



DE CÓMO INTERPRETAR LAS NORMAS JURIDICAS. SER Y DEBER SER, HE AQUÍ LA CUESTIÓN.

Marcelo Urbano Salerno

Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina

Miembro Titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires

I.- DIFERENCIAS ENTRE EL “COMMON LAW” Y EL DERECHO CODIFICADO

En castellano el término **norma** es empleado por la literatura jurídica de nuestro tiempo para designar una regla de derecho, obligatoria, general e impersonal, término derivado de la palabra **nomos** que en la Grecia antigua significaba el derecho usualmente válido¹. Condición indispensable para aplicar una norma jurídica a un caso concreto es la legitimidad de su origen, emanada de una autoridad competente dotada de poder suficiente, en especial mediante una ley sancionada por el Congreso. Mas la aplicación de esa regla puede depender de su interpretación judicial referida al caso sometido a la consideración de un juez o de un tribunal.

El movimiento de la codificación iniciado en el siglo XIX permitió sistematizar los principios establecidos en el **ius commune**, incorporar costumbres ancestrales, y archivar las recopilaciones de leyes². La hermenéutica renació como un tema de suma complejidad, objeto de variadas doctrinas desarrolladas con método y rigor científico, a fin que el intérprete pudiese pronunciar una decisión justa y equitativa para resolver un determinado conflicto. De modo que la norma adquirió la fuerza de una expresión abstracta susceptible de emplear en la práctica, de acuerdo con las circunstancias presentadas por un problema planteado, a fin de fundamentar la solución adoptada. Valga, pues, reconocer cómo las teorías especulativas suelen estar al servicio de la solución pragmática y, por ende, a la casuística.

Dadas estas reflexiones, propias del sistema continental de nuestro régimen jurídico, se puede decir que en el sistema del **common law** no acontece lo mismo, el cual es distinto al descripto. Ello obedece a la ausencia de una codificación civil, a la falta de textos legales que enuncien reglas específicas dictadas con antelación, de manera que el Juez al dictar su fallo creará una norma singular que, eventualmente, podrá ser invocada como precedente. En este sistema pretoriano el derecho es judicial y su fuente no tiene por causa a la ley, sino que se basa en las resoluciones adoptadas por los tribunales en la rama civil. Rige el siguiente adagio: “stare

¹ JAEGER Werner, “Paideia. Los ideales de la cultura griega”, edit. Fondo de Cultura Económica, traducción de Joaquín Xirau, México, 1974, págs. 88 y 109; sobre el logos, págs. 1030 y 1031.

² UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, “La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón”, prólogo de Eduardo P. Ventura, edit. Educa, Buenos Aires, 2003, colaboración de diversos autores. Esta obra colectiva se compone de otros dos volúmenes: “La codificación en América”, prólogo de Carlos Raúl Sanz, edit. Educa, Buenos Aires, 2004, y “¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?”, prólogo de Carlos Frontera, edit. Educa, Buenos Aires, 2005.



decisis et quia non movere”. Una vez establecido un criterio sobre un tema jurídico, la solución valdrá para otros casos análogos. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos puede apartarse de un precedente y modificarlo, según las particularidades del conflicto institucional a decidir, pero ello no es frecuente.

Cada uno de los sistemas mencionados tiene una estructura particular y responde a determinados principios que los caracteriza, diferenciándolos. No obstante que la Constitución de la República Argentina ha tenido como modelo la Carta política de los Estados Unidos de Norte América³, nuestro país se negó a implementar el **common law**. Nunca existió entre nosotros un movimiento que lo propiciara. Argentina siguió la corriente codificadora, según lo dispuesto por el artículo 67 inciso 11 de la Constitución de 1853/1860, tomando como fuente el Proyecto de Juan Bautista Alberdi⁴.

En cuanto al régimen de la Justicia se refiere, en sus orígenes (año 1787) la Constitución norteamericana, inspirada en los ideales republicanos, estableció el Poder Judicial en forma independiente y creó en su cúspide la Corte Suprema que serviría de base al orden federativo⁵. Distinto era el gobierno monárquico del Virreinato del Río de la Plata. Durante el breve período del Virreinato, existió la Audiencia pretorial erigida por la Real Cédula del 14 de abril de 1783, presidida por el Virrey e integrada por un Regente y cuatro oidores letrados que entendía en grado de apelación en causas civiles y criminales, además de otros fueros especiales. Producida la Revolución de Mayo los funcionarios españoles fueron reemplazados. En el año 1812 se creó una Cámara de Apelaciones en la ciudad de Buenos Aires, la cual funcionó hasta el año 1838 en que fue creado el Tribunal de Recursos Extraordinarios, que después pasó a ser la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Los antecedentes históricos reseñados deben complementarse con la obligatoriedad de fundar en derecho las sentencias. Esta exigencia impuesta en el período del derecho patrio dispuso que los magistrados tenían que invocar el derecho aplicable a fin de garantizar el debido proceso en la República. Al dictar un fallo se deben explicar sus fundamentos y la normativa aplicada, además de declarar el derecho de los litigantes⁶.

Las diferencias entre ambos sistemas son manifiestas. A medida que transcurre el tiempo se intenta tornarlos compatibles a nivel académico, debido a que el Congreso de los Estados

³ VANOSSI Jorge Reinaldo A., “La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y su jurisprudencia”, edit. Jusbaire, Buenos Aires, 2019, págs. 53/57. GARCÍA MANSILLA Manuel José y RAMÍREZ CALVO Ricardo, “Las fuentes de la Constitución Federal”, prólogo de Fernando N. Barrancos y Vedia, edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, págs. 15/27.

⁴ SECO VILLALBA José Armando, “Fuentes de la Constitución Argentina”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 188. Alberdi desarrolló su pensamiento en el capítulo XVI de las “Bases” donde escribió: “La legislación civil y comercial argentina debe ser uniforme como ha sido hasta aquí. No sería racional que tuviésemos tantos códigos de comercio, tantas legislaciones civiles, tantos sistemas hipotecarios, como provincias”.

⁵ LEVAGGI Abelardo, “Manual de Historia del Derecho Argentino”, edit. Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 40, destaca que luego de dictada la Constitución Nacional se siguió la orientación norteamericana; la idea de crear un Poder Judicial independiente surgió desde los inicios del movimiento emancipador, como se desprende del Reglamento de la Junta del 10 de noviembre de 1811.

⁶ Artículo 163 incisos 5 y 6 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.



Unidos dicta legislación sobre numerosos temas que exceden el ámbito del **common law**, dando espacio al **statute law**⁷. Como dichos Estados se rigen por una Carta Magna escrita, desde sus inicios se desarrollaron teorías para interpretar el articulado, en especial a causa de las enmiendas que se fueron agregando, teorías a las que adhirió la Corte federal cuando resolvió casos sometidos a su control sobre la constitucionalidad de las leyes. Esa labor hermenéutica fue acompañada por una abundante doctrina que enriqueció los textos, doctrina y jurisprudencia, ha sido invocada más de una vez por nuestros propios tribunales, debido a coincidencias de criterios, y dada la similitud con los artículos de la Constitución Nacional⁸.

Valga de ejemplo analizar los casos más importantes que fueron resueltos a raíz de la crisis de Wall Street donde se establecieron ciertas pautas extraordinarias de interpretación destinadas a regular ese fenómeno. El plan del presidente Roosevelt para afrontar esa grave contingencia, denominado **New Deal**, contenía diversas medidas legislativas que dieron lugar a planteos de naturaleza constitucional y llegaron a los más altos estrados⁹, pues se comprometían los términos de la Enmienda V sobre la protección de la libertad individual y la propiedad privada. Ante la emergencia económica provocada por variados factores, predominó finalmente la tesis proteccionista que por razones de orden público restringió la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, siempre que la emergencia fuese transitoria¹⁰. Superadas esas dificultades financieras, se recuperó la confianza en las instituciones hasta que la Segunda Guerra Mundial impuso grandes sacrificios de carácter excepcional. De todas maneras, aunque las circunstancias históricas difieran, todavía subsisten en las sentencias de los magistrados argentinos las citas de autoridad de las decisiones del máximo Tribunal de Norteamérica¹¹.

II.- EL REALISMO JURÍDICO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO

Sin tomar en consideración a la metafísica como la disciplina que trata del ser, surgió una escuela que propuso limitar el análisis del derecho desde la perspectiva de los hechos acaecidos en la vida real. Martín Heidegger (1889-1976) sostenía que la ciencia es la teoría de lo real. Se

⁷ La Corte norteamericana a veces restringió las facultades legislativas del Congreso, en cuestiones políticas que podrían afectar a garantías constitucionales sobre la base de principios jurídicos.

⁸ El decreto del Poder Ejecutivo Nacional del 2 de marzo de 1869 encomendó traducir al castellano las obras de los juristas Whiting, Pomeroy, Paschal, Cushing, y Lieber. Los considerandos de ese decreto alegan que “la similitud entre nuestra constitución y la de los Estados Unidos de Norte América, conviene a falta de libros originales traducir los comentarios más notables y modernos”.

⁹ BAKMAS Iván, “Los contratos y las leyes de orden público”, edit. ad-hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 78 y sgs. donde expone el tema. A partir de 1937 el presidente Roosevelt logró que la Corte respetase su política.

¹⁰ Causa “Home Building & Loan Association v. John H. Blaisdell”, fallo que se publicó en “Supreme Court of the United States”, October 1933, book 78, edit. The Lawyers Co-operative publishing company, New York, 1934, págs. 413/452. Esta importante sentencia fue citada por nuestra Corte Suprema en autos “Avico, Oscar c/ de la Pesa Saúl” (Fallos 172:29) y en autos “Peralta, Luis Arcemio c/ Nación Argentina” (Fallos 313:1513), entre otros. El plan de Roosevelt finalmente recibió plena adhesión de la Corte en el año 1937.

¹¹ in re “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional” (Fallos 326:417) sentencia dictada el 5 de marzo de 2003 con cita del caso “Perry v. United States” del año 1935, considerando que “durante la Gran depresión, cuando Estados Unidos abandonó el estándar oro como forma de determinar el valor de su moneda”. El Tribunal Supremo recordó también el siguiente juicio de Alberdi: “la interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes”.



intentó abarcar todos los fenómenos físicos y psíquicos dados en el tiempo y en el espacio, mediante una relación entre el contenido de la norma y la realidad social. Tiene orígenes filosóficos en el siglo XVII para dar certeza a las cosas. En el ámbito jurídico se aplica a fin de simplificar la tarea del intérprete y predecir el resultado de un determinado conflicto de intereses.

El surgimiento de la sociología le agregó más elementos para entender los fenómenos sociales y percibir la realidad, siempre fluida y compleja. Los grandes expositores que se adhirieron a esta corriente son juristas de la talla de Oliver Wendell Holmes (1841-1935), Benjamín Cardozo (1870-1938) -ambos integraron la Corte Suprema de los Estados Unidos- y Roscoe Pound (1870-1964), quien se desempeñó durante un trienio como decano en la Universidad de Harvard. Los autores mencionados predicaron a su modo personal la necesidad de describir y explicar la actividad interpretativa en su nación “fundada en consideraciones valorativas”¹².

Cardozo decía que el derecho nunca es, sino que siempre está por ser, para agregar que la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es¹³. De modo tal que el Juez procede empíricamente, basado en su experiencia, a fin de declarar el derecho en cada caso concreto, creando una suerte de norma individual. Holmes sostenía que la moral no equivale al derecho, aunque en esta última ciencia se encuentren huellas de la ética; llamaba ley al “cuerpo de dogmas o de predicciones sistematizadas”. Tuvo una notable influencia como autor de su célebre libro “The path of law”¹⁴. Pertenece a Pound la idea de utilizar la sociología como medio para enunciar los principios empleados en la fundamentación de las decisiones judiciales¹⁵.

A mediados del siglo XX se operó un cambio de mentalidad cuando se giró la mirada hacia el análisis económico del derecho privado, en asuntos que involucran a la responsabilidad civil (**torts**), la propiedad y los contratos. La perspectiva se centró entonces en la ciencia de la economía, pues se demostró la utilidad de resolver los conflictos mediante la cuantificación de los montos en juego, según la naturaleza de los casos. En nuestro país tiene seguidores desde un enfoque práctico, aunque solo sea aplicable a los procesos donde se discuten cuestiones patrimoniales.

Richard Posner (1939) perteneció a la escuela del “Legal Realism” dirigida por Holmes, hasta que en el año 1973 elaboró una teoría económica del derecho, adhiriéndose a la filosofía pragmática. Concibió el derecho como ámbito del desarrollo de un cálculo racional. El precursor de esa teoría fue Ronald Coase (1910-2013). Era un destacado investigador del análisis económico del derecho, profesor de la Universidad de Chicago. Los estudios que dedicó a los costos de transacción le valieron el premio Nobel de Economía en el año 1991, una de las categorías más utilizadas dentro de los instrumentos analíticos de los economistas. Comenzó en el año 1960 indagando la forma de indemnizar el monto del daño causado por los accidentes,

¹² CUETO RUA Julio, “El Common Law. Su estructura normativa. Su enseñanza”, edit. La Ley, Buenos Aires, 1957, pág. 117.

¹³ SOLER Sebastián, “La interpretación de la ley”, edit. Ariel, Barcelona, 1962, págs. 64/66. BOBBIO Norberto, “Teoría general del derecho”, traducción de Eduardo Roza Acuña, edit. Debate, Madrid, 1998, págs. 47/51.

¹⁴ ROBBINS Sara, “Law. A treasury of art and literature”, edit. Béaux Arts, Nueva York, 1990, págs. 276/277.

¹⁵ SOLER Sebastián, opus cit. págs. 50/51.



y luego lo hizo respecto de los costos del mercado y de la policía de los contratos¹⁶. Esas investigaciones dieron sus frutos para calcular en los procesos la cuantía del resarcimiento de los perjuicios. El ambiente intelectual que predominó en la cultura estadounidense a partir del año 1970 permitió el surgimiento de otras teorías que desplazaron ese intento de transformar a la ciencia jurídica en una materia extra normativa¹⁷.

III.- RETORNO A LA TEORÍA PURA

Una exposición panorámica sobre el positivismo sería incompleta si se dejara de lado a la teoría pura del derecho que elaboró el jurista Hans Kelsen (1881-1973). Después de visitar a la Argentina en el año 1949, donde dictó varias conferencias, su pensamiento tuvo amplia divulgación en los medios universitarios. Ese libro se presentó como una “Introducción a la problemática científica del derecho”¹⁸. Carlos Cossio advirtió en el prólogo que en esa “Introducción” faltaba precisar si el autor identificaba a “La Teoría pura del derecho” con la lógica jurídica o si “acaso reducía la Lógica jurídica a su limitado papel de Lógica con la posibilidad de coordinarla a una ciencia empírica del Derecho”. Hecha esta importante salvedad que desató toda una polémica, resulta menester ahondar en el pensamiento neokantiano de Kelsen, independientemente de otros libros escritos tiempo más tarde durante su prolongada estancia en el país de Norte de América donde ejerció la docencia. Una sencilla razón lo justifica: esa obra fue utilizada como manual de enseñanza de filosofía del derecho en cursos universitarios de graduación¹⁹.

Esta teoría fue creada como fiel expresión del positivismo jurídico, “depurada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural”. El autor describió el funcionamiento de las normas dentro de la estructura piramidal del ordenamiento, sin ninguna pretensión metafísica, y en esa descripción eludió caracterizar a la norma básica fundamental, como lo reconoció Kelsen tras profundizar el examen de esa estructura. Escindió del contenido de un precepto de cualquier clase de valor, incluso el valor Justicia, ya que en él predominó el escepticismo, pues pensó que era un ideal inalcanzable. De ahí que fuese innecesaria la consideración de la realidad económico-social para aplicar el derecho, ciencia incompatible con

¹⁶ SOLA Juan Vicente, “Constitución y Economía”, edit. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 911, autor que considera la prevalencia de la doctrina de la nueva propiedad, pág. 421. RICHARD Efraín Hugo, “La economía del derecho, la realidad y la empresa bancaria”, en ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, “Derecho y realidad”, Buenos Aires, 1990, págs. 205/240.

¹⁷ Remito al lector a la síntesis brindada por JESTAZ Philippe y JAMIN Christophe, “La doctrine”, edit. Dalloz, París, 2004,

tercera parte págs. 265/300.

¹⁸ KELSEN Hans, “La teoría pura del derecho”, prólogo de Carlos Cossio, traducción del alemán por Jorge G. Tejerina, 2ª. ed., edit. Losada, Buenos Aires, 1946. El original fue publicado en dicho idioma el año 1934.

¹⁹ IRIBARNE Héctor Pedro, “Acerca de la enseñanza del derecho. Limitaciones que impone la dogmática. Cauces para su superación”, en UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, cit. tomo III, “¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?”, pág. 269.



la sociología, pues esta solo es descriptiva. ¿Entonces, cómo aplicaba los artículos del Código Civil de Austria -su país natal- aprobado el año 1811, de clara filiación iusnaturalista?²⁰

Sostuvo que “la norma hace las veces de **esquema** de interpretación”, porque creyó que solo la norma es “el objeto de conocimiento específicamente jurídico”, sin que se deba tomar “en consideración el fin perseguido”. Agregó: “la legalidad de la norma es propia de su substrato de sentido” y no cabe “admitir el sentido del **deber ser** diferente del **ser**”. Aquí se da una aporía que carece de solución en dicha tesis mecanicista encerrada en una figura geométrica para eliminar la posibilidad de toda valoración. Martín Laclau apuntó que Kelsen propuso librar el derecho del concepto de Justicia para sustituirlo por el de legalidad²¹.

A continuación sirva de ejemplo reflexionar en torno al acto jurídico bilateral. Cuando se examina el contrato, como institución propia de los negocios de mercado, pronto se advierte que su existencia en el mundo es anterior a las normas que lo regulan según sus elementos constitutivos. Los códigos formulan una definición, tratan su objeto, su causa, la forma y los efectos, además de presentar las distintas categorías que se hallan comprendidas en la noción abstracta que enuncian. Después de repasar todas las disposiciones legales, la esencia del contrato se mantiene tal como es de práctica en la vida negocial, sin desmentir el aforismo según el cual “todo contrato nace para ser cumplido”. Puede acontecer que una de las partes incumpla lo prometido, generando las consecuencias regulares previstas por el legislador. Mediante un enfoque especulativo, el régimen legal del contrato brinda seguridades a los interesados en su ejecución para que ejerzan acciones judiciales relativas a su cumplimiento forzado o destinadas a obtener la indemnización de los daños. Es una regla convencional dotada por la ley de fuerza obligatoria. Ello significa que respecto al contrato se superponen el **ser** (naturaleza) y el **deber ser** (imputación). La clave se encuentra en el consentimiento de las partes, quienes coinciden en una declaración de voluntad común.

IV.- LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL

Múltiples y diversas opiniones giraron sobre el tema de la interpretación de las normas jurídicas como se ha visto²². Resta considerar si la escuela clásica del derecho natural mantiene todavía la vigencia que tuvo desde el siglo XIII bajo la premisa que el derecho es lo justo. Fundador de esta corriente cristiana fue Santo Tomás de Aquino (1225-1274) desarrollada en la “Suma Teológica”. El aquitense enunció la definición de la Justicia con las siguientes palabras latinas: “constans et perpetua voluntas ius suum uniuersis tribuens”. Añadió que la “Justicia es el hábito según el cual se dice que alguien es operativo según la elección de lo justo”. Inspirado en un texto bíblico del “Deuteronomio” sostuvo que la Justicia objetiva es **rectitud esencial** (**essentialiter rectitudo**) equivalente a la noción de derecho. En su creencia,

²⁰ WIEACKER Franz, “Historia del derecho privado de la edad moderna”, traducción de Francisco Fernández Jardón, edit. Aguilar, Madrid, 1957, pág. 309 el Código A.B.G.B. (“Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch”).

²¹ LACLAU Martín, “Conducta, norma y valor”, edit. Astrea, 2ª. ed., Buenos Aires, 2021, págs. 61/67.

²² El Anuario de Filosofía Jurídica y Social perteneciente a la Asociación Argentina de Derecho Comparado, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, en el número 34 presentó una serie de trabajos sobre los “rumbos actuales de la hermenéutica” escritos por Martín Laclau, Roberto J. Walton, Luis Román Rabanaque, Daniel Lesserre, Esteban Lythgoe, y Francisco Díez Fischer.



“la Justicia es la propia rectitud que se constituye acerca de las cosas exteriores que son usadas por el hombre ... implica una ordenación hacia el fin debido y a la ley divina, que es la regla de la voluntad humana”²³.

En Occidente este pensamiento tradicional sigue representando el ideal de la unión entre el derecho y la Justicia, ambas nociones incorporadas al acervo cultural que a medida del transcurso del tiempo va enriqueciéndose con nuevos aportes²⁴. A modo de síntesis: se percibe con claridad que el iusnaturalismo refleja en los asuntos humanos el orden del cosmos, que es lo justo natural, y que tiene por finalidad la paz social²⁵. Mientras se sustente esta convicción, en el fondo la hermenéutica de las normas continuará una línea de pensamiento basada en la metafísica.

V.- CONCLUSIÓN

Una respuesta positiva a todas las consideraciones de los acápites anteriores está prevista en el Código Civil y Comercial sancionado el año 2014 sin pretensiones filosóficas: brinda pautas hermenéuticas a fin de tener “en cuenta la finalidad de la norma” (artículo 1º). Esas pautas jurídicas, servirán de guía al intérprete, consisten en ponderar los principios y los valores (artículo 2)²⁶. En cuanto sean merecedoras de atención, nada obsta aplicar criterios propios respecto de las transformaciones sociales que sobrevengan en el futuro.

²³ TRUYOL Y SERRA Antonio, “Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes a la baja Edad Media”, 4ª. ed., edit. Revista de Occidente, Madrid, 1970, págs. 341/355.

²⁴ BORDA Guillermo A., “Reflexiones en torno a la interpretación de la ley”, El Derecho tomo 2 pág. 1074. CASARES Tomás D. “La justicia y el derecho”, 3ª. ed., edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974. QUINTANA Eduardo Martín, “Legislación e interpretación: ¿una relación controvertida?”, en Prudentia Iuris, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina n° 89-junio 2020, págs. 163/177. HERRERA Daniel, “El orden natural y la ley natural: su conocimiento y reconocimiento”, en Prudentia Iuris cit. n° 61-junio 2006, pág. 137. ROSSI Abelardo F., “Aproximación a la justicia y a la equidad”, edit. Educa, Buenos Aires, 2000.

²⁵ SANZ Carlos R., “La respuesta del derecho natural clásico a los desafíos del siglo XXI”, en UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA opus cit., tomo III, “¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?”, pág. 32.

²⁶ conf. MARTÍNEZ RUIZ Roberto, “La interpretación judicial de la ley y la seguridad jurídica”, en ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, “Anales”, año XXIX, 2ª. época, n° 22.