

***Estrategia judicial
en el derecho privado.
La interpretación
jurídica relacional***

Dr. Juan Ignacio Prola

Juez de Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto

Introducción

El artículo que sigue es producto de la coincidencia entre la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, mis investigaciones sobre estrategia judicial y el venturoso encuentro con dos libros riquísimos: «La interpretación de la Ley» de Enrique Marí, y «Função Social Da Dogmática Jurídica» de Tercio Sampaio Ferraz Jr. En el curso de mi nota se citan otras obras que fueron consultadas para su redacción, pero el eje central de la reflexión que propone tiene su genealogía –ya por acuerdo, ya por contradicción– en estos dos estudios.

Las investigaciones a las que estoy aludiendo intentan –aún desconozco con qué suerte– formular una teoría y una praxis de la estrategia judicial. Admitir la posibilidad de la existencia de una estrategia judicial importa un quiebre con la idea moderna del juez como máquina impersonal expendedora de fallos. En la visión estratégica el juez no es inocente ni impersonal, se hace cargo de su condición humana con todo lo

que ello implica, *la justicia estratégica es una justicia humana*. Admitir la posibilidad una estrategia judicial es también reconocer que el poder judicial no es neutral. Lejos de serlo, su sentido histórico y político significa una clara toma de posición en favor del programa ideológico/constitucional que su propia figura encarna. En la visión estratégica el juez está siempre comprometido, aún cuando no tome partido. De lo dicho se desprende que todo el enfoque que proponemos está hecho desde la mirada del magistrado y apunta a facilitarle su trabajo, de donde debemos reconocer su eminente fin práctico.

Sin la pretensión de agotar la lista, la noción de *estrategia judicial* puede desarrollarse en los siguientes niveles:

1. Como estrategia política general de un Estado en relación al Poder Judicial;
2. Como estrategia del Poder Judicial en cuanto a la manera de alcanzar sus objetivos específicos;
3. Como estrategia de los jueces y tribunales para el caso concreto, y dentro de ésta:

- a. Como estrategia en relación al proceso;
- b. Como estrategia en relación a la decisión.

El presente trabajo estará circunscrito a esta tercera acepción en la segunda de sus variantes, sin perjuicio de que pueda referirse ocasionalmente y por estrictos motivos de necesidad argumentativa a las otras.

Por otra parte, en sentido estricto, llamamos «estrategia judicial»¹ a la ordenación de las herramientas con las que cuenta un magistrado, para obtener de su uso un mejor aprovechamiento, con el objetivo de resolver el conflicto con la mayor justicia posible. La estrategia judicial, como anticipamos, puede estar relacionada al proceso o a la decisión, y las herramientas con las que cuenta el juez son de distinta índole, pero siempre se trata de guías prácticas para la solución de la cuestión traída a su conocimiento.

Tanto la decisión como el proceso merecen una mirada estratégica desde el

juez, ya que toda la estructura judicial debe propender –entre otros objetivos– a la solución de los conflictos y al mantenimiento de la paz social, tales fines pueden ser alcanzados tanto a través de la decisión que se tome en un caso, como a través de las distintas herramientas procesales con que cuenta el magistrado para intentar resolver el entuerto por vías alternativas (por ejemplo, la audiencia del art. 19 del Código Procesal Civil de Santa Fe; o las audiencias obligatorias establecidas en el CCCN cuando la presencia de menores en el proceso, etcétera.).

Dado que la estrategia judicial está pensada desde el finalismo jurídico, las herramientas estratégicas con las que cuenta el juez pueden clasificarse en normativas, sociológicas y axiológicas. Esta clasificación atiende al rasgo sobresaliente que define la herramienta de que se trate, pero en modo alguno –como veremos en el decurso de este estudio– el elemento destacado excluye la presencia en la misma herramienta de los otros dos órdenes. El presente estudio queda acotado a

un instrumento correspondiente a la primera de las clasificaciones, ya que nos referiremos a la interpretación jurídica en relación a las nuevas pautas establecidas en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, es decir, habremos de observar herramientas expresadas en normas, de donde la dogmática puede ser un instrumento útil para nuestros propósitos. A esta interpretación la hemos calificado de relacional, pues, como veremos en su momento, la estrategia judicial no admite interpretaciones en abstracto, sino en relación a una conducta, acción o circunstancia concreta traída a conocimiento del juez.

Estos instrumentos sólo tienen validez dentro del campo del derecho privado estableciendo ciertos patrones o estándares de interpretación, que pueden ser útiles cuando nos enfrentamos a casos difíciles. La razón es que los patrones o estándares operan como vectores a partir de los cuales observar la causa y dirigir la decisión. ¿Es lo mismo «causa» que «caso»? No a nuestros fines, ya que el caso es lo que

el juez debe resolver y está vinculado a la estrategia para la decisión, mientras que la causa es el proceso en el que el caso se ventila y está vinculado a la estrategia para el proceso. Pero sin perjuicio de estas diferencias, lo cierto es que la adopción de estos patrones por el CCCN –arts. 1 a 3–, convirtiéndolos así en derecho positivo, le da rango normativo a la cuestión.

En tanto, la adopción del finalismo como pauta de interpretación jurídica de los jueces –que en el código anterior había quedado reducida a la cuestión del abuso del derecho, tras la incorporación de la figura al art. 1.071 por la ley 17.711– significa un notorio cambio ideológico en la legislación civil argentina. Ahora, el finalismo es una directriz que atraviesa todo el derecho privado, incluyendo el derecho laboral.

El planteo de la cuestión

La mirada estratégica del derecho no es nueva, está en el pensamiento integrativista de Miguel Ángel Ciuro, y tiene

base epistemológica en la Teoría General del Derecho. No nos proponemos, en consecuencia, crear nada nuevo, sino en todo caso, un cambio en el ángulo de la mirada del universo jurídico, lo que quizá nos permita una reordenación de sus elementos. Pero esta mirada no quiere un cambio por el mero cambio, sino que apunta a la situación concreta con que se enfrenta el magistrado. Lo que significa: admitiendo las cosas tal como se nos presentan en la realidad de los casos que se ventilan en los tribunales, y no cómo nos imaginamos que deberían presentarse.

En este orden de ideas, el derecho puede ser entendido como la estrategia de una sociedad con el fin de preservar las relaciones entre sus miembros, promover la paz, permitir el desarrollo, en suma, propender a la mayor felicidad existencial de los individuos y grupos que la componen. Una estrategia, dijimos, es la ordenación y utilización más efectiva de un conjunto de elementos que obran en determinadas circunstancias a fin de conseguir un determinado propósito. En con-

secuencia, la idea de objetivo o meta no es ajena nuestro estudio. El derecho, así entendido, deja de ser solamente un instrumento de control social, para convertirse también en una vía de promoción y reconocimiento de prerrogativas de grupos minoritarios o marginales, o sectores sociales sometidos imposibilitados de acceder a un mejoramiento de sus condiciones existenciales, si las circunstancias se dejan libradas al egoísmo del mercado.

Esta estrategia de la sociedad, el Derecho, tiene muchas herramientas de las que puede valerse y ha ido creando otras a lo largo de los siglos. Desde nuestro punto de vista, la dogmática jurídica es una herramienta tecnológica de la que puede servirse el juez². Más aún en la versión del autor brasileño, quien vincula directamente a ésta con la decisión judicial. Quizá sus expectativas respecto a la dogmática sean un tanto exageradas, ya que en el decurso de su obra puede advertirse que debe recurrir algunas veces a elementos que, por definición, quedan fuera de la dogmática. Pero para noso-

tros, la Dogmática Jurídica es una entre las herramientas intelectuales con que cuenta el juez para sustentar su decisión. Cuenta con la virtud de cerrar el sistema jurídico, lo que en ciertas circunstancias puede ser de suma utilidad en la práctica judicial.

Ahora bien, para considerar a la Dogmática en estos términos, debemos admitir una realidad: el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho es relativo, pues tiende a estandarizar situaciones que rara vez se corresponden. Esto esconde en el fondo una verdad, que la aplicación del precedente jurisprudencial para resolver el proceso es, en realidad –y más allá de que lo usemos para dar el efecto de solidez argumental–, un prejuizgamiento del caso hecho por jueces que jamás intervinieron en la causa. Vale señalar, ya que andamos por la región dogmática, el cccn no enumera a la jurisprudencia ni entre las fuentes (art. 1º) ni entre las reglas de interpretación (art. 2º).

La noción de derecho como estrategia se parece a un rizoma que se ha veni-

Claves Judiciales

Estrategia judicial en el derecho privado
La interpretación jurídica relacional

do expandiendo silencioso a lo largo de los siglos y que empieza a echar brotes recién ahora, y todavía de un modo un tanto confuso y errático. Está en las enseñanzas de Ihering, cuyo finalismo, tan criticado por el positivismo y su academia, ha sido tan útil a los magistrados. También su formulación de la Dogmática Jurídica, ya que ésta es impensable sin el jurista alemán. En este sentido también parece ser el modo en que lo entiende Aldo Schiavone, cuando estudia históricamente «la invención del derecho en Occidente». Pero esta es una cuestión que desborda los límites de este trabajo.

En lo que aquí interesa, también parece estar presente en el método del Código Civil y Comercial de la Nación, como directiva estratégica nacional en la fórmula que establece el Capítulo I – Derecho, de su Título Preliminar. Incluso, el derecho así comprendido puede ser visto como la estrategia de la sociedad argentina para la realización del ideario contenido en el preámbulo constitucional. Porque, ¿cómo podrían, si no, lograrse los objetivos de unir a

la Nación, defenderse mutuamente las Provincias, alcanzar la unión de los argentinos, afianzarse la justicia, promoverse el bienestar de la población y asegurarse los beneficios de la libertad, si no existiera el ordenamiento jurídico? Esta idea de ordenamiento jurídico, de sistema, es una idea de la dogmática.

Hay un punto en que no estoy seguro si acuerdo con Sampaio Ferraz, sobre los alcances totalizadores que le da a la dogmática. Cuando se refiere a que los otros poderes del estado (los llama administradores y legisladores) señala que ven al derecho con otras estrategias y que estas miradas son parciales. La idea de fin está implícita en la idea de estrategia, una estrategia se despliega para conseguir un objetivo –de ahí que en este plano nada es inocente–; desde este punto de vista, si bien podemos coincidir que las miradas estratégicas de los otros poderes del estado puede ser diferentes en cuanto los objetivos inmediatos que persiguen el político y el legislador, en modo alguno podemos considerar que tales

miradas al derecho sean parciales, a diferencia de los especialistas (poder judicial) –según lo sugiere–, quienes a través de la Dogmática Jurídica tienen una mirada totalizadora.

El Poder Legislativo dicta la leyes, si alguien tiene una visión global del sistema jurídico, ese es el legislador ya que es el padre de todas las leyes. Ahora bien, es cierto que la norma nace de la pluma del legislador, y para el dogmático esta norma es el derecho, luego, el derecho sale de la pluma del legislador. Más esta pluma, con sus idas y venidas, con sus vacilaciones y convicciones, no puede ser caprichosa, no tiene el poder de imponer su voluntad de modo total y absoluto, comprensivo de la entera realidad jurídica. Esto se debe a que la norma que dicta la autoridad legislativa no puede contradecir los valores constitucionales, a los que indefectiblemente debe someterse el legislador. He aquí la diferencia entre legislador y constituyente.

Por otra parte, las herramientas que necesita el poder administrador para

llevar a cabo sus políticas son de eminente rango jurídico, ya que no se supone la actuación de ningún órgano administrativo sin que tal actuación tenga como sustento el ordenamiento jurídico vigente. Si el agente público actúa en el ejercicio de sus funciones sin sustento en el ordenamiento jurídico vigente, entonces no está actuando en ejercicio de sus funciones sino en abuso de ellas, es decir, fuera del derecho.

Si entendemos al Derecho como una estrategia social, debemos aceptar que los tres poderes del estado han sido dispuestos para desarrollar justamente esa estrategia social, con el fin de alcanzar los valores constitucionales. Luego, no hay modo que, en un sistema cerrado como el que propone la dogmática jurídica, pueda haber una mirada al derecho que no lo abarque en su totalidad, ya que cada uno de sus elementos –sean estos de la naturaleza que fueren– trae implicado todo el resto de la estructura sistemática. Como consecuencia, en ningún momento el funcionario que actúa puede dejar de verse como una parte de ese todo

que tiende, en cada uno de sus actos, a la consecución de ese fin superior plasmado en la Constitución Nacional. Más aún si tenemos en consideración la directiva finalista del nuevo Código Civil y Comercial –que como vimos no está dirigida sólo a los jueces–, y los reiterados fallos de la Corte Suprema de la Nación en cuanto que los Jueces –pero esto puede válidamente extenderse al resto de los funcionarios públicos– no pueden desentenderse de las consecuencias de sus decisiones, ya que esas consecuencias deben ser siempre la realización del programa constitucional.

En todo caso, el poder judicial es el ojo controlador de que se observe siempre esa estrategia, para evitar el desvío y alcanzar en la mayor cantidad posible de casos los objetivos propuestos en la Constitución Nacional –tanto en los valores del Preámbulo, cuanto en el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en el cuerpo normativo–, pero no podemos de ningún modo pensar que sólo al juez le cabe una mirada integral del sistema jurídico. Si según la

dogmática el derecho es un sistema, lo es siempre y en toda ocasión.

No obstante la observación del párrafo anterior, el enfoque que proponemos apunta principalmente a ser de herramienta práctica útil a los jueces en la realización de su función estratégica. Será también el punto de vista con que enfocaremos nuestro análisis de los tres primeros artículos del Código Civil y Comercial de la Nación.

El Título Preliminar del CCCN desde la estrategia judicial

El Título Preliminar esboza el sistema del todo el Código y tiene un innegable valor estratégico, ya que fija las pautas que habrán de respetar los magistrados en el campo de la aplicación e interpretación del derecho³. ¿Estas pautas son sólo para los jueces? No en mi opinión, aunque sea la mirada de éstos la que ahora nos interese, ya que a diferencia de lo que ocurría con la ideología liberal que imperaba en el Código de Vélez, el nuevo Código dedica el

Claves Judiciales

Estrategia judicial en el derecho privado
La interpretación jurídica relacional

Capítulo 3 de este Título Preliminar a regular el «Ejercicio de los derechos», es decir, la manera en que el titular de una prerrogativa debe ejercerla, dejando así en claro que esta sección apunta al fin estratégico perseguido por el ordenamiento jurídico, ya que el ejercicio de la prerrogativa reconocida por las leyes tiene por límite el objetivo propuesto al sancionarse la norma.

Distingue este título, además, entre el Derecho y la Ley. Algo impensable para la mentalidad jurídica imperante en la época de Vélez, quien claramente identifica ambos términos. En el nuevo código la ley es sólo una de las expresiones del derecho, la más importante, sin duda, pero sólo una.

Básicamente, este título da las directrices sobre las que se asienta todo el sistema jurídico privado, señalando un claro límite al imperio de la libre voluntad de los individuos, ya que la subordina al bloque constitucional. Por primera vez desde 1853 una norma establece un orden de jerarquías poniendo el interés de todos (bloque constitucio-

nal) por encima del interés particular de un individuo o un grupo de ellos. Esto se ha dado en llamar constitucionalización del derecho privado, e importa un notorio cambio ideológico que afecta necesariamente el ámbito jurídico. En ninguno de los Códigos de Vélez Sársfield se cita la Constitución.

En efecto, en la ideología liberal imperante en 1853, la Constitución regía los aspectos de la vida pública, pero casi no se inmiscuía en lo privado, salvo para reafirmar su carácter (art. 17, de la Constitución Nacional). El Código Civil regía el ámbito del derecho privado, y casi no se inmiscuía en lo público, salvo para delinear sus límites. La propiedad privada, en consecuencia, adquirió un carácter absoluto, reflejado en el Código de Vélez, art. 2513, norma que permitía al propietario degradar y hasta destruir la cosa. Debió llegar la ley 17.711, para morigerar esta facultad expresamente reconocida en la ley.

Pero esto cambió con la reforma constitucional de 1994, ya que al incorporar los derechos de incidencia colec-

tiva (arts. 41 y 42, Constitución Nacional) necesariamente se debe poner un límite al despliegue de lo privado. De otro modo sería impensable que se les exija a las tabacaleras que anoticien a los consumidores de los efectos nocivos del cigarrillo; o requerirles a ciertas industrias el cumplimiento de normas de higiene ambiental; o permitirle al Estado desarrollar la actividad administrativa del control la apertura de canales clandestinos en las explotaciones agropecuarias de los particulares; etcétera.

La incorporación en el art. 1º del cccn del mandato dirigido a los jueces de conformar sus decisiones al bloque constitucional –Constitución más Tratados–, significa reconocer la subordinación a éste del sistema de derecho privado. Es decir, reafirma la organización piramidal del derecho tan propia de Kelsen. Al reconocer la prioridad constitucional la norma refleja esta estructura, toda vez que el bloque constitucional viene a funcionar como norma de autoridad de la sentencia que se emite, y al hacerlo, se coloca en el

principio y en el fin de juicio. En el principio porque, como vimos, es de donde emana la autoridad del Código Civil y Comercial (art. 75, inc. 12, Constitución Nacional); en el final, porque todo el derecho privado debe estar orientado a tornar efectivos los derechos y garantías constitucionales y a la realización de los valores propuestos en el preámbulo de la constitución. Es decir, el bloque constitucional funciona también como objetivo o meta hacia la cual se debe aspirar en cada caso concreto. De ahí la directiva teleológica.

Tras reconocer la subordinación del derecho privado al bloque constitucional, el art. 1º manda a tener en consideración la finalidad de la norma, mandato que reitera el art. 2º del ccn, ahora como una directiva de interpretación. Lo que le da al derecho privado un marcado perfil finalista. Pero, ¿qué significa esto? ¿Qué es esta cuestión del finalismo que incorpora el Código Civil y Comercial de la Nación y que quizá sea la modificación ideológica más importante que traiga el nuevo cuerpo normativo, ya que significa un cambio

en la mentalidad jurídica? Es también a través del finalismo donde se valida la noción de derecho como estrategia, porque nada de lo que esté relacionado a ella, como ya dijimos, es ajeno al tema de las metas, fines u objetivos. Por lo que luce prudente a nuestro propósito tratar de entender de qué se trata toda esta cuestión teleológica que se abre ante nosotros.

En mi opinión, el código viene a tomar partido en una discusión que lleva ya más de dos siglos y cuya genealogía conviene tener presente, ya que entramos en un terreno particularmente indócil, el de la teoría de la interpretación jurídica.

La interpretación en el derecho

Kelsen, al realizar su crítica de la teoría de la interpretación jurídica en la última parte de la Teoría Pura del Derecho, señala que pese a todos los esfuerzos de los juristas, no se ha logrado encontrar un método que permita dirimir—desde el punto de vista del in-

térprete, se entiende— entre voluntad (aquello que el intérprete pone de sí en la interpretación) y expresión (sentido que nace del propio objeto interpretado). No obstante las críticas que pudieran hacerse en torno a las categorías de objeto y sujeto sobre las que se asienta todo el aparato intelectual kelseniano, categorías éstas muy cuestionadas en los días que corren, vale apuntar que el modo en que presenta la cuestión pone de manifiesto el problema básico de la interpretación: ¿cuál es límite en que una interpretación deja de ser tal para convertirse en mero capricho del intérprete? Puesto que como bien lo señala el propio Kelsen, todos los métodos de interpretación llevan siempre a un resultado posible, mas no a uno exacto, es decir, al único resultado correcto posible.

Tal vez, pienso, pudiera responderse a esto mediante la noción de «efecto clausura» que propone D. Kennedy, es decir, pensar en que el resultado —fallo— provoque en los beneficiarios de la decisión (producto del método de interpretación) una sensación de sacie-

dad de justicia, con independencia de que efectivamente la justicia se haya logrado en la realidad. En otras palabras: la sensación que se provoca en el universo jurídico de que el fallo que se dicta ha sido lo mejor que se podía hacer para ese caso y no se podría haber dictado otra sentencia con arreglo a derecho más que esa que se dictó, con independencia de que esto sea cierto o no. Este efecto clausura vendría a funcionar como un efecto cinematográfico: el espectador ve caer al personaje desde el piso veinte y siente el vértigo que el persona siente al caer, dando por cierto que esto es lo que siente una persona que está cayendo desde un piso veinte, aunque la caída en la realidad nunca ocurrió.

Esto nos obliga a reconocer la posibilidad de un comportamiento estratégico en los jueces, lo que desbarata el andamiaje del positivismo interpretativo. Para Kennedy, *«el comportamiento estratégico es la elección de trabajar en desarrollar una de las posibles soluciones al problema jurídico en lugar de otra y su propósito es aliviar el impacto*

*que tiene la decisión judicial así concebida en una sociedad dividida ideológicamente»*⁴. De donde es inevitable la pregunta sobre si es posible encontrar un método de interpretación que elimine –o reduzca a su mínima expresión– las posibilidades de arbitrariedad en la interpretación del derecho.

En el esquema interpretativo de Kelsen, para que la decisión alcance el rango de interpretación auténtica requiere, necesariamente, de una cosa juzgada de valor absoluto, lo que se da de bruceas con el ordenamiento jurídico argentino; tampoco puede explicar, por ejemplo, acciones como la de cosa juzgada írrita. Es que si la cosa juzgada puede ser revisada, la interpretación auténtica nunca llega a cristalizarse lógicamente haciéndole perder toda la certeza que busca el sistema.

Por otra parte, su celo en aplicar el método que propone la Teoría Pura –sacar de la ciencia jurídica todo lo que no es derecho– lo lleva por clasificar la interpretación en auténtica y no auténtica, considerando que la interpretación

científica del derecho queda atrapada en esta última categoría. Pero en realidad no hay tal interpretación científica –a la que Kelsen define como el conjunto de las interpretaciones posibles de la norma–, pues la única interpretación posible de la ley está siempre en relación al caso concreto. La propuesta de Kelsen se diluye así en un conjunto de imaginaciones de las posibilidades de la norma en abstracto, en su pura fórmula lógica, pero la norma sin la situación concreta a juzgarse es literatura, papel escrito. En consecuencia, y para usar la propia terminología kelseniana, sólo la interpretación auténtica es interpretación del derecho. Ello no obstante, quise traer la teoría kelseniana –que de ningún modo queda excluida de la noción estratégica del derecho⁵– para señalar que el punto de vista que daremos del fenómeno de la interpretación jurídica coincide con esta categoría de interpretación auténtica del derecho; es decir, la interpretación del derecho que hace el órgano estatal encargado de aplicar la ley. Y para precisar aún más la cuestión diremos que nuestro enfoque estará con-

centrado en la mirada judicial, ya que el juez es el intérprete del derecho por antonomasia.

Como rápidamente puede advertirse, la teoría de la interpretación que propone Kelsen no es tal, se trata simplemente de una clasificación sin mayor interés salvo el teórico, como vimos en el párrafo anterior. Pero sí fue útil su denuncia, ya que abrió los ojos de muchos juristas en relación a la volatilidad de los fundamentos de la interpretación del derecho en la práctica.

Uno de ellos fue Enrique Marí, quien apunta que la interpretación está siempre relacionada a las urgencias argumentativas del hermeneuta, pero que no por esto se debe pensar «*que el dominio de interpretación de la ley sea un lugar indeterminado, azaroso, elástico y laxo en grado tal que sólo predomine la voluntad del intérprete, que cualquier interpretación resulte válida, y donde no existan criterios de ninguna naturaleza. Muy por el contrario, lo que quiere decir es que en el examen del tipo de selección que realiza el ju-*

rista no basta con considerar solamente el vínculo entre el recurso interpretativo y la norma interpretada, sino que hay que atender a una franja más compleja y comprensiva como la estrategia argumentativa global de la que ese recurso es parte integrante, y a otro conjunto de factores que han sido objeto de extensos debates en la teoría del derecho...»⁶.

En la base histórica de esta discusión se encuentran los dos sistemas de derecho que conoce occidente: el del Common Law, basado en las costumbres; y el Continental, basado en la ley. El primero es el producto de una aristocracia que había puesto límite al rey mediante la *Magna charta libertatum* de 1215, es decir, es un sistema jurídico diseñado para mantener las tradiciones y está basado principalmente en la prudencia de los sabios; el segundo es el producto de una burguesía que necesita certeza en las transacciones. Dada nuestra tradición jurídica continental vamos a dejar el Common Law, y a concentrarnos en la cuestión de la interpretación jurídica en el sistema continental. Pero su mención era ne-

cesaria a fin de entender que según el objetivo que se persigue es el derecho que se tiene. Cuando lo que se pretende es que haya certeza en las transacciones, entonces se escriben los contratos y hace evidente la ley a través de su codificación. Luego, se identifica la ley con el derecho. El código se dicta con la pretensión de agotar las posibilidades normativas: «Yo no conozco el derecho civil, enseñó el Código Napoleón». Lo que queda fuera del código no es derecho civil.

Esto, que a primera vista pareciera una cuestión histórica que en nada se vincula con nuestro propósito, veremos pronto que no es así. Ya que en países como la Argentina, el vínculo con el derecho colonial demoró en cortarse, pero se cortó. Vale señalar al respecto que, entre la declaración de la independencia Argentina y la sanción del Código de Vélez, hay un extenso catálogo de leyes patrias –nacionales y provinciales– que intervenían en el Derecho Privado. Así por ejemplo: libertad de vientres y esclavos que entren al país (1813); supresión mayorazgos

—tan propios del derecho español— (1813), enfiteusis (1826); sobre habilitación de edad antes de la mayoría (Buenos Aires, 1824); sobre arrendamientos de campos (Santa Fe, 1837)⁷, entre otras. Lo que posibilita a partir de aquí la construcción un sistema de derecho escrito propio, aún cuando la primera fuente de Vélez al redactar su código fueran las leyes de Partidas, del Fuero Real y de las recopiladas⁸.

Ahora bien, reunidas en un código las leyes civiles, pronto se advirtieron dos cosas: que no todas las situaciones de la vida civil quedaban atrapadas en las normas codificadas (lagunas), ya que es imposible al legislador preverlo todo; que el apego estricto a la letra de la ley (exégesis) podía conducir a situaciones injustas. Sin abandonar el positivismo se buscaron soluciones a estos problemas, una de ellas fue la Dogmática Jurídica. Es decir, tomar la norma positiva como una realidad incontestable —dogma— y proyectar de ella todas las consecuencias e instituciones que se derivan —concepto—. Aparece la noción de sistema jurídico⁹ —un conjunto

ordenado y coherente de disposiciones normativas— y se desarrolla la jurisprudencia de conceptos.

La Dogmática Jurídica es la primera en advertir el valor estratégico del derecho, de ahí la necesidad de observarlo como un sistema; ya que en función de la estrategia social que se pretendía llevar adelante, sería la carga axiológica asignada al concepto.

Así como la dogmática ha caído tan bien a los académicos del derecho, el finalismo, pese a la devastadora crítica de la misma dogmática, ha sido un instrumento muy útil en el plano de la decisión judicial. Lo curioso es que estas dos formas de ver el derecho, que a primera vista parecen tan disímiles, concurren en un mismo hombre: Rudolph von Jhering.

El objeto de la interpretación jurídica desde la estrategia judicial
Las lagunas del derecho, la arbitrariedad de la interpretación y la teoría

de la prohibición de la negación

A primera vista pareciera que el objeto de la interpretación jurídica es la ley, pero si observamos con un poco más de detalle veremos que no es así. Dice Baudrillard, en «Las estrategias fatales», que sólo para satisfacer el ojo del observador la partícula —objeto— finge cumplir con las leyes de la física. Algo similar se puede decir aquí, pues, en el fondo de todas las cosas se nos habla de interpretación de la ley, pero no es la ley aislada lo que se interpreta. En efecto, en el plano de la decisión judicial, lo que se interpreta es siempre una conducta en relación a la ley, no la ley aislada ni la conducta aislada, al juez le toca interpretar una relación, la que vincula la conducta juzgada con el texto legal. Ésta es una relación de adecuación o conformación de la conducta al texto de la norma. Si el juez interpreta que la conducta se adecua a la norma, entonces libera al obligado; de lo contrario, lo condena.

De modo que la interpretación judicial es siempre relacional, pues el derecho

es una disciplina prescriptiva, es decir, no una mirada descriptiva e inocua sobre el mundo que proponen ciencias como la Química o la Sociología¹⁰. El Derecho quiere operar en concreto sobre la Historia, sobre el hacer del hombre, pretende que los seres humanos conformen sus acciones a sus directivas. De manera que nada de lo que se disponga en el plano jurídico puede ser mirado como una mera fórmula lógica, pues sin la pretensión de operar sobre la realidad el Derecho no sería tal. De modo que siempre que nos estamos refiriendo a cualquier cosa referida al derecho, estaremos hablando de una relación entre la prescripción jurídica y la acción humana que ella pretende reglar. Tal es el objeto de la interpretación jurídica desde la Estrategia Judicial.

Esto nos lleva a dos temas vinculados a la Dogmática, el primero de modo positivo, pues a través de ella se puede resolver un falso problema de la ciencia jurídica, el de las lagunas del derecho; el otro, al tema de la arbitrariedad en la interpretación, también vinculado

a la dogmática, aunque de modo negativo, porque es difícil no identificar en algún punto dogma y arbitrariedad. En otras palabras, la Dogmática Jurídica tiene, para el juez un enorme valor de clausura de razonamiento, ya que al remitirse a la norma no tiene que explicar el fundamento de su decisión, pues éste, en última instancia, está en el dogma, es decir, aquello que se acepta sin juicio crítico.

Empecemos por la primera de las cuestiones enunciadas, ¿qué es el vacío legal o laguna del derecho? El vacío legal es una conducta que no está reglada por el derecho, pero que tiene consecuencias jurídicas. La necesidad de que la conducta que delata el vacío legal tenga consecuencias jurídicas salta a la vista, desde que, si la acción o situación no reglada es inocua al universo de jurídico, si no trae consecuencias para las prerrogativas de alguien, carece de toda relevancia la existencia de la laguna y el vacío legal se invisibiliza.

En el lado opuesto de la laguna legal está la conducta violatoria de la nor-

ma que el sistema no logra atrapar, tal como ocurre con violaciones menores que no traen consecuencias jurídicas. Por ejemplo: el artículo 41 de la Ley Nacional de Tránsito 24.449, establece la regla «derecha antes que izquierda», se refiere a prioridad de paso en una encrucijada a la que dos vehículos llegan al mismo tiempo. Es fácil comprobar en cualquier ciudad de la Argentina que diariamente esta regla sufre cientos de miles de infracciones que quedan impunes, ya que cada vez que en una esquina llegan simultáneamente dos rodados, muchas veces ocurre que el que pasa primero es el que circula por la izquierda. Lo que sucede es que no se produce la colisión, nadie resulta dañado ni en su persona ni en sus bienes, por lo que la violación carece de trascendencia jurídica. Pero la norma se viola. De lo dicho se desprende que existen conductas anti-jurídicas que no tienen consecuencias en el plano del deber ser, desde que no constituyen, modifican ni extinguen prerrogativas subjetivas.

Volviendo al tema de los vacíos legales,

cabe señalar que en el Derecho Penal no hay lagunas, ya que si no hay conducta típica no hay delito. Por lo tanto, la cuestión de las lagunas del derecho sólo tiene relevancia, si es que la tiene, en el derecho privado.

Ahora bien, ¿la tiene? Hemos visto que la conducta reveladora del vacío legal debe traer consecuencias jurídicas, esto significa que la actividad no regulada desplegada por agente debe necesariamente modificar o alterar de algún modo el estatus jurídico de otra u otras personas. Por lo tanto, es difícil desde este punto de vista que exista una laguna del derecho, pues la afectación concreta de una prerrogativa jurídica importa, de por sí, la irrupción en un determinado esquema de reglas que tienden a proteger la prerrogativa agredida, lo que de algún modo condiciona la mirada jurídica sobre la acción que en un principio aparecía como ajena a todo el sistema normativo. Si a ello agregamos la cláusula constitucional según la cuál todo lo que no está prohibido está permitido, luego, es difícil que encontremos una laguna en el derecho.

En mi opinión, el tema de las lagunas carece de toda relevancia jurídica, por las razones apuntadas más arriba, y el gran valor de la Dogmática Jurídica fue poner eso en evidencia al cerrar el sistema de derecho. De ahí que no coincido con la mirada de Sampaio Ferraz Jr., en cuanto a que la clausura del ordenamiento que propone la Dogmática se base en la ficción de la ausencia de lagunas. Lo que es una ficción, en mi opinión, no es la clausura del sistema que propone la dogmática sino la laguna del derecho. Es un problema inventado que carece de toda importancia en el conocimiento jurídico.

Pasemos ahora a la segunda de las cuestiones, la arbitrariedad en la interpretación. Este es el tema central de cualquier sistema interpretativo, según se observó al tratar la teoría de Kelsen. Como fácilmente puede advertirse se trata de un problema ajeno a la Dogmática, aunque marca en ella un punto de crisis, ya que incluso ha sido el fundamento del recurso extraordinario por disposición pretoriana, a nivel nacional, y ha sido recogido por los distintos sis-

temas procesales provinciales como uno de los supuestos de procedencia del remedio de inconstitucionalidad o de la casación. (Así, el inc. 3º del art. 1º de la Ley 7.055 en Santa Fe; art. 165, inc. 1º, ap. c) de la Constitución de Jujuy, entre otras). El punto de crisis de la Dogmática que se presenta aquí está en que el dogma debiera excluir toda instancia de interpretación, mas esto es imposible en el plano jurisdiccional, desde que lo que se juzga son conductas en relación a la ley, por lo que jamás se interpreta la ley en abstracto sino siempre en relación a los hechos. Sampaio Ferraz Jr. señala que la principal virtud de la dogmática jurídica es su valor práctico judicial, desde que al tener carácter de técnica todo su andamiaje conceptual está dispuesto para la decisión. Mas resulta que este andamiaje conceptual tiene un nivel de abstracción tal que lo desvincula de la realidad y lo pone en un terreno propio de la lógica formal (esto lo advirtió Kelsen, cuya Teoría Pura es impensable sin la Dogmática). Sucede que sólo enfoca la interpretación de la norma, pero esta interpretación no se da jamás en puri-

dad en la praxis judicial. El hecho es que los jueces no se expiden en abstracto, sino sobre asuntos concretos y actuales (sería absurdo que se llevara adelante un juicio contra Juan Lavalle por el fusilamiento de Manuel Dorrego), lo que hace que la interpretación judicial siempre esté vinculada a una conducta y a las consecuencias de esa conducta.

El principio de prohibición de la negación que acepta la dogmática es refutado por la Teoría Crítica del Derecho, ya que ésta, por propia definición, es exactamente lo opuesto al dogmatismo. Es por eso la crítica de Kennedy a los conceptos, ya que suponen la aceptación axiomática del postulado jurídico que los sustenta. El criticismo resulta una arma poderosa para oponer al status quo del sistema jurídico norteamericano, que se basa en el derecho de los sabios. No sé hasta dónde es aplicable al nuestro sistema continental, donde el dogma no está en el precedente jurisprudencial sino en la ley, herramienta mucho más dócil y maleable y que da una certeza que no se basa en su rigidez.

Esto no significa desconocer los límites de la dogmática, existen cuestiones como la de la validación de la norma que no pueden ser abordadas desde ella, pues trascienden lo jurídico. ¿Qué ocurre en el plano de la interpretación jurídica? Por la instancia de interpretación que necesariamente exige la vinculación de la experiencia al dogma – los hechos vinculados la ley– se filtra inevitablemente la libertad. Libertad es sinónimo de arbitrariedad, libertad es hacer sin por qué. Y la libertad es, además, un idea central en el derecho. De donde se desbarata la dogmática, porque, mal que nos pese –y la estrategia judicial debe inevitablemente admitirlo–, por la libertad se inmiscuye siempre el capricho.

Tengo para mí que el prestigio de la ciencia tiene mucho que ver con el abordaje de la cuestión. Todo lo que viene de la ciencia tiende a ponderar y excluye el ámbito de la libertad, por definición la ley es lo contrario de la libertad; mientras que lo que viene del ámbito de la experiencia y las relaciones humanas tiende a calificar, opera-

ción del todo distinta a la de cuantificación que supone la ponderación e incluye la libre determinación del individuo. Un ejemplo de la vida cotidiana, no importa que un kilo de harina cueste tanta cantidad de pesos –cuestión de ponderación–, sino de que yo esté convencido que ese intercambio satisface mis deseos –cuestión de calidad–, más allá de que después esto resulte o no. Las cuestiones de cantidad tienden a darnos una satisfacción subjetiva en cuanto a la convicción de que existe una equivalencia que se puede matematizar (si se me permite la expresión). De ahí que, convencidos de que dos más dos es igual a cuatro, no ponemos en duda aquello que se nos presente en funciones matemáticas. En el fondo, se trata de la gran paradoja de la ciencia, quiere evitar el principio de autoridad, pero no discute el lenguaje en que se expresa. Ante este grado de satisfacción ficcional que da la ponderación, todo lo que se vincula al ámbito de la calificación tiende a parecer arbitrario, ya que no responde a patrones matemáticos. Esto lo podemos percibir cualquiera de los ejercemos la función

judicial en el ámbito civil cuando tenemos que valorar el daño moral. No hay juez –ni sentencia– que en algún momento no tambalee ante la fijación de una indemnización por daño moral. Lo que sucede es que el daño moral es una cuestión de calidad y su indemnización es una cuestión de cantidad¹¹.

De lo dicho se desprende que es imposible evitar la arbitrariedad en la interpretación, la única posibilidad que existe es establecer pautas normativas que tiendan a restringir la libertad en la interpretación a un mínimo. Tal es, en todo caso, la máxima posibilidad que se le presenta al sistema jurídico, ya que siempre en la interpretación se cuelan puntos que carecen de fundamentación racional. Hemos dicho antes que para la teoría de la estrategia judicial sólo hay justicia humana, y el acto de interpretar es un acto humano, hartamente humano. Por lo tanto, no se puede sostener que al tiempo de interpretar la ley el

juez abandone su condición humana, se despoje de su subjetividad y dicte un fallo con absoluta prescindencia de sus preferencias personales, su ideología, sus valores y sus emociones. Pedir esto es pedir que el fallo lo dicte una máquina. Los jueces son mujeres y hombres de carne y hueso, viven en la misma sociedad cuyos conflictos deben resolver, están expuestos a las mismas experiencias, ansiedades, bajezas, dignidades y vilezas que el resto de los mortales. Lo único que los diferencia son sus funciones y sólo en el momento en que las están ejerciendo. En consecuencia, si interpretar es tan propio del ser humano que no puede dejar de hacerlo en ningún momento –Nietzsche–, y en toda interpretación se juega la libertad del interprete y sus propios condicionamientos subjetivos, ¿por qué habría de ser esto distinto en el ser humano que ejerce la función de juez?

Por lo tanto, como vemos, la pregunta

central de la teoría de la interpretación formulada por Kelsen es una pregunta retórica, desde que no hay manera de evitar la arbitrariedad en la interpretación. La opción más razonable es acotarla en cuanto se pueda, y para ello se han creado algunas herramientas teóricas y otras prácticas. Desde la teoría se han elaborado los dos sistemas de interpretación de la ley a los que refiere Marí al comienzo de la obra citada en el exordio: el de la literalidad de la ley y el de la interpretación por los fines de la ley.

El problema que presentan los sistemas teóricos desde la estrategia judicial es que en ambos lo que se interpreta es la ley en abstracto. Mientras que el problema con que se enfrenta el juez al resolver es bien concreto, por lo que se ve imposibilitado de juzgarlo simplemente a través un esquema lógico formal. Otra vez, lo que se interpreta no es la ley en abstracto si-

no las conductas en relación a la ley. Vale observar aquí que en general no hay problemas sobre los alcances del texto de una norma, y que los problemas interpretativos aparecen cuando la conducta juzgada se pone en relación de conflicto con la acción descrita en la norma, y más exactamente, con los confines de esa acción. Es decir, de lo que se trata al interpretar es de marcar las fronteras normativas, los puntos a partir de los cuales la acción deja de ser atrapada por la norma que el magistrado tiene la intención de aplicar o entiende que debe aplicarse.

En punto a la interpretación literal de la ley que ha recibido sanción normativa en el art. 2° de CCCN digamos que, en realidad no es una interpretación, desde que la directiva normativa manda a interpretar la ley por sus palabras, es decir, las palabras por las palabras, lo que la vuelve tautológica. ¿Y qué habría de tenerse en cuenta si no? Si la norma

se formula en palabras, ¿qué otra cosas que las palabras constituye la materia de su interpretación? Cualquier formulación normativa impone la necesidad de interpretar palabras. Leer el texto de la ley es ya interpretarlo, luego carece de sentido mandar a los jueces a tener en cuenta las palabras de la ley para aplicarla, ya que no pueden no hacerlo. Digo, la materia normativa no son los fenómenos físicos, son las palabras, de donde es absurdo pedirle al juez que tenga en cuenta las palabras de la ley para interpretarlas, ya que si prescinde de ellas también prescinde de la norma. En consecuencia, desde la teoría de la estrategia judicial lo que se interpreta según las palabras de la ley, no es la propia ley, sino la acción, conducta o circunstancia que se está juzgado en relación a la ley. Una vez más, la interpretación jurídica judicial es una interpretación relacional.

Lo mismo puede decirse de la direc-

tiva finalista, es la conducta juzgada la que se adecua o no los fines de la ley. Por lo tanto, es ésta relación de adecuación entre la conducta juzgada y los fines de la ley lo que es objeto de interpretación judicial. Los fines de la ley son explícitos, si simplemente bastara con interpretar los fines de la ley, las exposiciones de motivos serían los grandes ejes doctrinarios a partir de los cuales encauzar la decisión judicial. En general, no hay duda ni mayor requerimiento de interpretación de los fines de la ley, ellos suelen ser explícitos y, además, estar apoyados por herramientas normativas útiles al juez al momento de fallar. Por lo tanto, lo que se interpreta a través finalismo es esa relación de compatibilidad entre la conducta/acción/circunstancia juzgada y los fines perseguidos por la ley.

Algunas herramientas normativas prácticas con las que cuenta el sistema de derecho para acotar la arbitrarie-

dad interpretativa de los jueces, además de las directivas enumeradas y que reflejan la discusión entorno a los sistemas teóricos, sin pretender agotar la lista son: la obligación de motivar razonablemente los fallos (art. 3º, CCCN; art. 95, Constitución de Santa Fe, etc.), ya que exige del juez el esfuerzo de argumentación que permite la crítica del recipiendario; los principios protectorios del sujeto que la ley pretende tutelar (art. 9, Ley de Contrato de Trabajo; art. 42 de la Constitución Nacional); las reglas de interpretación de los contratos; la jerarquización del orden público (art. 12, CCCN); las normas que establecen órdenes de jerarquía normativa, como por ejemplo el art. 963, CCCN, etcétera.

La interpretación jurídica relacional y los fines de la ley

La interpretación jurídica relacional,

como vimos, es una forma de interpretación propia de los jueces, quienes jamás interpretan la ley de modo aislado y en abstracto, como los juristas teóricos, doctrinarios y académicos, sino siempre en relación a una conducta atribuida a un agente. De modo que, desde la estrategia judicial, cuando el codificador manda a interpretar la ley por sus fines, debemos entender que tal interpretación se refiere a que la conducta desplegada por el agente se adecue o no a los objetivos perseguidos por la ley. Entre las diversas acepciones de la palabra fin, están la de objetivo o meta perseguidos, y está conformado por una serie de patrones, valores o modelos que la norma tiene de preservar.

No voy a entrar en la antigua discusión dogmática sobre si los fines están impresos en la norma o son metajurídicos, ya que tal discusión es ajena a la naturaleza práctica de este trabajo. Pa-

ra la estrategia judicial, la norma tiene un fin explícito para el cual ha sido dictada. No puede no tenerlo porque la ausencia de objetivo postula en la ley un sinsentido del todo contrario al principio de razón suficiente del Derecho. De modo que no son los objetivos perseguidos por la ley los que se interpretan, dado que éstos están presentes desde el momento mismo de la sanción legislativa de la norma. Lo que ha de interpretarse es la relación existente entre la conducta/acción/hecho que se juzga y los objetivos normativos. Si el juez interpreta que, de acuerdo a la ley, tal conducta lleva a fines ajenos a las metas legales, deberá dictar una sentencia condenatoria, obligando al agente a conformarse a dichos fines. De lo contrario, la conducta queda dentro de la ley, y nada hay que reprocharle al agente: se rechaza la pretensión.

Los fines perseguidos por la ley son valores establecidos en patrones for-

mulados en una relación jerárquica dinámica, ya que no siempre y en toda situación la jerarquía es la misma. Estos patrones o modelos no son más que abstracciones o arquetipos a los que se aspira por considerarlos la sociedad axiológicamente necesarios para el desarrollo armonioso de las relaciones sociales. Por lo que, tratándose el Derecho de una disciplina prescriptiva, todas las normas están orientadas hacia la prescripción de acciones o conductas que tiendan a su realización. Lo que se busca entonces es que las acciones concretas y particulares de los hombres se conformen a estos patrones, de donde estos patrones deben actualizarse en la conducta y no en la ley. En la ley ya están –explícitos o implícitos–, pues de otro modo no podrían ser exigidos ni cabría admitir la posibilidad de un desvío de ellos. Una vez más, lo que se interpreta –no otra cosa es juzgar– no es la ley por sí sola y en abstracto, lo que se interpreta

bajo la lupa teleológica es la relación existente entre la conducta del agente y las metas normativas.

Ahora bien, ¿estos modelos son siempre iguales a sí mismos? Sí, básicamente están expresados en el programa constitucional, pero también existen leyes que señalan sus objetivos particulares, aunque ninguno de éstos puede entrar en colisión con los primeros. Las conductas concretas que comprenden y a través de las cuales se realizan los patrones, ¿son siempre las mismas? No, ya que la valoración de la conducta se hará de manera contemporánea al fallo, por lo que esta valoración se corresponderá con la mirada que esa generación tenga sobre esa conducta. Un ejemplo. El art. 19 de la Constitución Nacional establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan a la moral ni al orden público están exentas de la autoridad de los magistrados. Está

claro que el objetivo de la norma es otorgarles a los hombres que habiten el suelo argentino las mayores posibilidades de realización de su libertad personal en todos sus aspectos, pero no al punto de convertirse en un libertinaje absurdo que atente contra la moral y el orden público. Nadie duda que tal sea el fin de la norma constitucional, pero es más que obvio que aquéllo que se considera como tolerable por la moral y el orden públicos hoy es muy distinto a lo que se tenía por tolerable en 1853. Por lo tanto, conductas que un juez de entonces habría considerado repugnantes a la moral pública, hoy pueden ser un valor respetado y buscado por la sociedad: por ejemplo, la efectiva igualdad de derechos entre mujeres y hombres.

Epílogo

Para cerrar esta nota, y tras el bosque-

Claves Judiciales

Estrategia judicial en el derecho privado

La interpretación jurídica relacional

jo doctrinario de la interpretación jurídica relacional, cabe hacer notar la importancia que tienen los conocimientos psicológicos y sociológicos para el magistrado de nuestros días. No estoy diciendo con esto que los jueces deban ser psicoanalistas o sociólogos, sino que un acercamiento a tales disciplinas es más que recomendable para cualquier juez con preocupación por su trabajo en los días que corren. Ya que no se puede desconocer que el juez ha dejado de ser una máquina expendedora de fallos, para tener la necesidad de responder al compromiso social que asumió el día de su juramento. El perfil de magistrado que vemos no es, como se dijo en el exordio, es el de un juez neutral, en nuestra opinión no existe la neutralidad judicial. Sí la imparcialidad, pero eso es otra cosa. Tan lejos de la neutralidad como de la demagogia, el juez está puesto en su lugar con el compromiso de realizar el programa constitucional, de encauzar las conductas particulares y relaciones entre las personas hacia los valores contenidos en la Carta Magna. ■

CITAS

¹ PROLA, JUAN IGNACIO. «Estrategia Judicial» en *INVESTIGACION Y DOCENCIA*. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Consejo Asesor de Investigaciones. Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Rosario, Año 2013, N° 46, págs.179 y sgtes.

² Un tema de investigación pendiente es si la teoría zetética del derecho, que Sampaio Ferraz entiende como complementaria de la dogmática jurídica, es útil o no al magistrado como herramienta estratégica, desde que está tiende a la pesquisa y no a la respuesta, como la dogmática. Tal vez, puede ser útil a la hora de evaluar la prueba o la conducta de las partes en el proceso, pero habría que ver hasta dónde es compatible con ello.

³ LORENZETTI, RICARDO LUIS. *CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION comentado*. Tomo I, pág. 25.

⁴ KENNEDY, DUNCAN. «Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation», 1996. <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Strategizing%20Strategic%20Behavior%20in%20Legal%20Interpretation.pdf> También su traducción por Guillermo Moro en *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Duncan Kennedy, Siglo XXI Editores, 2010.

⁵ La estrategia jurídica incorpora a la teoría de Kelsen dentro del catálogo de recursos para análisis normativo.

⁶ MARÍ, ENRIQUE. *La interpretación de la ley*. Eudeba, Bs. As., 2014, pág. 17.

⁷ LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL*, T. I, pág. 189.

⁸ LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, Op. Cit., T. I, pág. 214.

⁹ Una coincidencia. Tanto Sampaio Ferraz como Marí dan cuenta que la idea de sistema en el campo del Derecho fue traída de la música y de la astronomía.

¹⁰ Incluso, partir de la física cuántica, no sé hasta donde son también ellas inocuas, pero tomemos la ciencia en el sentido tradicional para graficar lo que se dice.

¹¹ No es éste el lugar para tratar el tema, pero esa cuestión de la relación entre calidad y cantidad que se establece en no pocas instituciones jurídicas -por ej., daño moral, indemnización por incapacidad sobreviniente, valor de la vida humana, valuación económica del trabajo intelectual, etcétera- es un tema que también debe abordarse desde la estrategia judicial.