LAS POSIBILIDADES EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. La norma es, según lo muestra la teoría trialista del mundo jurídico (1), una captación lógica neutral de un reparto proyectado (2). Con miras a la realización del reparto captado, la norma debe funcionar a través de fases principales de interpretación, determinación, elaboración y aplicación (3). Desde la captación normativa hasta su realización, el reparto proyectado recorre un camino signado por el pasaje desde la posibilidad a la realidad (4).

Aunque la posibilidad es una categoría "pan-tónoma" (pan=todo; nomos=ley que gobierna) sólo podemos manejarla en base a "recortes" ("fraccionamientos"). En la marcha del reparto a la que nos referimos, se presenta relativamente calificada ("recortada", "fraccionada") por el indicado juego funcional de la norma (5). Por otra parte, la posibilidad del funcionamiento de la norma está, como sucede con todo reparto, sujeta a límites necesarios que surgen de la naturaleza de las cosas. Toda norma tiene, por ser captación de un reparto "proyectado", las posibilidades básicas de ser realizada o de frustrarse (6), pero el complejo de estas posibilidades se diversifica según las distintas posibilidades del proceso de funcionamiento. Esto es lo que destacó Kelsen cuando sos-

tuvo -confundiendo, sin embargo, las fases del funcionamiento- que la norma es un marco abierto a varias posibilidades (7).

En la interpretación hay un amplio juego de diferentes posibilidades, que se desenvuelven entre la versión literal y la versión histórica y, dentro de ésta, entre las diversas interpretaciones auténticas "parciales" que sean posibles ("semiauténticas" en sentido amplio) y entre la atención a la intención y al fin del autor. Se llega, así, a la realidad de la interpretación que en definitiva se establece (correcta o incorrectamente). En la determinación hay un marco de posibilidades de la normatividad a determinar, que se resuelve en la realidad de la determinación concluida. En la elabo-ración las carencias históricas y dikelógicas, que pueden ser o no protagonizadas como tales, significan a su vez marcos abiertos a las posibilidades de autointegración y heterointegración. En la aplicación, la subsunción resuelve un marco de posibilidades que culmina en una realidad de encuadramiento y las posibilidades de realización de la consecuencia jurídica pueden culminar o no en la realidad respectiva.

El funcionamiento comienza en las posibilidades del reparto proyectado y culmina en la realidad que alcanza la aplicación. A veces las fases se refieren unas a otras en un sentido de realidad posible, como conjetura (v. gr., el determinador conjetura la posible determinación que produciría el autor, el elaborador conjetura la aplicación) (8).

2. Las posibilidades calificadas desde el punto de vista normativo (o valorativo) son "chances"(9). Cuando una norma cubre muchas posibilidades, sus contornos se hacen "borrosos" (10). Consideradas desde el enfoque de las potencias, las posibilidades son expectativas y, con miras a las impotencias, son riesgos. En la marcha del reparto proyectado al reparto

realizado se van produciendo expectativas realizadas y frustradas, riesgos superados y consumados. A medida que las posibilidades van resultando limitadas por el avance de la realidad, se alcanza la certeza (11). El dominio de las posibilidades se expresa en términos de "probabilidad" (12) y cuando se hace especial referencia al incremento de las posibilidades fácticas se llega a la presunción (13). En definitiva, una captación dinámica del Derecho exige la comprensión de las oportunidades y de su aprovechamiento (14), al hilo de las posibilidades y las realidades.

Las coincidencias y las discrepancias en las posibilidades de reparto cubiertas por la norma la hacen respectivamente reconocible por su funcionamiento más "confluente" o "difluente". Los factores que contribuyen al funcionamiento correcto pueden denominarse "conjugados" con la norma y los que lo desvían pueden ser llamados "deflectores" (por ej.: si por el juego de fuerzas sociales opuestas se interrumpe la efectivización de la consecuencia jurídica, esas fuerzas poseen carácter "deflector").

La confluencia y la difluencia dependen, en definitiva, de la fidelidad, la exactitud y la adecuación de la misma norma. La confluencia está en relación directa con el grado de individualización (concreción) de la norma y la difluencia se relaciona, de ese mismo modo, con la generalización. Para superar la difluencia que así se produce se hace el gran esfuerzo de abstracción de la norma general (15).

La difluencia de las posibilidades del funcionamiento de la norma aumentan cuando es mayor el número de órganos de aplicación, de modo que para lograr confluencia se suele establecer la fuerza vinculante de los plenarios y practicar la casación. También se incrementa la difluencia cuando es mayor el número de fuentes de conocimiento: para reducirla

Justiniano prohibió hacer comentarios e interpretaciones al Corpus Juris (Const. Tanta, 21). Además cabe reconocer que las posibilidades y la realidad de cada norma están en relación con el cauce de posibilidades que produce el ordenamiento normativo (donde, principalmente, las relaciones horizontales de producción realizan el valor "infallibilidad"). En la medida que puede tenerse fe en la confluencia de las posibilidades del funcionamiento de la norma, es más confiable la construcción de sistemas normativos, donde en caso de carencia debe resolver el encargado de dicho funcionamiento.

Entre las influencias de justicia a tener en cuenta al valorar una norma debe considerarse la confluencia o difluencia que ha de generar. La confluencia y la difluencia se vinculan en definitiva con la estructura cultural más o menos "pacífica" (16), sobre todo cuando la "paz" está referida a valores "decisivos". La difluencia tiende a aumentar en la medida que se pasa de "culturas" en sentido estricto a períodos de civilización y a tiempos de decadencia.

3. A la luz de las posibilidades y de la realidad final, se puede apreciar el acierto de la estrategia funcional (17). Las normas de funcionamiento más difluente promueven conflictos, pero también transacciones, pudiendo hablarse, en estos casos, de repartos "subsidiarios" del proyectado. El juego de las posibilidades y su distancia de la realidad explica la necesidad de la "lucha por el derecho" (18). El manejo valioso de las posibilidades significa prudencia (19).

4. En el horizonte procesal, la amplitud de las posibilidades relativamente cubiertas por la norma aclara el significado de la "razón" que se tiene para litigar. Cabe reconocer,

por ej., si la posición sostenida por el litigante estaba comprendida o no en la interpretación literal, en la interpretación histórica, en la intención, el fin del autor, etc. (20). La imposición de costas, fenómeno de reparto derivado del funcionamiento de la norma, suele relacionarse con la "razón" que se tuvo para litigar (21).

(* Investigador del CONICET.

- (1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
- (2) *id.*, pág. 195 y ss.
- (3) *id.*, pág. 251 y ss.
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales", Rosario, Instituto Jurídico Filosófico UNL, 1967; "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 60 y ss. y 80 y ss.

Cabe recordar, v. gr., ABBAGNANO, Nicola, "Filosoffa de lo posible", trad. J. Hernández Campos y otros; México, Fondo de Cultura Económica, 1959; en cuanto a la producción reciente: BIGELOW, John C., "Real possibilities", en "Philosophical Studies", 53, págs. 37 y ss.; "Possible worlds foundations for probability", en "Journal of Philosophical Logic", págs. 299 y ss.; KAUFMANN, Arnold - GIL I ALUJA, Jaume, "Técnicas operativas de gestión para el tratamiento de la incertidumbre", Barcelona, Hispano Europea, 1987.

- (5) En la realidad social del Derecho la posibilidad se refiere principalmente a la finalidad objetiva de los acontecimientos, que también es pantónoma.

El juez es de cierto modo un "historiador" (v. OPOCHER, Enrico, "Análisis dell'idea della giustizia", Milano, Giuffrè, 1977, pág. 82), de modo que en su tarea se presenta también la tensión de la historia en la búsqueda de la verdad y al hilo de la temporalidad. En cuanto al futuro, v. KLIMOVSKY, Gregorio, "Futuros contingentes, constructivismo y realismo", en BULYGIN, Eugenio y otros, "El lenguaje del derecho", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983, págs. 223 y ss.

- (6) V. ABBAGNANO, op. cit., pág. 17; puede c. PEDRALS, Antonio y otros (rec.), "Desajustes entre norma y realidad", Valparaíso, Edeval, 1986.

- (7) V. KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 166/167. Las polémicas en cuanto a la interpretación se hacen a veces célebres, como sucedió con los sabinianos y los proculeyanos (v. FALCHI, Gian Luigi, "Le controversie tra sabiniani e proculiani", Milano, Giuffrè, 1981, págs. 173 y ss. -los sabinianos interpretaban según la estructura de los institutos y los proculeyanos según el fin-). En cuanto al sentido de la ley, c.v.gr. REHFELDT, Bernhard (Dr.) - REHBINDER, Manfred (Dr.) (reelab.), "Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin-New York, de Gruyter, 1978, págs. 68 y ss.; acerca de los métodos de interpretación v. CUETO RUA, Julio C., "Judicial Methods of Interpretation of the Law", Louisiana State University, 1981.

- (8) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La probabilidad en el Derecho", en "Boletín del Centro de Investigacio-

nes de Filosofia Jurídica y Filosofia Social", N° 6, págs. 69 y ss.; c. REALE, Miguel, "Verdade e Conjetura", Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983.

Acerca del pensamiento jurídico, v. por ej., ENGISCH, Karl, "Einführung in das juristische Denken", 7a. ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1977; AS. VS., "Reason in Law", Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984, Milano, Giuffrè, 1987-88.

- (9) V. BENABENT, Alain, "La chance et le droit", Paris, L. G.D.J., 1973.
- (10) La marcha de la posibilidad para convertirse en realidad puede denominarse con la expresión "proceso" y para hacerlo "expedito" se forma el "expediente" (sin embargo, cabe recordar la trágica denuncia de la novela respectiva de Kafka -"Der Prozess"-).
- (11) V. CORSALE, Massimo, "Certeza del diritto e crisi di legittimità", 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1979, págs. 1 y ss. (sobre crisis de la certeza y de los valores); también c. CARBONNIER, Jean, "Flexible droit", 4a. ed., Paris, L.G.D.J., 1979, págs. 125 y ss.; FRANK, Jerome, "Derecho e incertidumbre", trad. Carlos M. Bidegain, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1968.
- (12) V., por ej., los trabajos citados de John C. Bigelow (nota 4). Acerca de la importancia filosófica de la probabilidad, puede c., v. gr., FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofia", 5a. ed., Bs. As., Sudamericana, 1965, T.II, págs. 484/85 ("Probabilismo"; en cuanto a la "posibilidad" v. el desarrollo respectivo en las págs. 452 y ss.)
- (13) BENABENT, op. cit., págs. 127 y ss.; cabe recordar la obra de GENY, F., "Science et technique en droit privé positif", Paris, Sirey, T. III, págs. 258 y ss.
- (14) Puede v. CIURO CALDANI, "Derecho..." cit., págs. 79/80.

- (15) V. ROSS, Alf, "Lógica de las normas", trad. José P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971, sobre el problema de las posibilidades, esp., págs. 102 y ss.
- (16) Respecto de la perspectiva de los valores, puede v. por ej. PERELMAN, Chaïn, "Logica giuridica nuova retorica", Milano, Giuffrè, 1979, págs. 15/16.
- (17) Es posible c. CIURO CALDANI, "Derecho...", cit., págs. 12/13.
- (18) Es legítimo recordar: IHERING, Rodolfo von, "La lucha por el derecho", trad. Luis M. de Cádiz, Bs. As., Atlántida, 1954.
- (19) Acerca de la prudencia, v. por ej. KALINOWSKI, Georges, "Concepto, fundamento y concreción del Derecho"(rec.), trad. Catalina Elsa Arias de Ronchietto y otros, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1982.
- (20) Cabe recordar, en relación con el tema del trabajo, la obra clásica de Georg Henrick von WRIGHT "Norma y acción", trad. Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970.
- En el horizonte de las posibilidades del funcionamiento se halla el tema de la Sociología del conocimiento (v. por ej. HOROWITZ, Irving Louis (selec.), "Historia y elementos de la sociología del conocimiento", trad. Nelly Bugallo y otros, Bs. As., Eudeba, 1964 SCHELER, Max, "Sociología del saber", trad. José Gaos, Bs. As., Siglo Veinte, 1973; asimismo HABERMAS, Jürgen, "Conocimiento e interés", trad. Manuel Jiménez y otros, Madrid, Taurus, 1982). También puede traerse a colación la teoría de la decisión (v. por ej. HOFFE, Otfried, "Estudios sobre teoría del derecho y la justicia", trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Alfa, 1988, págs. 151 y ss.; también c.v.gr. CABRAL, César A., "Motivación", Bs. As., Silbalba-Boedo, 1976).
- (21) En esos casos se atiende más a la posibilidad. Cuando las

costas se imponen en relación con el resultado, se atiende más a la realidad final. La falta de posibilidad, frente a una norma de funcionamiento confluyente contrario, significa temeridad.