

HACIA LA COMPRESION PLENA DE LA ELABORACION DE NORMAS(*)

Miguel Angel Ciuro Caldani (**)

1. La elaboración de las normas es un tema que, pese a su importancia fundamental en la tarea del jurista en sus diversos roles de legislador, juez, administrador, contratante, etc., no suele recibir la atención que merece, quizás porque subsiste un marco ideológico vinculado a la escuela de la exégesis, que apartó demasiado la elaboración de la interpretación y la aplicación, cediendo al juez a estos últimos desempeños, tal vez, porque la elaboración se presenta mezclada con la aplicación en el clima de la llamada "teoría pura del Derecho".

2. La elaboración de normas, como toda decisión humana, se produce en el universo y ha de ser comprendida, en tal condición, como un acto de protagonismo cósmico que ha de ser debidamente iluminado por la Filosofía. Urge entender que todo acto de elaboración de norma se produce en el marco consciente o inconsciente de una toma de posición en el mundo. La elaboración de normas es la tarea más plenamente vital, con menos limitaciones, de la tarea jurídica en su conjunto.

3. Dos puntos de vista filosóficos significativos para la comprensión de las diversas actitudes en la elaboración de las normas son la diferenciación del idealismo

y el realismo genéticos y la distinción del idealismo y el realismo cualitativos (1). El idealismo y el realismo genéticos contestan a la pregunta por el origen del universo respondiendo, el primero, que el sujeto crea al objeto y el segundo que el objeto existe con relativa independencia del sujeto, que lo descubre o lo fabrica, pero no lo crea. El idealismo y el realismo cualitativos responden a la pregunta por la composición del universo, contestando respectivamente que la realidad última del mis mo, son, bien las ideas, bien la materia o la energía. El papel que el hombre se atribuye en el universo y la naturaleza que se asigna a éste son de decisiva importancia no sólo en la elaboración de las normas sino en todas las actitudes de la vida.

En el idealismo genético el método con que el sujeto crea al objeto lo identifica, de modo que una elaboración normativa basada en esta posición tomará en cuenta una sola de las dimensiones jurídicas, sea normológica, sociológica o dikelógica. Sin embargo, de manera predominante se orientará a tomar a la elaboración como un acto de creación puramente normativa, ya que el contacto de las normas con otra dimensión pone en cuestión la radical "pureza" metódica que le es inherente. Para referirse a otra dimensión, el idealismo genético tiene que ubicar en ella también a las normas. En la medida que, en cambio, se encare el problema desde un punto de vista realista genético, se abrirá el camino para la consideración de las tres dimensiones jurídicas.

El imperio del idealismo o el realismo cualitativos puede significar indebidas preferencias por las dimensiones afines: un elaborador que sostenga una posición idea-

lista se apoyará sobre todo en las normas y en la justicia; otro que afirme una concepción realista se inclinará por atender principalmente a la relativa materialidad de los repartos.

Sólo partiendo de una posición realista genética es posible reconocer cabalmente la tridimensionalidad del mundo jurídico en la que se produce la elaboración de las normas. Según las enseñanzas tridimensionalistas del "trialismo", elaborar una norma es, básicamente, producir un reparto -de cierto modo podría decirse realizar un fenómeno de conducción- y ese reparto debe satisfacer en el máximo nivel posible los valores jurídicos, que culminan en la justicia (2).

Sólo partiendo de una posición realista genética es posible reconocer que, en el curso de esa tridimensionalidad, el mundo jurídico se integra en el mundo político, de manera que elaborar una norma resulta una decisión jurídico-política, integrada con las otras ramas de dicho mundo: política económica, política sanitaria, política científica, política artística, política religiosa, política erológica, política educacional, política de seguridad, política cultural en general, etc.

Sólo con un punto de vista realista genético, que no compartimentaliza el saber, es dado apreciar cabalmente que la elaboración de las normas ha de producirse en el marco de complejidad pura de los resultados de todas las ciencias y de la filosofía, sin desconocer, tampoco, los datos del saber "vulgar". Frente al aislamiento de la elaboración que suele desarrollarse desde el formalismo jurídico, urge reconocer, mediante el desarrollo de posiciones realistas, la infinita riqueza de perspectivas

jurídicas y metajurídicas de la elaboración.

4.A diferencia del proceso interpretación-aplicación, que de cierto modo se inicia en la norma para concluir en el caso, la elaboración parte del caso, se vincula con los valores y concluye en la norma (4). La elaboración es básicamente un reparto de potencia e impotencia, que ha de comprenderse, dinámicamente, en relación con las oportunidades brindadas por la realidad. El elaborador ha de investigar, al hilo de la finalidad objetiva de los acontecimientos, cuáles son las reales posibilidades repartidoras que tiene ante sí y esta investigación sólo será cabal si va descubriendo los valores respectivos. Como sobre todo la finalidad objetiva y la posibilidad son categorías fuertemente "pantónomas" (pan=todo; nomos=ley que gobierna), es imprescindible fraccionarlas mediante cortes productores de certeza. El caso y su solución son, en definitiva, resultados de construcciones de los repartidores que corren todos los riesgos de error y mala fe que las construcciones humanas llevan en sí. Relevado el marco de las posibilidades, el repartidor que elabore la norma deberá establecer su proyecto de reparto, que contendrá -en definitiva- su finalidad subjetiva (5).

Para producir el reparto de elaboración, la teoría trialista del mundo jurídico brinda una pluralidad de perspectivas que llaman a reconocer principalmente quiénes pueden y deben ser repartidores y beneficiarios, cuáles pueden y deben ser las potencias a repartir, cuáles pueden y deben ser las formas y las razones que han de intervenir y cuál puede y debe ser la relación del reparto con el resto de los repartos.

Es inherente al reparto la realización del valor con-
ducción; según se trate de elaborar la norma mediante
un reparto autoritario o autónomo pueden resultar satis-
fechos los valores respectivos poder y cooperación y,
en cuanto se desarrolle un plan de gobierno en marcha
o la ejemplaridad, se realizarán los valores pertinentes
previsibilidad o solidaridad. El régimen que resulte sa-
tisfará el valor orden.

5. El reparto que dé origen a la norma debe ser, en
definitiva, justo y para iluminar las ideas al respecto
se cuenta con el rico arsenal conceptual de la dikelogía.
Sin embargo, para realizar la justicia se ha de contar
con el apoyo de otros valores jurídicos, no sólo relacio-
nados con los repartos, sino con las normas.

Para que la norma pueda elaborarse es conveniente que
se produzca una fuente formal que autobiografe la volun-
tad del repartidor satisfaciendo el valor representativi-
dad, (constitución, ley, decreto, sentencia, contrato,
etc.). La norma que resulte ha de ser fiel, o sea ha de
describir con acierto el contenido de la voluntad de su
autor; ha de ser exacta, es decir, ha de cumplirse y debe
ser adecuada, lo que significa que ha de integrar la rea-
lidad relacional y sustancialmente con adjudicaciones
y productos que sirvan a los fines del repartidor. La
cualidad de la norma que se juega de manera más específi-
ca en la elaboración es la adecuación. A través de la
integración el elaborador puede llegar a fabricar un
mundo ideal que, carece de legitimidad en cuanto no sirva
debidamente al mundo real.

En la tarea específica de elaborar la norma, los frac-
cionamiento y desfraccionamiento de las categorías bá-

sicas de la realidad social antes referidas se expresan, en el antecedente, mediante los métodos de análisis y síntesis, sobre todo en cuanto a las perspectivas de las personas, el tiempo y la "realidad"; en la consecuencia jurídica se manifiestan a través de los métodos de la relación y el aislamiento. Si el antecedente resulta futuro y abstracto, la norma será en tal carácter general y realizará el valor predecibilidad; si en cambio es pasado y real la norma será individual y satisfará el valor inmediatez. Según la manera en que se establezca el sector social a reglamentar, el antecedente puede tener carácter más verificado o presuntivo; conforme a la manera en que se establezca la consecuencia jurídica, ésta puede ser más una realidad o una ficción.

En cuanto a las maneras de producirse, la norma a elaborar puede seguir procedimientos indicados en normas superiores, realizando como vinculación vertical de producción el valor subordinación, y puede conducir al cumplimiento de otras normas del mismo nivel, satisfaciendo como vinculación horizontal de producción el valor infalibilidad. Cada manera de establecer la producción de normas, sea directamente o a través de la organización de las "estructuras" productivas (parlamentos, tribunales, etc.) significa una manera de pensar la elaboración de normas.

Los criterios para la elaboración de las normas pueden obtenerse por "autointegración", tomándolos por analogía o por recurso a los principios generales del Derecho Positivo del propio ordenamiento normativo, o por "heterointegración", en base a la analogía y a principios generales ajenos a éste (6). En el marco del ordenamiento normati-

vo, el recurso a la analogía significa una relación horizontal de contenido entre normas, que satisface el valor concordancia, y la remisión a los principios generales del Derecho Positivo importa una relación vertical de contenido que realiza el valor ilación. A través de los valores subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia la norma puede realizar en el conjunto del ordenamiento el valor coherencia. Cuando se toma como apoyo el propio ordenamiento normativo, el trato igual a los iguales significa recurso a la justicia formal; cuando se supera esa referencia puede haber recurso a la justicia material

Para reconocer los alcances de la carencia de normas y de la necesidad de elaboración hay que apreciar que ellas tienden a ser mayores a medida que se sube en la pirámide jurídica y que, al llegar a la norma hipotética fundamental, es donde se producen la carencia y la elaboración en sentidos radicales. También podría sostenerse que cabe hablar de carencia de normas y de elaboración en sentidos estrictos cuando corresponde la heterointegración, en tanto que cuando es pertinente la autointegración puede hablarse tal vez con más propiedad de laguna (con "riberas" y "fondo") e integración. En lo que podría denominarse elaboración en sentido estricto se realizaría el valor originalidad, en tanto en lo que sería denominado laguna se satisfaría el valor consecuencia. En general, en la cúspide reina la originalidad y en la base de la pirámide la consecuencia.

Para reconocer esos alcances es también importante advertir la posición del elaborador, ya que ,por ejemplo, las posibilidades de realización de valores de la elaboración constitucional es mucho mayor que las de la elabora-

ción judicial o administrativa (7). Frente a algunos despliegues, como los de los valores orden y coherencia, a los jueces y a los administradores les cabe una actitud relativamente pasiva.

Entre el antecedente y la consecuencia de la norma elaborada debe haber correspondencia, es decir una relación valiosa, sea por afinidad directa entre uno y otra o por "atracción" (influencia) de otros casos. Es obviamente ilegítimo que haya mera yuxtaposición (8).

6. Es a nuestro parecer notorio que sólo partiendo del realismo genético se pueden llegar a reconocer cabalmente los complejos despliegues de la realidad social, los valores y las normas que hemos señalado. Desde el idealismo genético ello resulta muy difícil o imposible y, por ejemplo, es fácil desviarse por las sendas del abuso del mundo ideal y de las presunciones y las ficciones.

En suma, creemos que al reconocer en plenitud la complejidad de la elaboración de normas se muestra debidamente el protagonismo que como juristas y como seres humanos poseen sus repartidores. Consideramos que señalar ese protagonismo es un homenaje adecuado para la alta calidad de jurista y ser humano de la profesora doctora Elisa Méndez de Smith a quien, en ocasión de su fallecimiento, decidimos homenajear en esta Jornada (9).

(*) Comunicación presentada a la Jornada sobre "Filosofía, ciencia y técnica en la elaboración de normas" organizada por la Cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R. en homenaje a la

recientemente fallecida profesora doctora Elisa Méndez de Smith.

(**) Investigador del CONICET.

- (1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 21 y ss.
- (2) V. en general, acerca del marco teórico de la presente comunicación, GOLDSCHMIDT, op. cit., también puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.
- (3) En cuanto a la elaboración, cabe recordar las obras clásicas de GENY, Francisco, "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo", Reus, 2a. ed., Madrid, 1925 y "Science et Technique en droit privé positif", Paris, Sirey, ed. vs.; también c. BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", trad. José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975. En cuanto a la producción de nuestros días, v. por ej. "La Création de la Loi et ses Acteurs. L'Exemple du Droit Pénal", Oñati Proceedings, 3, 1991.
- (4) En relación con el tema Juan Carlos SMITH dice, por ejemplo: "Toda regulación jurídica, en tanto acto de voluntad de una fuente normativa orgánica, se constituye e integra dinámicamente a través de dos momentos metodológicos básicos: el cognoscitivo y el normativo" (SMITH, Juan Carlos, "El objeto de la ciencia jurídica", en "Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho", "Comunicaciones I", pág. 350; del mismo

- autor puede v. por ejemplo "Norma jurídica", en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t.XX, págs. 331 y ss.).
- (5) Respecto al tema, cabe traer a colación el pensamiento de Miguel REALE (v. por ej. "Filosofia do Direito" 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 1969, esp.t.II, págs. 482 y ss.; "O Direito como Experiência", São Paulo, Saraiva, 1968). También es posible c. la abundante bibliografía sobre la teoría de la toma de decisiones.
- (6) Acerca de la analogía v. por ej. COSTA, Elcias FERREIRA da, "Analogía jurídica e decisão judicial", Porto Alegre, Fabris, 1987; LEGAZ LACAMBRA, Luis, "El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales", en "Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica" en homenaje al referido autor, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, t.I, 1983, págs. XXXI y ss.; OSSORIO Y FLORIT, Manuel (Dr.), "Analogía Jurídica", en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t.I, págs. 676 y ss.; respecto de los principios generales del derecho, c.v.gr.VECCHIO, G. del, "Los principios generales del Derecho", trad. Juan Ossorio Morales, Barcelona, Bosch, 1933; CARRIO, Genaro, "Principios jurídicos y positivismo jurídico" en "El análisis filosófico en América Latina", México Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 55 y ss.; VIGO, Rodolfo L. (h.), "Los principios generales del Derecho", en "Jurisprudencia Argentina", 1986-III, págs. 860 y ss.; GARDELLA, Lorenzo A. (Dr.), "Principios generales del Derecho", en "Enciclopedia.."cit., t. XXIII, págs. 128 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho en el Derecho

Administrativo", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988. También v. por ej.: DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, esp. págs. 61 y ss.; asimismo la reciente recensión HORSTER, Detlef, "Die aktuelle Diskussion über die Funktion von Rechtsprinzipien", en "Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie", 1991, LXXVII, 2, págs. 257 y ss.

- (7) Puede v. una aplicación concreta de la teoría de la elaboración de normas en COLMO, Alfredo, "Técnica legislativa del Código Civil argentino", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961.
 - (8) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatis tas internacionales y puntos de conexión", en "Juris", t. 80, págs. 298 y ss.
 - (9) En relación con el tema, v. por ej. ENGISCH, Karl, "Einführung in das juristische Denken", 7a. ed., Stuttgart-Belin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1977, esp. págs. 138 y ss.; LARENZ, Karl, "Metodología de la ciencia del Derecho", trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, esp. págs. 292 y ss.
- Respecto de los conceptos a emplear, puede v. también por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos", en "El Derecho", t. 93, págs. 831 y ss.