

## UNIDAD CUATRO

### LA APLICACIÓN DEL DERECHO

#### 1. *La aplicación espontánea del derecho*

Existe un cumplimiento espontáneo del ordenamiento jurídico. El derecho se *aplica* espontáneamente sin que, en la mayoría de los casos, los sujetos *tomen conciencia* de que se están comportando de acuerdo al derecho. El derecho se cumple ordinariamente en virtud de múltiples factores, entre ellos: por su obligatoriedad moral, por hábitos sociales, por convicciones políticas, o por temor a la sanción.

Los sujetos *ajustan* su conducta a normas preestablecidas. En estos casos la persona *aplica espontáneamente* el derecho. Además de esta aplicación espontánea, tenemos la aplicación del derecho a través de los *órganos del Estado*. Así, el juez al dictar sentencia *aplica el derecho* al caso concreto sometido a su decisión. El legislador al dictar una ley, *aplica* la constitución. El gobernante, al dictar un decreto, *aplica* la ley.

La *Ciencia Dogmática del Derecho* y el *Racionalismo* concibieron el ordenamiento jurídico como una *ciencia normativa*. Esta ciencia ve el derecho como un conjunto sistemático de normas, es decir de *objetos racionales* aplicables al caso judicial mediante *métodos lógicos*. La aplicación del derecho es vista por lo tanto como *subsunción*. El concepto de *subsunción* opera bajo la forma de un *silogismo*, en el cual la *premisa mayor* es el *supuesto de hecho* de la norma jurídica. La *premisa menor* es el *caso concreto* sometido a decisión, y la *conclusión* es la *consecuencia jurídica* prevista en la norma.

El juez cumpliría una función de mera *constatación* o de *homologación*. En el caso, se trata de determinar si la hipótesis de la ley (*supuesto de hecho*) se *realiza* o *verifica* en el caso judicial.

El método de la subsunción no resuelve la totalidad de los casos judiciales. El juez *presenta* su sentencia mediante consideraciones lógicas y dentro de un esquema de subsunción, pero la *presentación* de la sentencia bajo la forma de un *silogismo*, en realidad es *precedida* de una actividad compleja de: *selección* de las *normas* (premisa mayor), y la *selección* de los *hechos relevantes* (premisa menor) para la solución del caso. Por lo tanto, todo supuesto de *aplicación del derecho*, implica en el juzgador una actividad previa de *selección de normas a aplicar* y de *selección de hechos relevantes a considerar*. Esta selección implica que la actividad de aplicación del derecho es *valorativa* y no *exclusivamente lógica*. Por lo tanto, el fallo judicial no es nunca la conclusión *necesaria* de un silogismo, sino que siempre es una *decisión* que como tal, presupone la posibilidad de optar por *otras* soluciones.

#### 2. *Interpretación*

La aplicación del derecho implica su *interpretación*, e interpretar es conocer por *comprensión* el *sentido* de un signo o un texto normativo. La tarea de interpretación comprende la determinación del *sentido* y la *valoración* que posee cada uno de los elementos consignados en el *supuesto de hecho* de la norma jurídica a los fines de esclarecer la *consecuencia jurídica* que la norma liga al supuesto de hecho. Cuando la norma establece una consecuencia que no está plenamente determinada, es necesaria la adopción de una *decisión* del intérprete. Por ejemplo, cuando el artículo 622 del Código Civil establece que a falta de determinación de interés legal, *el juez determinará* el interés que se deberá abonar. Una vez establecida *in abstracto* la aplicabilidad de una norma

hay que determinar si en el *caso concreto* se realiza o no el supuesto de hecho previsto en dicha norma.

### 3. *Noción de interpretación*

La palabra *interpretación* no expresa un solo concepto. Se interpreta un *texto*, una *obra teatral*, un *concierto*, un *gesto*, una *actitud*. La *interpretación* que nos interesa está centrada en la interpretación de *textos, hechos y conductas* ocurridas o con incidencia en el campo de lo jurídico. Principalmente centrada en la interpretación de *textos: leyes, decretos, resoluciones, reglamentos, sentencias, contratos, convenios, etc.* Interpretar es conocer por *comprensión* el *sentido* de un signo o un texto normativo. Los términos *interpretar* y *comprender*, son, en este sentido, equivalentes. La interpretación jurídica consiste en atribuir significado a un determinado texto normativo.

El legislador suministra un *texto normativo*. Precisamente mediante la *interpretación* podemos determinar su *sentido* y enunciar la *norma*. Debemos ser cuidadosos en no *confundir* norma con texto normativo.

### 4. *Vaguedad y ambigüedad*

El texto, como expresión lingüística puede estar afectado de ambigüedad o vaguedad.

La *vaguedad* constituye una característica propia de la *textura abierta del lenguaje* que se nutre de *términos genéricos* que determinan *duda e inseguridad* acerca de los casos a los que se refiere. El lenguaje jurídico por su natural *generalidad* se nutre de una enorme cantidad de *términos genéricos*, razón por la cual los *términos jurídicos* son *potencialmente vagos*. Conceptos tales como *culpa, negligencia, nocturnidad, abuso, inexperiencia, o habitualidad* constituyen conceptos afectados de *vaguedad*, ya que siempre es posible imaginar un objeto del que no disponemos de criterios para saber si pertenece a la *referencia* de la expresión.

La *ambigüedad* constituye una característica de los *términos* o *palabras* que permite que una misma expresión tenga más de un significado, y que dependa del lector o del *contexto* en que se use el privilegiar una de ellas. Ejemplos de ambigüedad son las expresiones *gato* (como animal y artefacto para cambiar neumáticos), *vela* (acción de velar, objeto para iluminar, accesorio de velero), *luna, grado, etc.*

### 5. *Funciones de la interpretación jurídica*

La tarea de interpretación comprende una serie de actividades diferenciadas:

1. En primer lugar la determinación del *sentido* que posee cada uno de los elementos consignados en el *supuesto de hecho* de la norma jurídica.

Por ejemplo cuando se habla de documento, arma de fuego, escalamiento, etc.

2. En segundo lugar, cuando en el *supuesto de hecho* aparezcan conceptos *indeterminados* la interpretación conlleva una carga de *valor*.

Por ejemplo cuando el artículo 652 del CCyCN establece el derecho y el deber de comunicación entre padres e hijos. El texto legal establece que cuando el cuidado es atribuido a uno de los cónyuges, el otro tiene derecho y el deber de "*fluida comunicación con el hijo*". Todos tenemos una idea generalizada de lo que significa "comunicación" y podemos identificar y distinguir distintos canales plausibles, pero la determinación de

cuando es *fluida* exige una *valoración* y una *decisión* que vendrá dada por las circunstancias del caso.

3. En tercer lugar la interpretación impone la búsqueda del esclarecimiento de la *consecuencia jurídica* que la norma liga al supuesto de hecho.

Por ejemplo, cuando el artículo 10 del CCyCN establece que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, reclama del intérprete establecer el sentido de las expresiones “ejercicio abusivo”, “exceso”, “buena fe”, “moral”, “buenas costumbres”, y sus vínculos con el “ordenamiento” y demás supuestos planteados en el texto, como “supuesto de hecho”..

Asimismo, cuando la norma establece una consecuencia jurídica que no está plenamente determinada, es necesaria la adopción de una *decisión* por parte del juez o intérprete.

Por ejemplo, cuando el artículo 767 del CCyCN establece que a falta de determinación de interés legal, *el juez determinará* la tasa de interés que se deberá abonar.

## 6. Teorías de la interpretación

Existen dos concepciones diferentes acerca del *objeto* de la interpretación jurídica:

### *Teoría cognitiva*

Considera que la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados normativos que son siempre susceptibles de *verdad o falsedad*.

Para esta concepción la tarea de interpretación es siempre una actividad *cognoscitiva*, tendiente a *conocer* lo que el legislador manda. Para la teoría cognitiva, la interpretación debe brindar la *respuesta correcta* contenida en el texto normativo.

La *teoría cognitiva* considera que la interpretación es fundamentalmente un acto de *intelección*. Este acto puede ser exacto o equivocado, y por lo tanto, la sentencia del juez puede estar o no *correctamente* fundada en ley.

Esta teoría guarda relación con la teoría de la sentencia como *subsunción*, de lo que se concluye que si la sentencia es un proceso *deductivo*, su conclusión, sólo puede ser, necesariamente, *verdadera o falsa*.

### *Teoría prescriptiva*

Esta concepción sostiene que la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados normativos que *no son susceptibles* de verdad ni falsedad.

La interpretación jamás es una actividad *cognoscitiva*, sino *prescriptiva o estipulativa*. No existe *nada* a *conocer*. No existe *respuesta correcta* a determinar. Mediante la interpretación se *asigna*, se *estipula* un *significado* al texto normativo.

La interpretación, para la *teoría prescriptiva*, no es un acto de *intelección*, sino un acto de *decisión*. Esto ocurre, al decir de *Sebastián Soler* en el hecho de que la *validez* de la sentencia y su ejecutividad no depende de la exactitud de aquella *intelección*. La sentencia *equivocada también vale* y es ejecutada por los órganos del Estado.

## **7. Interpretación y justa solución**

La interpretación adquiere distinta dimensión cuando se ve el derecho como un conjunto de normas o como un *sistema de justa solución de los conflictos sociales*.

En la concepción *normativista* la interpretación se reduce a la investigación del *sentido* de la norma aplicable.

En cambio, cuando se concibe el derecho como un *sistema de justa composición de conflictos*, la interpretación no se agota en la norma, sino que constituye una operación compleja tendiente a lograr la justicia del caso concreto.

La *aplicación del derecho*, en su paso de lo *general* a lo *particular*, exige la *interpretación* de ese derecho. La función interpretativa no se limita a aclarar términos o expresiones confusas: en contra de lo que afirmaba el adagio romano *in claris non fit interpretatio*, ésta se hace necesaria *siempre*, aún en aquellos supuestos en que el mandato contenido en la norma aparece con toda *claridad* o evidencia. Porque interpretar, en sentido jurídico no es solamente aclarar cuando haga falta sino *captar* en todo caso el *contenido* del precepto para aplicarlo a la realidad, y esta labor de captación es ya interpretativa.

## **8. Métodos de interpretación**

Pero, *¿cuál es el método apropiado?* Se habla de interpretación *gramatical, lógico-sistemática, y finalista*.

No existe "el método" de interpretación, sino diferentes caminos de interpretación que permiten *justificar* la interpretación adoptada. Los denominados métodos de interpretación no son más que herramientas que utiliza el jurista en su proceso argumentativo.

## **9. Criterios de interpretación**

El CCyCN en sus artículo segundo establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Adopta como criterio interpretativo la utilización del método gramatical, el finalista o teleológico, la analogía, los principios y valores jurídicos, la remisión a las disposiciones de los tratados internacionales de los derechos humanos, y como criterio rector el principio de coherencia.

El CCyCN identifica como criterios de interpretación las palabras de la ley, o método gramatical, el recurso a las leyes análogas o método analógico, la remisión a las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos o interpretación lógico sistemática. Pondera así la interpretación *gramatical, lógico-sistemática, y finalista*

El CCyCN establece reglas y criterios de interpretación. El esquema interpretativo es el siguiente:

### **1. Principio de intención común.**

El artículo 1061 CCyCN establece en materia de contratos que deben interpretarse *conforme a la intención común* de las partes y al principio de *buena fe*.

Interpretar el contrato de base a la intención común de las partes implica identificar la *finalidad* que las partes persiguieron con su celebración, más allá de las palabras expresadas en el acuerdo. Con este criterio se busca desentrañar el verdadero alcance de las declaraciones contractuales.

## 2. Principio de buena fe

La buena fe constituye uno de los principios cardinales de del derecho y de la vida en sociedad. Es un principio *abstracto* cuyo contenido se materializa en cada caso particular, es un principio ético fundamental que refiere a los principios de lealtad y rectitud que deben presidir tanto la celebración como la interpretación y ejecución del contrato.

La preservación de la buena fe permite proteger la confianza y la lealtad de las partes, requiriéndoles una conducta responsable y coherente, siendo inadmisibles la contradicción de una conducta jurídicamente relevante previa y propia del mismo sujeto (Artículo 1079 CCyCN). Esta norma recepta uno de los principios inveterados consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que nadie puede colocarse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

## 3. El método gramatical

Los artículos 1062 y 1063 otorgan criterios respecto de la interpretación gramáticas y la interpretación restrictiva de los términos y palabras empleadas. En primer lugar las palabras empleadas en el contrato debe entenderse en el sentido que les da el *uso general* salvo en los casos en que tengan un *significado específico* que surja de la ley, del *acuerdo de partes*, o de los *usos y prácticas del lugar* de celebración. Cuando por disposición legal o convencional s establece *expresamente* una *interpretación restrictiva*, en este caso, debe estarse a la *literalidad* de los términos utilizados.

El artículo 1068 CCyCN dispone que cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos precedentes persistan *dudas*, si el contrato es a *título gratuito* debe interpretarse en el sentido *menos gravoso* para el obligado, y si es a *título oneroso*, en el sentido que produzca un *ajuste equitativo* de los intereses de las partes.

Este artículo abandona el viejo criterio del *favor debitoris*, en función del cual se interpretaba el contrato en el sentido *más favorable al deudor* de la obligación. La experiencia comercial ha demostrado que no necesariamente la parte más débil es la parte deudora. Las grandes empresas, las compañías de seguros y empresas de medicina prepaga, asumen regularmente el carácter de demandados en contratos de adhesión o contratos con cláusulas predispuestas, haciendo valer su posición dominante. El criterio del legislador es el de propender, en caso de duda, al *ajuste equitativo* de los intereses en juego.

Ante el texto, el primer método plausible es el *gramatical*. Consiste en *atenerse* al texto de la ley, a su *sentido lingüístico*.

Esta tarea aparenta ser sencilla en la medida en que cada uno de nosotros al interpretar confiere *sentido* a las palabras y signos. Esa atribución de sentido implica identificar dos representaciones: la del *hecho* o *texto* externos con la *idea* o *proposición* de nuestra mente. Supongamos el texto “*Atención al público en Balcarce 60 Ciudad de Buenos Aires de 8 a 20 hs.*” La actividad interpretativa implica otorgar *sentido* al texto, e identificar el mismo- en el caso- con las ideas de tiempo y espacio existentes en nuestra mente. El otorgar sentido al texto implica que no concurrirémos a otro lugar para ser atendidos, ni lo haremos fuera del horario indicado. La interpretación del texto se halla facilitada por el hecho de que la dirección es fehacientemente identificable en un punto geográfico de la ciudad, y en el hecho de que la *hora oficial* no genera dudas en el intérprete.

Pero ocurre que los *textos normativos* regularmente refieren a un *sentido socialmente válido*, que puede no coincidir con el *sentido de mi experiencia individual*.

Por ejemplo, el artículo 65 del CCyCN establece que a las personas menores de edad sin filiación deberá asignársele un apellido “*común*”.

A poco que pretendamos otorgar sentido al texto mencionado, concluiremos que independientemente del criterio que tengamos acerca de lo que es un apellido *común* no es posible interpretar el texto, toda vez que es evidente que remite a *patrones de valoración sociales* que pueden no coincidir con mi experiencia personal. Por lo tanto, el método gramatical, útil en algunos casos, genera la mayoría de las veces interpretaciones subjetivas o anárquicas alejadas del *sentido social* o uso *genérico* de las palabras.

El *método gramatical* o *de interpretación literal* fue el utilizado por los *glosadores* con relación a los textos romanos. No consideraba la *estructura* del ordenamiento jurídico, y la interpretación se agotaba en la *etimología* de las palabras contenidas en los textos.

La interpretación gramatical, también denominada *filológica*, se contenta con el sentido del *tenor literal* del texto, signándole a las palabras el significado que le otorga su estructura *etimológica*, o modernamente el significado que le otorga el *uso* en el lenguaje.

La regla es, por lo tanto, que en el proceso de interpretación siempre debe recurrirse al *análisis gramatical* o *semántico* del contrato. Los términos así empleados deben tomarse en el *sentido ordinario*, en su *significado corriente*. Cuando las partes discrepan acerca del sentido de las palabras empleadas el intérprete debe atenerse al sentido que les da el *uso general*. Al uso *corriente* de los negocios y de las transacciones usuales. Como excepción, en los casos en que tengan un *significado específico* que surja de la ley, del *acuerdo de partes*, o de los *usos y prácticas del lugar* de celebración, deberá estarse a ese significado. La interpretación de los contratos de acuerdo al uso corriente del lenguaje constituye además la aplicación de los principios de lealtad y buena fe. Quien pretenda darla a las expresiones *otro sentido* o alcance, deberá asumir la carga de la prueba de su pretensión.

#### 4. *Interpretación contextual*

En los artículos 1064 y 1065 el legislador establece como criterio hermenéutico el deber de recurrir a la *interpretación contextual*. Las palabras se interpretan así *unas con otras*, no en forma aislada sino sistemáticas, en su contexto general. A los fines de la interpretación contextual debe tenerse en consideración: (a) las *circunstancias* en que se llevó a cabo la contratación, (b) las *negociaciones preliminares*, (c) la *conducta de las partes*,

*antes* – en la etapa de inicio de las negociaciones- *durante*- en la etapa de concertación y ejecución- y *con posterioridad* – en la etapa de conclusión de los efectos del contrato, (d) la *naturaleza y finalidad* del contrato.

La conducta de las partes constituye un elemento interpretativo de relevancia. Es una forma de *interpretación auténtica*, ya que las actitudes de las partes revelan la intención y expresión de voluntad contractual que confieren el real sentido del acuerdo celebrado, más allá de la literalidad de las palabras empleadas.

##### **5. Principio de conservación del contrato.**

El legislador el artículo 1066 CCyCN establece que si surgen *dudas* acerca de la eficacia del contrato, debe estarse a la interpretación que preserve y conserve los efectos del contrato. Y se resultaren *varias interpretaciones posibles* debe estarse al que posibilite el alcance más adecuado del objeto del contrato. Las expresiones dudosas deben ser interpretadas en contra de quien las formuló, porque el uso de cláusulas oscuras o dudosas no se compeadece con los principios de lealtad y buena fe.

##### **6. Interpretación analógica**

El recurso del argumento por analogía permite resolver un caso no previsto por el ordenamiento jurídico, aplicando la solución prevista por el legislador para *otro caso*. La analogía opera mediante la *comparación* de dos *supuestos de hecho*, el supuesto de hecho *no regulado* y el supuesto de hecho *regulado*. Toda vez que ambos supuesto son *semejantes pero distintos* deberán evaluarse los elementos *relevantes* de uno y otro caso a fin de considerarlos *semejantes* y aplicarles a ambos la *misma* solución normativa.

El argumento por analogía es aquel que sobre la base del conocimiento de que dos o más objetos son *semejantes* respecto de una serie de *propiedades*, y que uno de ellos posee, además alguna *otra* propiedad, se afirma en la conclusión que el o los objetos restantes *también poseen esa otra* propiedad. No es una *conclusión lógica* sino una *comparación*.

La validez del procedimiento analógico depende ante todo de dos factores: Deben presentarse, en lo posible, muchos casos *de* para ampliar la base de comparación. La validez de una analogía depende esencialmente de la *elección del punto de comparación* y de la determinación de las características comparadas.

Esta elección no se basa tanto en el conocimiento racional, es una *decisión*, y por lo tanto, el ejercicio del *poder jurisdiccional*, lo que en la mayoría de los casos ocurre sin reflexión.

La analogía se funda en la *decisión*, más o menos fundada del decisor de que las notas comunes verificadas entre ambos objetos son *esenciales* o *relevantes*.

Si bien esta *afirmación de correspondencia* puede gozar de un cierto o un alto grado de *verosimilitud*, carece de *seguridad*, por lo que el argumento analógico nunca deja de ser *probable*, pero *jamás seguro*.

##### **7. Interpretación histórica y finalista**

La interpretación *histórica* implica recurrir a trabajos preparatorios, discursos parlamentarios, informaciones públicas, cuyo examen puede arrojar luz sobre el

auténtico sentido de una norma. Es criticable porque estos materiales solo pueden *confirmar* los resultados de la interpretación obtenida por otros medios.

También tiene carácter meramente auxiliar la interpretación *finalista* o *teleológica*, que consiste en contemplar el precepto desde el punto de vista de los fines que con el mismo se propone el ordenamiento jurídico.

Finalmente cabe hablar de una interpretación *objetiva* y otra *subjetiva*. La primera pretende investigar la *voluntad de la ley*, y la segunda indagar acerca de la *voluntad del legislador*.

#### **8. Método del realismo norteamericano**

Desde una vertiente *pragmática* el realismo norteamericano propone interpretar el derecho abandonando las abstracciones de la lógica y ver el derecho como un conjunto de reglas puestas a disposición del juez para la resolución del caso.

Para *John Gray* una ley por sí sola *no es derecho* mientras no haya sido *aplicada* por los tribunales.

*Oliver Wendell Holmes* expresó que "*La vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia*". Si se desea conocer el derecho debe mirárselo como lo mira el *hombre malo* quien se preocupa sólo de las consecuencias adversas que tal conocimiento le brinda. El derecho no es más que la *predicción* acerca de la conducta probable de los tribunales.

#### **9. El método de interpretación de Kelsen.**

Para *Kelsen* los métodos antes mencionados se formularon con la pretensión de ser *el* método de interpretación para la obtención de la *respuesta correcta* a través de un procedimiento *intelectual*.

A diferencia de ellos, *Kelsen* afirma que la interpretación no es un acto intelectual sino un acto de *voluntad*, la interpretación constituye una decisión *política* del juez.

Para *Kelsen* siempre que se pasa de una norma de grada superior a una norma de grada inferior, siempre que se realiza un acto de *creación* y *aplicación*, se *interpreta*.

Las normas siempre tienen un cierto grado de *indeterminación*. Esta indeterminación puede ser *intencionada* cuando por ejemplo una ley de seguridad nacional deja a la autoridad de aplicación las medidas a aplicar en un caso concreto.

Pero la indeterminación puede ser también *no intencionada*, motivada por la necesaria *vaguedad* del lenguaje.

Por ejemplo cuando el legislador usa expresiones tales como "*inexperiencia*", "*buena fe*", "*temeridad*", etc.

Por lo tanto para *Kelsen* las normas dejan al juez siempre un *marco de posibilidades* debiendo el juzgador *elegir* una de ellas al interpretar.

De allí la afirmación de que todo acto de creación y aplicación constituye un acto de *interpretación*, y que toda interpretación es un *acto de voluntad*, una decisión *política* del juez que elige una entre *varias* posibilidades que le otorga la norma.

#### **10. La lógica de lo razonable**

En realidad, no existen razones para preferir un método a otro. Hay que manejar el *logos* de lo humano, la *lógica de lo razonable*. El juez, ante una norma debe preguntarse

por las *razones* que llevaron al legislador a dictarla, de modo que llegue a la conclusión más justa para resolver el problema planteado.

Los jueces no siempre pueden deducir automáticamente una decisión a partir de una norma general. Deben interpretar las normas jurídicas y *elegir* entre interpretaciones rivales. Para tomar una decisión *acceptable* en su interpretación, debe *justificar su decisión* acerca de la interpretación de la norma.

.