

# *El principio de efectividad como fundamento de la norma en el derecho positivo: Un problema de método en la doctrina privatista\**

*Massimo Bianca*

Profesor ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Catania

*1. La doctrina jurídica continental y el presupuesto indiscutible por el cual el derecho positivo está constituido por la ley escrita estatal. - 2. La alternativa propuesta por la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. - 3. La fractura entre teoría y práctica del derecho y los esfuerzos por revalorar el hecho. - 4. La ley escrita y la norma efectiva vigente en el ordenamiento. - 5. La dificultad en el jurista positivo para reconocer el principio de efectividad dentro de la Teoría General. - 6. El principio de efectividad en el postulado que acude exclusivamente a los datos de la experiencia. - 7. La norma jurídica como un autónomo fenómeno social identificable en la regla coercitiva que opera en el ordenamiento. - 8. La jurisprudencia como indicador de la efectividad de la norma.*

1. La doctrina en el derecho positivo continental se presta a una observación en común: carece de una adecuada postura metodológica para identificar el objeto de estudio.

Esta observación se refiere sobretudo a la doctrina privatista: se sostiene que, a diferencia de la postura general de las investigaciones técnicas que trazan de manera preliminar y resuelta los límites y la naturaleza del fenómeno estudiado, el estudio de la doctrina debe ser el derecho positivo vigente.

El jurista continental asume como presupuesto indiscutible de su búsqueda que el derecho positivo está constituido sólo por la ley escrita estatal y por aquellas otras fuentes que hallan en dicha ley el reconocimiento y la medida de su validez.

Dentro del por qué de esta postura – además de las causas ambientales e históricas manifestadas sobretudo en el clima de la codificación francesa – podemos encontrar dos razones de fondo. La primera basada en la idea de que la ley escrita expresa mucho mejor que las otras fuentes las exigencias normativas del ordenamiento. La segunda basada en la idea de que la norma implica un deber de obediencia, y que dicho deber sólo se justifica por el Estado.

Sin embargo, sostenemos que estas razones no justifican el apriorismo del jurista continental.

Respecto de la preferencia a la ley escrita estatal, debe observarse que el problema del conocimiento del derecho positivo implica saber cuál es el derecho vigente y no cual sería el derecho preferible.

\* Texto traducido por María Cecilia Niño Dolmos. La Revista Derecho y Sociedad cuenta con la debida autorización del autor. Revisión a cargo de Alfredo Soria Aguilar, Profesor de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

La exigencia al deber de obediencia, en cambio, no es del todo clara. El considerar un deber moral de obediencia desborda el campo de acción del derecho positivo. Pero, si en lugar de eso, se busca considerar la posición del individuo como destinatario de las sanciones conexas a la norma, esta posición debería determinarse con relación a la norma jurídica en los efectivos términos en que esa se inserta a la realidad de su tiempo y en la que se presenta para un análisis objetivo.

Últimamente, la preocupación de la doctrina privatista continental ha sido la de tener que reconocerse vinculada al resultado de una postura “de hecho” del ordenamiento jurídico, que no adopta las formas ni la autoridad de la regla emanada de los órganos legislativos ad hoc.

La asunción de ese “vínculo” es más ilusoria que real, porque al final el intérprete continental no renuncia a su sustancial autonomía, ni siquiera al confrontar la ley. El equívoco provocado por la a priori posición de la doctrina continental es que: el objeto de un estudio crítico y reconstructivo, deba ser una fórmula escrita en lugar de un principio de derecho que la experiencia haya demostrado como eficaz en el ordenamiento.

2. La intención de introducir en el plano de las ciencias jurídicas privatistas una visión desvinculada de los fines exclusivos de la ley estatal se ha ejercido a través de la concepción de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos.

Esta concepción se adhiere a formulas extremistas: ya no más utilizadas por el jurista positivo desde que se quiso mezclar dentro de la misma noción de ordenamiento al Estado y, por ejemplo, a la familia<sup>1</sup>.

De manera similar, bajo el aspecto normativo, la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos ha abierto una entrada para resultados que confunden aspectos totalmente diferentes de la fenomenología jurídica. Por ejemplo, remontando a la etapa normativa la actividad comercial privada se ha perdido de vista el significado específico de la norma jurídica, ya no distinguible por la esfera de

los actos concretos de la autonomía privada, a través del cual los individuos deciden sus propias implicancias jurídicas<sup>2</sup>.

A primera vista, la aproximación de la norma respecto del negocio jurídico no podía ofrecer ninguna útil perspectiva a la doctrina privatista: esto explica entonces como la idea de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos no logró proponer una buena alternativa frente al concepto de la ley estatal como fuente exclusiva del ordenamiento normativo interno.

3. Si la doctrina privatista no ha descartado el presupuesto que delimita al derecho privado en términos de la ley estatal, eso puede contribuir a explicar la eterna fractura existente entre “teoría” y “práctica” en el derecho continental.

Nos referimos particularmente, a la situación italiana, donde los operadores del derecho advierten que, por lo general, los estudios doctrinarios privatistas no ofrecen datos útiles de solución y orientación para sus problemas. De ese modo, se tiene una actitud negativa al catalogar a la doctrina como inadecuada para la vida del derecho.

Son múltiples las causas de esta fractura pero especialmente, es una de las principales causas, el que la doctrina privatista asuma como objeto de estudio las máximas de la ley escrita mientras que los operadores del derecho perciben las normas una vez filtradas por la experiencia del ordenamiento en acción: conocen las normas, pero según el significado y contenido que esas adquieren concretamente en la vida de interacción.

La mejor doctrina no permanece inerte frente a la ruptura entre ciencia y práctica del derecho: y si examinamos los más satisfactorios resultados de estudio, nos damos cuenta que la reacción frente a esa ruptura se manifiesta por una tendiente revaloración del “hecho”.

El sentido de esta revaloración parece dirigirse a una única y fundamental directriz: una observación más atenta de las exigencias

1 Véase SANTI ROMANO. L'ordinamento giuridico, 2da ed. Florencia 1945, pg. 55 y ss.

2 Es más, admitiendo que el mismo ordenamiento de los particulares sea un “paralelo” de aquél estatal (v. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*. Milano, 1963, pg. 21 y ss) nos parece que el negocio sería la “norma” de un ordenamiento del Estado; sólo la norma estatal es la que fija las condiciones y los límites de eficacia de las manifestaciones normativas privadas. El problema lo advierte SALVATORE ROMANO, *Autonomía privada*, Milano, 1957, pg. 23 y ss, el cual precisa que, en las confrontaciones del ordenamiento del estado, sólo la norma estatal es la que fija las condiciones y los límites de eficacia de las manifestaciones normativas privadas.



económicas y sociales en la interpretación de la norma.

El momento de la interpretación se revela fundamental porque es ahí que la doctrina continental logra ofrecer su aporte de novedad al sistema.

La interpretación, de hecho, resume la fase elaborativa y sistemática de los principios del derecho y junto con eso, el aspecto más propiamente crítico y "activo" de la ciencia jurídica. A través de la etapa de la interpretación, el jurista continental logra ejercitar su razonamiento sobre la norma al proponer sus soluciones: insertándose en el contexto de los estímulos que influyen en el ordenamiento para su proceso de renovación<sup>3</sup>.

Debemos tener presente que la etapa principal en la ciencia jurídica es el cognoscitivo. En cuanto ciencia, el derecho debe establecer el problema de la comprensión de su objeto. En este problema, no está comprendida la importancia del "hecho", o si no, se han opuesto a ella.

Se dice: la norma es el objeto del estudio cognoscitivo, no el hecho; el hecho es lo que cae dentro de la regla y - desde el punto de vista jurídico - su realidad es sólo aquella que se deriva de la norma legal.

Tomar en consideración el hecho -se dice- puede llenar de prejuicios a la autonomía del valor jurídico: contaminando el análisis del derecho con valoraciones que pertenecen a otras leyes del comportamiento humano.

4. Lo que manifiestamente le ha faltado a la doctrina privatista continental ha sido el

reconocimiento del hecho como fenómeno normativo.

Ese reconocimiento pareció impedirse por el motivo de que la única norma que tiene validez es la ley del Estado. Pero la doctrina evade así la cuestión de fondo: que es, qué se debe entender por norma jurídica vigente en el ordenamiento estatal.

La respuesta a priori de que esta norma sea la ley escrita como tal, resulta fácilmente rebatible por una observación extraída de la común experiencia: dentro de la organización estatal las leyes escritas tienen validez sólo en su significado y contenido obtenido a través de su aplicación. La norma efectivamente aceptada y eficaz en el ordenamiento puede inclusive estar en contraste con el texto escrito<sup>4</sup>.

Es entonces que, debemos preguntarnos si la doctrina continental debe reconocer como norma vigente del ordenamiento estatal y asumir como objeto de su análisis cognoscitivo a las máximas de la ley escrita o a las reglas aceptadas y efectivas en el sistema.

5. La mejor doctrina continental no se ciega ante la importancia que adquiere la actuación práctica del derecho y sobretodo la práctica judicial<sup>5</sup>. Pero - en ausencia de referencias legislativas acordadas - dicha doctrina no encuentra el principio que permita su adquisición en el ámbito de los hechos normativos<sup>6</sup>.

Las sugerencias de un derecho de precedentes judiciales (*case law*) son rechazadas a causa de la tradicional contraposición entre el derecho continental codificado y los sistemas de derecho jurisprudencial anglosajón<sup>7</sup>.

3 Sobre esta etapa y la sustancial autonomía del intérprete hemos insistido en anteriores trabajos.

4 Frente a esto la doctrina italiana prefiere cerrarse todavía en la manifiesta ficción de que la regla válida es un modo de aplicación de la ley escrita: modo de aplicación que se entiende como "exacto" o "errado" y que, podría sólo ofrecer sugerencias al intérprete.

5 Ver por ejemplo, las significativas observaciones de CASTAN TOBEÑAS, Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Madrid, 1947, en especial pg. 152 y siguientes.

En Alemania, luego, la doctrina es particularmente conocedora de los institutos integralmente elaborados por la jurisprudencia. Entre las obras que han tomado en cuenta al derecho privado formado en la práctica jurisprudencial es significativa, por ejemplo BOEHMER, Grundlagen der burgerlichen Rechtsordnung. Tübingen, 1950-1952. En Italia faltan obras semejantes.

6 Mejor dicho: no encuentran el principio que permita explicar la importancia de la eficacia concreta de un cierto contenido normativo.

No falta quien observe el notable margen de discrecionalidad ejercida por el juez al aplicar la ley. Pero, también quien lleve a los extremos esta constatación (ver por ejemplo PUIG BRUTAU, La jurisprudencia como fuente del derecho. Barcelona), demostrando que no entienden en que modo la sentencia sería fuente de nuevo derecho; concluyendo con el llamado al valor "persuasivo" de la sentencia y a la probabilidad de que otros juzgados lo confirmen.

7 Parece recurrente, el tema de que el juez continental no está formalmente vinculado a los precedentes judiciales. Sobre la base de este plano el problema tiende a concentrarse en la naturaleza de la influencia ejercida por la pasada jurisprudencia sobre las decisiones futuras. Ver por ejemplo el minucioso análisis de ESSER, Grundsatz und Norm, 2da ed. Tübingen, 1964, pg. 275 y

Por otro lado, recurrir a la teoría general del derecho se manifiesta extraño dentro del plano de los cuestionamientos del derecho positivo. De todas formas, la posibilidad de entender el valor de la experiencia normativa concreta –tomando como ejemplo a las más recientes corrientes “realistas”– parece ser incierta frente a la problemática de las nociones propuestas<sup>8</sup>.

Respecto al principio de efectividad, éste se presenta en el plano de la teoría general como el fin de una recurrente e irresuelta contradicción entre el momento existencial y el momento deontológico del derecho<sup>9</sup>.

Los intentos por precisar el contenido han hecho más evidentes las interrogantes que suponen la incapacidad del precepto normativo para poder tomar el “hecho” de las soluciones concretas precedentes, y las implicancias en el destinatario de la norma frente a dichos precedentes.

Bajo otro punto de vista se ha condicionado al principio de la efectividad con niveles estadísticos originando que se vean las hipótesis del derecho como juicios de probabilidad<sup>10</sup> o como una suma de opiniones difusas difícilmente controlables<sup>11</sup>.

6. Lo que en estas páginas tratamos de resaltar es que, la doctrina del derecho positivo puede de manera preliminar reconocer un solo y esencial

postulado: la necesidad de extraer de la experiencia los datos para conocer y calificar su objeto.

Justamente con este postulado es que el jurista positivo puede encontrar la justificación del principio de efectividad: entendido no como un abstracto criterio de validez de la norma, sino como expresión de la exigencia de que el estudio del derecho asuma a la norma, así como ella se presenta en la realidad de la experiencia en un determinado tiempo y en un determinado lugar.

7. Más allá de las contradicciones advertidas dentro de la Teoría General, el jurista positivo está ahora en grado de percibir la norma jurídica como un fenómeno social autónomo<sup>12</sup>: es decir, como el fenómeno que se manifiesta en su efectiva existencia general y como coercitiva regla de orden del cuerpo social.

El examen objetivo de este fenómeno, sobre el plano social, excluye que entre sus elementos de identificación se incluyan datos emocionales o intelectivos respecto a los destinatarios individuales de la norma<sup>13</sup>.

En su realidad social, el fenómeno normativo se manifiesta sin una referencia específica a resultados cuantitativos.

La regla es efectiva si en el cuerpo social se le acepta como principio de orden y juicio de la tutela

---

ss; el cual logra definir la importancia normativa de la jurisprudencia en términos de fuerza de persuasión.

- 8 Dentro de la teoría general el problema de la norma está por lo general desvinculado por la estrecha referencia a la ley estatal escrita.

La distinción entre ley escrita y ley no escrita puede –como opina FRONSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1962, pg. 79 y ss– reducirse a diversos aspectos del proceso de “juridificación” de la acción.

- 9 Contradicción que bien se evidencia al interior del mismo pensamiento de KELSEN que se desarrolla entre la idea del deber ser como significado que no se presta a ser determinado como hecho exterior, y el principio de la efectividad cual criterio de validez ligado a la experiencia. Ver sobretodo *Reine Rechtslehre*, 2da. Ed. Wien. 1960 especialmente pg. 9 y ss.

- 10 Nos referimos particularmente a las notorias proposiciones del realismo jurídico norteamericano sobre derecho entendido como profecía o previsión de los juicios futuros, derivado también del análisis de los juicios pasados. Interesantes observaciones sobre esta corriente de pensamiento en TARFLLO. *Il realismo giuridico americano*. Milano, 1962.

- 11 También la fórmula del derecho como norma vinculante en la conciencia social deviene equivocada si se quiere al final saber qué es lo que debe entenderse por conciencia social y si, en definitiva, la afirmación de la validez de la norma debe estar subordinada a un estudio de opinión pública.

Acerca de la variedad y la problemática de los significados que puede presentar el principio de efectividad, véase por ejemplo LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano, 197, en especial pg. 448 y ss. Y para quien prefiere un significado que se derive de la opinión de los colegas o de una clase de juristas, surge el problema de qué es más importante el número de opiniones o calidad (o la autoridad de sus convicciones).

Véase también los temas expuestos en AMSELEK, *Méthode phenomenologiaue et théorie du Droit*. Paris, 1964, pg. 333 y ss.

- 12 En este sentido la regla jurídica es una “entidad real” de la sociedad y es esta entidad la que la experiencia adquiere y distingue respecto de otros fenómenos, como por ejemplo, aquél de la eficacia psicológica de la norma o de otros factores. Y de ahí en adelante a otros factores de la experiencia que no resisten ante las relevantes afirmaciones de OLIVECRONA (v. *Law as jact* (trad. Ingl.) London, 1939, en especial pg.40 y ss)

- 13 Como bien ha resaltado ROSS, *On law and justice* (trad. Ingl.) London, 1958, en especial pg. 70 y ss., el derecho no puede ser erudito de una simple repetición de actos. Es por eso que no impone que se ate la búsqueda de la validez del derecho a la hipótesis de una ideología normativa.

Y es la misma experiencia social, la que distingue entre normas de derecho y otros esquemas de conducta.



de los intereses particulares y colectivos de la vida de interrelación. Entonces, dicha aceptación se presta a ser verificada no a través de una suma de opiniones, sino simplemente a través del hecho social del funcionamiento de la norma como criterio de valoración de la conducta y de solución para conflicto de intereses<sup>14</sup>.

Si se brinda este funcionamiento de la norma al nivel de la organización del Estado, la norma deberá manifestarse como regla válida y vigente del ordenamiento jurídico estatal.

Los datos extraídos de la experiencia pueden también dejarse de lado debido a la coexistencia de normas contradictorias dentro del mismo ordenamiento.

La tendencia de los ordenamientos estatales está, por lo general, aún marcada por una aspiración de unidad y de coherencia: unidad y coherencia que no pueden ser suficientemente perseguidas a través de la singularidad de la ley estatal, cuando aún se requiere la singularidad de un aparato dirigido a garantizar su aplicación uniforme.

Significativos motivos de reflexión pueden ser extraídos, en ese sentido, de la historia del ordenamiento italiano, donde la creación de un único juez superior representó la reacción a una crisis de la unidad del sistema jurídico comprometido por el principio de la separación de la jurisdicción regional.

8. También con respecto al ordenamiento estatal debe admitirse que el jurista positivo proceda a la búsqueda de la norma jurídica vigente –es decir al conocimiento de la realidad normativa de su tiempo– como primer momento de su estudio. Y debe también asumirse que el jurista positivo, al tomar las riendas de esta realidad, no sea condicionado a priori por el dogmático presupuesto de que la ley estatal es la expresión exclusiva del derecho positivo interno.

De todas formas se impone la búsqueda de la norma según los datos de la experiencia: una búsqueda posible, dado que la misma norma estatal se presenta como un fenómeno objetivamente identificable, es decir, como la regla que funciona en el ámbito del ordenamiento del Estado.

Observamos al final que para el jurista continental, el concreto indicador de esta efectividad surgió de las orientaciones jurisprudenciales<sup>15</sup>.

Esta propuesta surge en un plano general: en tanto que lo jurisprudencial es la etapa en que el ordenamiento estatal expresa su garantía última de recurrir a la norma. Es en ese momento que se presta a ser verificada la eficacia de la regla jurídica: en el significado y contenido en que esa puede ser hecha valer en concreto.

El punto determinante de las orientaciones jurisprudenciales al señalar la existencia y la medida de la norma se sirve sobretodo del derecho privado.

Aquí el valor de la norma ha sido entendido esencialmente en términos de tutela de la situación subjetiva de los individuos.

Ahora, las soluciones normativas de los conflictos de intereses pueden ser enunciadas en la ley escrita: pero es la decisión jurisprudencial –generalizada en el ordenamiento<sup>16</sup>– la que determina que soluciones se prestan a ser hechas valer concretamente en la vida de interrelación.

Fuera de estas soluciones, el interés del individuo no encuentra protección en el ámbito del ordenamiento jurídico estatal, y la afirmación de una correspondiente regla de derecho no expresa la realidad normativa del ordenamiento.

En esta reflexión se vuelve a proponer la intuición del derecho subjetivo como acción: es decir como una situación de tutela que resume, en el perfil estructural, el sentido de su

14 Que la norma sea respetada o violada es un dato que no puede ser omitido dentro de la historia del ordenamiento: pero no es un dato que condicione directamente la juridicidad de la norma.

La violación –aunque es repetida y difundida– es siempre distinguible en proporción a la experiencia como un individual arbitrio: que logra modificar el ordenamiento sólo cuando se traduce en un rechazo social de la norma.

15 La propuesta no implica que la norma jurídica se manifieste exclusivamente en las orientaciones jurisprudenciales. La normal actuación de la norma de derecho no está ligada a su rechazo: está por ejemplo en las actividades organizativas y disciplinarias de los entes e instituciones del ordenamiento donde se adquiere la fisonomía social de la norma. La decisión jurisprudencial –judicial o arbitral– permite verificarse en la medida que el ordenamiento imponga la aplicación de la regla como principio de orden.

16 La importancia del ordenamiento no está en la mayor influencia sobre las decisiones futuras sino en la dimensión social que asume la aplicación de la regla.

experimentación concreta en la etapa jurisdiccional del ordenamiento.

## RESUMEN

El autor parte de la observación de que la doctrina privatista continental, se identifica a priori el objeto de su estudio –es decir, el derecho positivo– con la norma estatal. Este defecto de actitud metodológica favorece el surgimiento de la separación que se advierte entre la doctrina –de forma especial, la doctrina italiana– y la problemática de los que ejercen prácticamente el derecho. En el momento de la interpretación, la mejor doctrina se muestra sensible a las exigencias económico-sociales y logra hacer participar su juicio crítico en el proceso de renovación de la norma.

Sin embargo, el problema preliminar de la ciencia del derecho debe ser el conocimiento de

su objeto. Para resolver este problema, el jurista positivo no acude a la teoría general, y esta última de todas formas, no puede suministrarle datos utilizables. Incluso el principio de efectividad se presenta de manera agudamente problemática.

La ciencia jurídica debe, en realidad, imponerse sólo un postulado: proceder de acuerdo con las indicaciones de la experiencia.

Ahora bien, es precisamente en el plano de la experiencia donde el jurista positivo puede identificar el derecho vigente. La norma jurídica se presenta, en efecto, como fenómeno social autónomo, es decir, como una regulación ordenadora coercitiva, que opera en la sociedad. Esta operatividad se impone de manifiesto sobre todo gracias a las orientaciones de la jurisprudencia. 