias.

7 En relación con la idea de dialéctica de complementariedad es posible v. por ej. REALE, Miguel, “Filosofía do Direito”, 5ª ed., San Pablo, Saraiva, 1969, t. I, págs. 142 y 223, t. II, págs. 325 y ss.

8 Por ejemplo, la tensión entre el jusnaturalismo y el positivismo es mayor en ciertos tiempos, como sucedió en los días de las “revoluciones burguesas”, v. gr. la Revolución Francesa y en nuestro tiempo es menor, en parte por la “*renovación*” de la terminología jusnaturalista, que se vale menos de la noción de “ley natural” y más de referencias al carácter no jurídico de la *injusticia extrema* (Gustav Radbruch y Robert Alexy; puede v. VIGO, Rodolfo Luis, “La injusticia extrema no es Derecho (de Radbruch a Alexy)”, Bs. As., La Ley, 2006), el razonamiento por *principios* (Ronald Dworkin – DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984– y Robert Alexy –ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del Derecho”, trad. José M. Seña, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997–) y el *positivismo “incluyente”* (Jules Coleman, Wilfrid J. Waluchow; ETCHEVERRY, Juan Bautista, “El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Argumentación y constitución, Manuel Atienza, http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf (12-6-2008); El Contenido Mínimo del Positivismo Jurídico, Juan Carlos Bayón, <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/teoria%202/bulygin.doc> (12-6-2008); respecto del *positivismo “débil”* cabe c. por ej. HART, “Post scriptum...” cit., págs. 26 y ss.). Además, contribuye a este debilitamiento de la tensión el desenvolvimiento del *neoconstitucionalismo* que somete todo el resto del Derecho a una constitucionalidad bastante satisfactoria desde el punto de vista de la justicia, generándose de cierto modo un *Estado constitucional “activo”*, donde la constitución se desarrolla más a través de las normas inferiores y no sólo las limita y un “derecho dúctil”, con intervención del juez a través de un papel reforzado (Gustavo Zagrebelsky; es posible v. Gustavo Zagrebelsky, Tribunal Constitucional Italiano, trad. de Miguel Carbonell, ¿Qué es ser juez constitucional?, <http://aquichan.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/viewFile/1199/2267> –20-9-2007–). Por estas nuevas vías se ha incrementado considerablemente, en términos que antes no se reconocían, el poder del juez.

En relación con los debates suscitados por el incremento del poder de los jueces cabe c. CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, en “La Ley”, 18 de junio de 2008.

3. En cuanto a las tareas agregadas al complejo del funcionamiento, en el *reconocimiento* el encargado del funcionamiento (por ej. el juez) establece si existe una norma a la cual efectivamente ha de referirse o la que podría tenerse como tal ha de ser descartada como inconstitucional, derogada o nula; la *argumentación* es el razonamiento empleado para convencer a alguien o para demostrar algo, en este caso acerca del resto del funcionamiento y la *síntesis* es la adaptación de las normas, que se hace cuando varias quieren ser aplicadas en una realidad en la que no encuentran cabida (por ej. en el concurso de acreedores, el concurso real de delitos, los regímenes de vista complejos en las relaciones de familia, etc.⁹).

II. El funcionamiento normativo en la complejidad de la teoría trialista del mundo jurídico en general

1. Dimensión sociológica

4. El funcionamiento normativo es una *tarea repartidora*. Reconocer, interpretar, determinar, elaborar, argumentar, aplicar y sintetizar normatividades es *repartir potencia e impotencia, beneficiar y perjudicar* en marcos de repartos y de distribuciones. Nada de esta actividad repartidora sucede de manera desinteresada, puede tratarse, sí, de intereses más o menos económicos.

La teoría trialista del funcionamiento diferencia las tareas ya referidas para apreciar los despliegues repartidores que se van produciendo en él y de manera destacada en qué medida cada uno de los sujetos relacionados con el funcionamiento actúa como repartidor. El repartidor último es el encargado del funcionamiento (de manera destacada el juez).

5. El marco de los *interesados* que están en juego en el funcionamiento incluye inevitablemente a los encargados de realizarlo (v. gr. los jueces). Pese a que sean “imparciales” e “imparciales” (al menos en la medida en que podemos serlo los seres humanos) al asumir los casos, los encargados del funcionamiento se convierten en partes interesadas, porque del trámite respectivo y de la solución pueden resultar consecuencias muy importantes (que incluyen premios y castigos: ascensos, destituciones, consideración

9 También es interesante la síntesis en la relación intercultural (cabe c. por ej. ARIZA SANTAMARÍA, Rosemberg y otros, “Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria”, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2007).

y repudio sociales, etc.). Desde la asunción de los casos los encargados del funcionamiento (v. gr., como hemos dicho, los jueces) son “parciales”¹⁰, pero importa que continúen siendo “imparciales” y en esto hay que poner el mayor esfuerzo posible¹¹.

El funcionamiento normativo es marco de *lealtades diversas*, de *heroísmos y cobardías*, etc. que importa tener en cuenta y encauzar. Si no se atiende al reparto no es fácil advertir el heroísmo judicial. Quizás la mejor manera de controlar el desempeño de los jueces es reconocer los repartos que producen en el funcionamiento, sobre todo saber a quiénes benefician y a quiénes perjudican y cuáles son las razones que pueden tener para hacerlo.

6. Siempre *se hace lo que se quiere dentro de lo que se puede y se dice lo que se quiere dentro de lo que se puede*, aunque se debe querer y poder lo valioso. Esto sucede con el funcionamiento normativo. Los desarrollos del funcionamiento tienen diferentes facilidades y dificultades según el “lugar”, puede decirse también el “papel” en que se produzca. Por ejemplo, no son las mismas las facilidades y las dificultades para un juez, un integrante de la administración pública, un contratante, un litigante, un docente o un científico. No sólo se trata de posibilidades institucionales diversas. El hacer y el decir tienen alcances distintos, en general por cuestiones de percepción, valoración y viabilidad. En general, por ejemplo, los jueces pueden hacer más y decir menos que los científicos.

En principio, el encargado del funcionamiento tiene el poder máximo, porque “dice la última palabra”, salvo que el autor o la sociedad lo pueden limitar. Con estos alcances amplios pero limitados, al fin las normas son los que los encargados de su funcionamiento las hacen ser. En términos de nuestro ejemplo judicial: en definitiva las normas son lo que los jueces las hacen ser.

7. También son relevantes las diferencias en el funcionamiento de las normas atendiendo a las diversas *personas* individuales y los *grupos* y las *clases sociales*, asimismo por cuestiones de percepción, valoración y viabilidad. El desenmascaramiento de las funciones que cumplen grupos y clases dominantes tiene especiales dificultades, sobre todo para quienes los integran. Así, por ejemplo, a la burguesía le es a veces difícil reconocer que los enfoques de percepción, valoración y viabilidad que impone su propia cultura no son “los correctos”.

La posición de la escuela de la exégesis es, v. gr., clara expresión de una clase

10 Esa parcialidad puede ser más cercana o distante de las parcialidades de las partes.

11 Cabe c. nuestro trabajo “El razonamiento forense en el siglo XXI (su comprensión trialista)”, en “El siglo XXI y el razonamiento forense”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 73/98.

que ha hecho las normas y desconfía de los jueces y en el pasado y el porvenir de la propia sociedad. La desconfianza en los jueces y el porvenir se muestra en el deductivismo legalista. La falta de confianza en el pasado se manifiesta en especial a través del frecuente rechazo de la costumbre. Con sucesivas “logicizaciones” de lo que suceda, la “teoría pura” corresponde a sectores que hicieron las normas y confían en los jueces y en el porvenir. Diversas corrientes de “alternatividad” en el desempeño de los jueces se orientan en general, en cambio, a interpretar el Derecho limitando los poderes de la clase dominante para beneficiar a los que no tienen poder¹².

8. La referencia a la diversidad y la unidad del complejo del funcionamiento es un relevante despliegue del pluralismo. Según lo expuesto, reconocer las diferencias de las tareas contribuye a apreciar el grado de participación que tienen los autores de las normas y los encargados de su funcionamiento. Sin embargo, en nuestros días el funcionamiento queda a menudo incorporado a una complejidad impura que corresponde a un incremento, a veces oculto, de la participación del encargado del funcionamiento, especialmente del juez.

El orden del funcionamiento puede surgir de la planificación gubernamental o de la ejemplaridad. En este despliegue se concreta especialmente en la jurisprudencia, que es la ejemplaridad jurisdiccional. Cabe puntualizar: ejemplaridad funcional jurisdiccional.

La teoría del funcionamiento es un intento, del que no debe esperarse demasiado, para *controlar* lo que se hace y lo que se dice. Hacer funcionar normas es *hacer funcionar la vida*.

2. Dimensión normológica

9. El complejo de las tres dimensiones jurídicas se muestra de diferentes maneras en el desenvolvimiento de las diversas tareas funcionales. El reconocimiento, la interpretación y la aplicación son más *bidimensionales normo-sociológicos*, podría decirse más “positivos”. La determinación, la elaboración, la argumentación y la síntesis son más *tridimensionales*, ya que incluyen más referencia directa a la justicia.

12 Es posible recordar por ej. CARVALHO, Amilton Bueno de, “Magistratura e Direito Alternativo”, San Pablo, Académica, 1992; ANDRADE, Lédio Rosa de, “Juiz alternativo e poder judiciario”, San Pablo, Académica - Universidade do Sul de Santa Catarina, 1992; ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.), “Lições de Direito Alternativo”, San Pablo, Académica, 1992; puede v. asimismo “Revista de Direito Alternativo”; Periódico Universitario é Direito, Direito Alternativo, Vercil Rodrigues, http://www.periodicoedireito.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=62&Itemid=26 (1-1-2008). Es posible c. un panorama en El Catoblepas, número 67, Sobre la Teoría del Uso Alternativo del Derecho, José María Laso Prieto, <http://www.nodulo.org/ec/2007/n067p06.htm> (1-1-2008).

Sin embargo, la tridimensionalidad está siempre al menos relativamente presente: la justicia orienta al desconocimiento de las normatividades con la producción de carencias dikelógicas y se manifiesta como fines en la interpretación; la subsunción sólo puede producirse en términos de afinidades axiológicas (sobre todo dikelógicas) entre las normas y los casos¹³.

Con miras a atender a las dificultades del funcionamiento suele hablarse de casos *fáciles, difíciles y trágicos*¹⁴.

10. Así como el funcionamiento varía según las perspectivas desde el cual se lo realiza (v. gr. juez, administrador, contratante, etc.) también cambia según se trate de distintas *fuentes*. La interpretación constitucional tiene, por ejemplo, una amplitud de proyecciones dirigidas a los fines de los constituyentes y a la creatividad requerida por las diversas circunstancias que va penetrando crecientemente en la orientación de las otras fuentes (leyes, decretos, etc.). Los decretos y las sentencias motivan caminos menos amplios.

En nuestros días suele hablarse también de una “constitución viviente”, quizás pueda hacerse referencia, con clara afinidad con el trialismo actual, a una “*normatividad viviente*”¹⁵. Creemos que nada debe ser inmodificable, menos aún el alcance del funcionamiento normativo, aunque quien modifique ha de quedar en evidencia.

11. En algunas construcciones jurídicas, como el trialismo, el funcionamiento es considerado de manera preferente en relación con las normas, atendiendo al ordenamiento sobre todo como un despliegue del elemento sistemático de la interpretación. Esto tiene entre sus finalidades principales mostrar quiénes son los repartidores en el proceso funcional. El ordenamiento normativo funciona a través de sus normas. En cambio, en otras construcciones se afirma que el que funciona es el ordenamiento y las normas son piezas de dicho funcionamiento.

Sea uno u otro el enfoque, en el funcionamiento normativo funcionan la *juridicidad en su conjunto* y la *cultura* toda, incluyendo la economía, la religión, la

13 La importancia de la subsunción es muy destacable porque “rotula” la realidad produciendo *materializaciones* que en principio hacen vivir como ellas indican.

14 Es posible v. DWORKIN, op. cit. págs. 146 y ss.; NAVARRO, Pablo E., “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, en “Doxa”, N° 14, págs. 243 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_14.pdf (2-1-2008); “Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos”, Oscar Pérez de la Fuente, <http://www.uv.es/CEFD/15/perezdelafuente.pdf> (2-1-2008).

15 Puede v. Gustavo Zagrebelsky, cit.

ciencia, el arte, etc.. Funciona la *vida* desde la perspectiva normativa¹⁶.

12. El funcionamiento de las normas puede plantearse en términos *reales* o *conjeturales*. El mismo funcionamiento real se refiere a conjeturas, no sólo de hechos, sino de unas tareas respecto de otras (v. gr. de la aplicación para la interpretación). No obstante, hay un *funcionamiento conjetural* que se produce “paralelo” al funcionamiento real, con referencia a lo que en éste sucedería. Siempre obramos conjeturando cómo sería el funcionamiento real¹⁷. Los legisladores, los jueces y los administradores conjeturan sus actuaciones de manera recíproca; los jueces de unas instancias conjeturan cómo obrarían los de otras; los justiciables conjeturamos cómo obrarían los jueces y los administradores, etc.. Así, por ejemplo, porque conjeturamos que el aparato gubernamental está asegurando nuestros otros intereses asistimos a las actividades universitarias, de no ser así las interrumpiríamos para resolver esa cuestión de seguridad.

3. Dimensión *dikelógica*

13. Aunque no sostenemos que haya valores con objetividad natural, como lo afirma Werner Goldschmidt respecto de la justicia, éste es el valor que consideramos supremo en el campo jurídico. Todos los valores son “*llamadas*” que reclaman a los encargados del funcionamiento para que produzcan soluciones acordes con ellos. Por ejemplo: un juez encargado del funcionamiento de las normas es “llamado” por el poder, la cooperación, el orden, etc., la exactitud, la verdad, la subordinación, la coherencia, etc., la justicia, la utilidad, etc. A nuestro entender, el “llamado” supremo a escuchar ha de ser la justicia.

14. Como la justicia perfecta es tarea “sobrehumana”, porque se trata de una categoría “*panónoma*” referida a la totalidad de los casos en que puede realizarse (pan=todo; nomos=ley que gobierna) las teorías y las tareas del funcionamiento se desenvuelven con *aperturas (desfraccionamientos)* o *cierres (fraccionamientos)* productores de seguridad. Cuando se debate sobre las teorías y las tareas del funcionamiento

16 También cabe referirse, desde otras perspectivas, al funcionamiento en diversos ámbitos culturales. Por ejemplo: Carlos Cossio vinculó, para la comprensión de la interpretación jurídica, a ésta con la interpretación musical (cabe c. por ej. COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964, págs. 82 y ss.). Cabe c. nuestro artículo “Aportes para la comprensión cultural de las doctrinas del funcionamiento de las normas”, en “Investigación....” cit., N° 12, págs. 9 y ss.

17 Es posible v. nuestro estudio “La conjetura...” cit.

se discuten fraccionamientos y desfraccionamientos y seguridad e inseguridad. Estos fraccionamientos y desfraccionamientos constituyen desafíos para las tareas de los encargados del funcionamiento, por ejemplo para las tareas de los jueces¹⁸. La teoría de la exégesis pretende un muy fuerte fraccionamiento de la justicia que pueden realizar los jueces, apegándolos a la ley, y de ese modo aspira a realizar más seguridad. La teoría pura del Derecho, que potencia más el desempeño de los jueces, se ocupa menos de la seguridad¹⁹. El trialismo es una muestra de desfraccionamiento en “complejidad pura”, donde con miras a la justicia se recorren con la mayor claridad posible caminos de seguridad valiosa.

15. El juez como encargado del funcionamiento se legitima en gran medida por la *imparcialidad*. Según hemos expuesto, puede comenzar siendo “imparcial” e imparcial pero al asumir el caso se hace al menos “*partial*”, pues le aparecen intereses personales y esto pone en riesgo la imparcialidad. Se debe lograr que, pese a ser inevitablemente al fin “*partial*”, sea siempre imparcial.

Como la forma de los repartos se legitima por la *audiencia*, sea ésta procesal o negocial, la audiencia es el sendero valioso para el funcionamiento de la norma. Sobre todo en la *forma procesal judicial*, el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis tienen cauces en cierta medida preestablecidos. Entonces en principio no se produce el funcionamiento común sino el funcionamiento procesal.

16. Como parte de la legitimación del régimen mediante el humanismo, el funcionamiento ha de ser *humanista*. Lo que “funciona” es la vida de la gente a través de los repartos y las normas. El funcionamiento normativo indebido puede ser expresión de totalitarismo. V. gr. la interpretación indebida puede ser sendero para la mediatización de los individuos interesados en ella.

Una de las rutas relativamente habituales de la mediatización es la incorrecta subsunción, dado que el control de los hechos suele ser más difícil que el referido a las normas. Si bien el *fraude a la ley* (*fraude a las normas*) puede viciar todo el funcionamiento, es más fácil por la manipulación de los hechos en la subsunción. El fraude a las normas, que pueden cometer particulares, jueces, administradores, etc., no

18 Esto contribuye a explicar la causa por la que Dworkin se refirió al juez “Hércules” (puede v. DWORKIN, op. cit., por ej. págs. 177 y ss., esp. 190).

19 Acerca de la “ilusoria seguridad jurídica” puede v. por ej. KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, pág. 171.

sólo mediatiza a las normas y sus repartidores sino a los beneficiarios²⁰.

17. La multiplicidad de tareas del funcionamiento contribuye a la diversidad reclamada por la *unicidad* que, junto a la igualdad y la comunidad, son exigencias del régimen humanista. Sea cual fuere la solución que se adopte, distinguir el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis y diversificar el papel del autor de la norma respecto del rol del encargado del funcionamiento contribuye al respeto de las particularidades.

18. La diferenciación de las tareas en el funcionamiento contribuye a la protección del individuo *contra el régimen*. Las diversidades se interrelacionan con la *división de poderes* y tienen gran valor como un medio para la realización de la justicia. A menudo el autor es el legislador y con frecuencia los aplicadores son jueces y administradores.

El funcionamiento debe contribuir a la protección del individuo respecto de todas las amenazas que puede recibir de los demás individuos, él mismo y todo “lo demás”. Al fin hay que obtener un funcionamiento realizador de la justicia.

III. Horizonte del funcionamiento normativo en la complejidad de la teoría pluralista del mundo jurídico en cuanto a las ramas del mundo jurídico

19. Una de las expresiones del complejo funcional es la complejidad del funcionamiento en las distintas *ramas jurídicas*. Por ejemplo: en el Derecho Privado suele ser viable la integración analógica que el Derecho Penal liberal impide, al menos cuando se pretende en contra del reo.

El equilibrio cambiante entre las ramas se manifiesta en un equilibrio cambiante en el funcionamiento normativo. En contraste con el liberalismo penal, hoy la formación del Derecho Penal Internacional promueve la producción de carencias dialécticas contra

20 Una expresión del fraude que también tiene sentido totalitario, y no siempre recibe la atención debida, es el *fraude mediante la ley (fraude mediante las normas)*, que ha de conducir a su desconocimiento, principalmente por el encargado del funcionamiento. A veces se dictan normas, por ejemplo legales, para inducir a error a la población. Hay normas que son meros espectáculos, en ciertos casos fraudulentos. Puede v., por ej., nuestro artículo “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad de Derecho” (UNR), N^{os} 4/6, págs. 232 y ss. (también en “Zeus”, 6/IX/1983, t. 32, págs. D-103 y ss.).

los reos, que facilitan la reprochabilidad mundial de ciertos delitos²¹.

El reconocimiento funcional de los alcances a atribuir a las normas suele requerir que las ramas jurídicas tradicionales (Derecho Constitucional, Internacional, Administrativo, Penal, Procesal, Civil, Comercial, del Trabajo, etc.) sean enriquecidas con *nuevos planteos* “transversales” (como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia y la Tecnología, el Derecho del Arte, etc.).

En nuestro tiempo parece haber en general un avance del estilo de funcionamiento constitucional, relativamente democrático, dinámico y referido a principios, respecto del funcionamiento de las otras ramas.

21 Es posible consultar nuestros artículos “Pronunciamientos judiciales en un tiempo de hondo cambio histórico”, en “Jurisprudencia Argentina”, 1/12/2004, págs. 65/8; “Perspectivas integrativistas trialistas para la comprensión del derecho penal internacional”, en “Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional”, t. 18, págs. 309/31.