

## *Hermenéutica jurídica y la trascendencia de la palabra\**

Por Ángela C. Pinacchio

### 1. Introducción

En este prelude haré mención de las nociones básicas para tener en cuenta durante la lectura de esta monografía. Luego especificaré la hipótesis a sostener durante su desarrollo y el marco teórico correspondiente a esta orientación. A continuación, cómo se estructurará esta disertación hasta llegar a su conclusión final, así como la metodología a utilizar.

La hermenéutica es la teoría de la interpretación o arte de la interpretación. Como tal, rompe con un paradigma al reemplazar la razón por el lenguaje; es decir, el logos pasa a ser lenguaje.

Las palabras son significados que se adquieren a partir del uso dado; por ello, no es un espejo de las cosas y tiene una orientación pragmática. Atento a esta advertencia, lo que interesa del lenguaje no es lo que tenga de privado sino de público.

¿A qué llamar contexto? Según el diccionario de la Real Academia Española, “contexto” deviene del latín *contextus* y tiene distintos alcances. Uno se refiere al entorno lingüístico del cual depende el sentido y el valor de una palabra, frase o fragmento considerados; otro indica el espacio físico o de situación, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el cual se considera un hecho; etcétera. Me quedo con los dos sentidos reseñados en esta oportunidad.

La importancia de apelar al significado de “contexto” deviene de aproximarnos someramente a la hermenéutica; pues, sus exponentes han entendido que en el lenguaje existe un sentido pragmático, que tiene relación con un contexto del que extraemos el significado que cada quien le da.

De ahí el término *polisemia*, pues los varios sentidos del lenguaje surgen del contexto y de allí el uso que le deparamos a los vocablos.

Quiero anticipar que es un tema sumamente complejo, pues las palabras son en sí ambiguas.

¿Cuándo nace el derecho? Podemos identificar su simiente cuando unos hombres y mujeres se hallen en conflicto y, en vez de resolverlo por la fuerza, deciden por la paz<sup>1</sup>.

Desmitifiquemos, también, el aparente punto negativo de la persuasión.

“Desde el nacimiento de la civilización, nunca antes el hombre tuvo tantos elementos electrónicos para comunicarse y, paradójicamente, muchas veces no logra establecer sintonía con sus contactos interpersonales”<sup>2</sup>. Ahora bien, detectar que

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> “Cuando la palabra se sitúa en el medio de los hombres, es en ese momento en que se convierte en instrumento de la paz” (Aristóteles).

<sup>2</sup> Fernández, Jorge O., *La expresión oral*, Bs. As., Belgrano, 1999, p. 11.

nos encontramos en la era de la imagen y los medios de comunicación; es una reflexión que renueva la atención sobre el tema de la hermenéutica y la posmodernidad, aunque no sea específicamente el aspecto a abordar en este trabajo.

La palabra “hermenéutica” deriva del vocablo griego *hermeneuo*, aludiendo al dios Hermes, que clarificaba ante los humanos los mensajes de la divinidad, oficiando de mediador.

En este trabajo sostendré que, en realidad, la hermenéutica jurídica no es una disciplina científica y que el fin último de su empleo por los profesionales del derecho –defensores, acusadores y jueces– es lograr precisar, a posteriori, la estrategia legal o su consecuente género discursivo con objeto a la persuasión.

Existen distintas posiciones epistemológicas sobre lo que es el conocimiento. Dentro de una posición, en principio, “criticista” –en el sentido de no aceptar afirmación alguna, sin ponerla en estudio previamente–; planteo el tema de hermenéutica jurídica como objeto de estudio y de interés personal.

La inquietud por este trabajo surgió tras la lectura de un artículo de Linares Quintana, que a continuación cito: “*Hermenéutica jurídica* es la disciplina científica cuyo objeto es el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos. De donde queda en evidencia el error en que incurre quien pretende sustituir el término *interpretación* por el de *hermenéutica*, o viceversa, en la equivocada creencia de que se trata de vocablos sinónimos... La aplicación de la norma jurídica exige antes su interpretación... Corresponde distinguir la *interpretación* de la *integración*. Interpretar es desentrañar el sentido del texto; integrar es algo más: es determinar su extensión y significado dentro del ámbito plenario del derecho”<sup>3</sup>.

¿A qué llamo “disciplina científica” o “conocimiento científico”? Entiendo que el conocimiento científico es un conjunto de conocimientos verdaderos y probables metódicamente fundados, sistemáticamente organizados respecto de las esferas de conocimiento<sup>4</sup>.

Ahora bien, “*la técnica no es un instrumento neutral en las manos del hombre, que podría usarla tanto para el bien como para el mal; la técnica tampoco es un acontecimiento accidental en Occidente. Según Heidegger, la técnica consiste en un resultado lógico de aquella evolución por la cual el hombre, olvidando al ser, se ha dejado atrapar por las cosas convirtiendo la realidad en puro objeto que hay que dominar y explotar. Esta actitud no se detiene siquiera cuando, como ocurre hoy en día, llega a amenazar las bases de la vida misma, y se ha convertido en actitud omnívora*”<sup>5</sup>.

Cuando apelo al término “herramienta o técnica” lo insinúo para confrontarlo al hecho de que sea la hermenéutica un conocimiento científico, pues su objetivo no sería hallar la anhelada certeza en la interpretación de la norma jurídica.

---

<sup>3</sup> Linares Quintana, Segundo V., *La interpretación constitucional*, JA, 1960-I-49, secc. doctrina.

<sup>4</sup> Castex, A., *Curso de filosofía –para la enseñanza secundaria y diversos cursos en las universidades e institutos del profesorado secundario–*, Bs. As., Carlos Lohle, p. 85.

<sup>5</sup> Reale, Giovanni - Antiseri, Darío, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. III, Madrid, Herder, 1995, p. 526.

De este modo, afirmaré que es el acto preliminar o preparatorio al armado del discurso jurídico, por lo que el hermeneuta jurídico –sin estar ajeno a sus presuposiciones– debe lograr un fin puntual e imperativo.

El método a implementar para la demostración de estas afirmaciones es el de continuas preguntas, apelando a Gastón Bachelar. Este autor refirió que es necesario romper barreras para poder conocer.

Ahora bien, el conocimiento científico avanza mediante continuas rupturas epistemológicas, según el autor citado. Es decir, de graduales rectificaciones de errores precedentes, superando los esquemas teóricos convencionalmente aceptados.

Sin embargo, dichas rupturas no son pasos fáciles de dar, ya que siempre se encuentran con resistencias o reacciones que impiden el avance científico.

Bachelar llama “obstáculos epistemológicos” a los que ponen piedras para el avance de nuevas ideas, por generar hábitos intelectuales arraigados, es decir, teorías científicas que funcionan como dogmas. Los avances, precisamente, se producen venciendo estas resistencias y prejuicios, mediante continuos interrogantes.

El diseño de esta disertación es simple, de acuerdo con su extensión, y se remite, en principio, a los primeros trabajos sobre la hermenéutica –en general– para adentrarnos a la importancia de la palabra como pilar de: la argumentación, la retórica y, en definitiva, del tema que nos incumbe en esta presentación. Luego, reflexionaré sobre la hermenéutica jurídica –propriadamente dicha– de acuerdo con su empleo, tanto en la defensa técnica como en la actividad judicial.

## **2. Antecedentes relevantes y principales exponentes de la hermenéutica**

Los inicios “oficialmente” reconocidos dentro de la comunidad académica sobre la teoría de la hermenéutica datan de la segunda mitad del siglo XX.

Pese a la acotación anterior, se reconoce que existieron trabajos que pueden citarse, como antecedentes o precursores: 1) entre 1768-1834, con F. Schleiermacher, pastor alemán que intentó quitar subjetividad a la interpretación de los textos sagrados; 2) otros afirman que la hermenéutica nace en el Renacimiento y que su antecesor sería Giordano Bruno (1548-1600), pues se fijó como objetivo recuperar las obras clásicas para obtener el sentido original de ellos; 3) aunque también podría sostenerse que el origen de la hermenéutica se encontraría en el movimiento impulsado por Martín Lutero, pues intentó democratizar los textos sagrados (es decir, traducirlos al idioma alemán y acercarles a los fieles el mensaje de Jesús con la mayor precisión posible a los textos sagrados); 4) así como hay quienes sostienen que su origen se halla en la jurisprudencia, remontando sus inicios en el derecho romano.

Ahora bien, en la segunda mitad del siglo XX encontramos a Heidegger con sus trabajos en relación con la ontología (hermenéutica de la facticidad)<sup>6</sup>.

Al decir de Heidegger, el hombre es el ente que se plantea la demanda acerca del sentido del ser, es decir, que se halla siempre en situación, arrojado en ella, y en

---

<sup>6</sup> “La vida sólo se deja explicar si es vivida, al igual que también Cristo sólo empezó a explicar y a mostrar cómo las Escrituras enseñaban acerca de él, precisamente cuando resucitó de entre los muertos” (IBD Kierkegaard, Diario 15, IV, Op. Heidegger).

relación activa con relación a ella. El “estar ahí” nunca es una simple presencia y por lo tanto siempre es una posibilidad que hay que actualizar. Dentro de esta visión, la existencia es “poder ser” proyecto y trascender hacia el mundo.

Un punto a destacar –desde esta perspectiva– es que el hombre está implicado en el mundo y en sus vicisitudes; por consiguiente, al transformar el mundo se forma y se transforma a sí mismo.

Siguiendo con estos lineamientos generales, precisamos que Heidegger advierte de las expresiones o manifestaciones humanas una especial atención al cuidado sobre las cosas y el otro; esto hace posible las relaciones entre los hombres.

Recordemos, entonces, que el hombre se encuentra siempre en una situación determinada y la afronta con su proyectar. Por lo que el hombre se sirve de las cosas, las utiliza y establece relaciones con otros hombres.

Considero, por lo brevemente expuesto, que Heidegger dio a la teoría de la hermenéutica, que luego desarrollara Gadamer, el puntapié inicial. Pese a ello, la teoría de la hermenéutica tiene un extenso desarrollo, que principió con la interpretación de los textos sagrados y en el seno de las controversias teológicas que surgen con la reforma.

Apelando a Dilthey, la hermenéutica es un conjunto de principios o técnicas, de naturaleza filosófica que habría que situar en la historicidad del hombre. Sin embargo, Heidegger entendió que la hermenéutica es la dimensión intrínseca del hombre y no un instrumento a disposición de él.

Por otro lado, Gadamer es reconocido exponente en el tema que abordo en este trabajo. El autor, en el año 1960, publicaría su obra más célebre: *Verdad y método*. Parte del concepto de “círculo hermenéutico” que diera Heidegger. En este círculo se oculta la posibilidad del conocer más originario; de este modo, el propósito de la interpretación “*consiste en no dejarse imponer nunca pre-disponibilidades, previsiones y pre-conocimientos por parte del azar o de las opiniones comunes, sino hacer que emerjan desde las cosas mismas, garantizando así la cientificidad del tema específico*”.

Gadamer también refiere a la misión del intérprete como de tomar de una vez y para siempre un objetivo y no apartarse de él “*superando todas las confusiones que provengan de su propio interior. Quien dedica a interpretar un texto, siempre está actualizando un proyecto*”. Dice ello, pues entiende que el intérprete se acerca no como una tabla rasa, sino con una pre-congnición, prejuicios y preocupaciones de las que surgen expectativas iniciales con relación al texto y su proyección<sup>7</sup>.

El primer acercamiento al texto es sobre el sentido que puede extraerse inmediatamente de él y, de esta manera, el hermeneuta esboza el significado de un todo o totalidad. El intérprete es el que diga si posee este u otro significado; luego se contrasta el texto con el bosquejo –en un examen posterior– y termina por definir si ese bosquejo es más o menos cercano a lo que el texto original expresa.

---

<sup>7</sup> Reale - Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. III, p. 557.

En definitiva, habría dos acercamientos al texto y en función de las perspectivas, precogniciones y prejuicios del sujeto intérprete, por lo que las interpretaciones sobre un mismo texto, y de sujeto en sujeto, pueden variar.

En efecto, quien interpreta se enfrenta a la posibilidad de equivocarse por las presuposiciones que se hacen sobre el texto que no se ven confirmadas por el objeto. Por ello se exige un examen continuo sobre él.

El intérprete debe esforzarse en reconocer y ser consciente de sus prejuicios y ante el primer intento de esbozo exteriorizar los posibles caminos que puedan surgir de él. De aquí el primer reconocimiento a la “alteridad” del texto, a la cual, debe manifestarse abierto el hermeneuta.

### 3. El lenguaje

Las personas, en general, tienen conciencia de lo que es la norma y la propiedad; porque están como elementos insertos en la cultura. La diferencia entre estas personas y los profesionales del derecho es que estos últimos montan con tecnicismos el discurso, por el que traducen la situación particular en un caso legal.

Múltiples son las fórmulas que ciñen los derechos (v.gr., “como lo haría un buen padre de familia”), las cuales no dejan margen a las variaciones particulares y son puntos iniciales para comenzar una argumentación o discurso cargado de sentido ideológico.

La “ciencia jurídica” toma el lenguaje cotidiano para el desarrollo de un lenguaje técnico, lo mismo que el profesional, que toma la problemática cotidiana para hacer de éste un conflicto legal (Pierre Bourdieu, *La fuerza del derecho*).

Ihering dice que el pueblo desconoce de cuestiones abstractas de la llamada “ciencia jurídica”; sin embargo, por ello, en tanto el “derecho” no sea lesionado, no se conoce y cuando la afectación del interés jurídicamente protegido se produce la injusticia se manifiesta “poniendo la verdad en claro y las fuerzas en todo su apogeo” (Von Ihering, *Lucha por el derecho*).

Atentos a estas reflexiones iniciales, debemos introducirnos en lo que la palabra representa en la comunidad. Ella es la simiente de la retórica, de la argumentación y de la hermenéutica, sin el cual, éstas no podrían o no tendrían razón de ser.

La palabra es la expresión de una idea o cosa que está en la mente. Voz, vocablo, término, dicción son sinónimos de ella.

El lenguaje es el medio del que nos valemos para expresar ideas y puede ser hablado, escrito o por señales o gestos. No se ha podido determinar cuál es el idioma primitivo de España (ibero, vasco, celta o celtíbero). Es decir, que son múltiples los orígenes de nuestra lengua.

Se encuentran presentes en el lenguaje castellano distintos elementos.

a) Del latín. Pues, los romanos lo introducen en la Península en el 206 antes de Cristo; pero no el latín clásico de escritores como Cicerón, Tito Livio, Virgilio y Horacio, sino el de agricultores, plebeyos de carácter vulgar. Este latín, modificado diver-

samente por la lengua o dialecto propio de cada región, da origen a otras tantas hablas neolatinas o romances.

b) Del griego. Luego, los inventos que van surgiendo y otras manifestaciones piden las voces del griego para ser designados, como ser cinematógrafo, periscopio, filatelia, hemeroteca, entre otras.

c) Del árabe. Identificamos muchas que comienzan con el prefijo “al”, como ser, almirante, alguacil, alquiler y otras, también, del mismo origen, como arroba o aduana.

d) Del hebreo. Las percatamos en voces de religión (v.gr., fariseo, querubín, pascua, rabino).

e) Elementos híbridos. Son voces cuyos componentes provienen de diversas lenguas (p.ej., del castellano y del griego puede citarse la palabra televisión, así como del árabe y del latín el término almena).

f) Elementos onomatopéyicos. Tratan de reproducir sonidos de la naturaleza, como ser los términos “chispazo”, “chapotear” o “chicharra”.

g) Elementos americanos. Contribuyó con no pocas voces que se refieren a su naturaleza, productos y actividades aborígenes (v.gr., cacique, caimán, huracán, cancha, chala, choclo, guanaco, poncho).

h) Voces históricas. Son las que vienen del nombre de personajes, lugares o hechos célebres (p.ej., pergamino, guillotina, cervantismo, bayoneta).

i) Luego contamos con léxico de otras lenguas, como ser el francés, italiano, inglés y alemán. Muchos son los términos para ejemplificar en este sentido, como ser blusa, bloque, fútbol, folleto, alerta, camión y dosel, entre otros.

A la gramática le corresponde el estudio del conjunto de reglas para hablar y escribir correctamente un idioma. Las disciplinas que se encuentran en ella son: 1) ortología o, también, fonética (prosodia), que enseña a pronunciarlas; 2) analogía, que instruye sobre cómo formarlas y clasificarlas; 3) sintaxis, que enseña a ordenarlas; 4) ortografía, que enseña a escribirlas.

*“Sin embargo, no es suficiente el estudio exclusivo de la gramática para hablar bien una lengua, porque ésta es un arte y el arte sólo se llega a poseer a fuerza de práctica o ejercitación constante”<sup>8</sup>.*

Como hemos visto, el lenguaje castellano es complejo y amplio, como también los cursos discursivos que pueden surgir de su empleo.

Wittgenstein define o entiende al lenguaje como un conjunto de nombres de cosas y personas unidos por el aparato lógico-sintáctico (que serían conectores –vgr., y, o, si, entonces–)<sup>9</sup>. *“Evidentemente, si el lenguaje se concibe así, comprender se reduce a dar explicaciones ...ostensivas, tipo de definición que postula aquella serie*

<sup>8</sup> Ragucci, Rodolfo M., *El habla de mi tierra*, Bs. As., Instituto Salesiano de Artes Gráficas, 1983, p. 4 a 6.

<sup>9</sup> Este autor sentó las bases para el neopositivismo con su obra *Tractatus logico-philosophicus*, publicado en 1921.

*de actos y procesos mentales que deberían dar cuenta del paso desde el lenguaje a la realidad*<sup>10</sup>.

Sin embargo, Wittgenstein reconoce la existencia de juegos lingüísticos como distintas variantes de signos, palabras o proposiciones y por lo tanto esta actividad no se supone de una vez y para siempre. Al contrario, es un ejercicio permanente en la vida.

La palabra, como tal, tiene un significado que se define en el uso dado y dicho empleo depende de reglas. Por analogía, implicará ceñirse a un mandato de carácter público. De este modo, el lenguaje actúa sobre un transfondo de necesidades humanas, en la determinación de un ambiente humano.

La filosofía analítica inglesa recibe el nombre de “filosofía del lenguaje” y se desarrolló en Cambridge y en Oxford, donde hubo un magnífico empeño en su estudio, distinguiendo el lenguaje ordinario del uso ordinario del lenguaje.

Desde la Escuela Analítica de Oxford, Austin señaló la importancia del estudio del lenguaje en su totalidad, para no pasar por alto lo que éste puede enseñarnos de sus expresiones. Si existen esas expresiones, es porque han sido exigidas, exhortó Austin. Verbigracia, en el lenguaje ordinario se hallaron setenta expresiones que indican responsabilidades –es decir, grados de atribución y distribución de la culpa, del deber de responder ante otro—. Con el estudio del lenguaje podemos detectar expresiones lingüísticas que no sólo dicen algo, sino que al tiempo las concretamos<sup>11</sup>.

Paralelamente, se desarrolló en otro centro académico, el Weiner Kreis, o Círculo de Viena, una perspectiva diferente a las escuelas de Oxford y Cambridge. Esta óptica involucró el estudio del lenguaje religioso, metafísico, político, estético e historiográfico.

Desde el Weiner Kreis se diferenció el lenguaje ordinario de otros usos del lenguaje, a través de un principio llamado “de verificación” y que fue duramente criticado.

Con relación a la ética, los neopositivistas no prestaron mucha atención; sin embargo, hubo autores que se dedicaron al estudio de las emociones. Por ejemplo, Russell, concluyó que los valores escapan del campo del conocimiento.

La posición de Wittgenstein en el *Tractatus* nos resulta de interés en este trabajo, pues afirma que la ética es algo que no se puede decir científicamente; en cambio, se muestra y se da testimonio de ella por el modo de vida. Proponer una ética es rebelarse contra los límites del lenguaje. Podemos ver la ética reflejada en el modo de vida.

Por otro lado, la ética es un tema de interés en todo debate jurídico, por cuanto el derecho es una especie de la ética junto a la moral. El respeto por los derechos humanos es una “ética de mínimos”; por ejemplo, la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reseña en su Preámbulo “que todo deber de orden jurídico presupone otro de orden moral que le da sustento y fundamento”.

---

<sup>10</sup> Reale - Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. III, p. 586.

<sup>11</sup> Reale - Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. III, p. 595.

Por lo que también resulta de interés el lenguaje político que, según afirmaron los filósofos del Weiner Kreis, se halla muy vinculado al discurso moral. Aunque se advierte que su estudio está muy vinculado a la tradición y cultura del pueblo de la Gran Bretaña.

Muchas veces se apela a la historia para indagar en la naturaleza jurídica de los institutos. Por ello rescato esta cita de Namier: “*el historiador es como un pintor y no como una máquina fotográfica*”<sup>12</sup>, es decir, que no reproduce todo lo que ve, por lo que tiene una mirada sobre ella tan subjetiva como personal. Esa mirada es funcional al interés y a la perspectiva del historiador.

A fin de cuentas, existe una tendencia en el empleo del lenguaje que ha sido observado y estudiado por la filosofía.

#### **4. Persuasión y el uso de la palabra en la defensa técnica**

En las ciudades-Estado de la Antigua Grecia, el modo de vida radicó en el uso de la persuasión y no de la violencia.

Efectivamente, un fin del abogado es persuadir y el medio es el de la argumentación. Es decir, argumentamos para sostener una posición y para que finalmente ella sea vencedora en el pleito.

La persuasión es el objetivo de todos los géneros discursivos y se fundamenta en los siguientes: 1) en la credibilidad que inspira el orador; 2) en la evocación de hechos de experiencia en los oyentes y la apelación a sus propias vidas; 3) en la fuerza de los argumentos<sup>13</sup>.

Tulio Cicerón, en su obra *El orador* da una serie de reglas para que el abogado pueda contender de manera efectiva.

La primera de dichas recetas es la invención, que es una técnica para desentrañar la naturaleza del asunto. Acercarse a la causa que nos toca defender (p.ej., contratos, penal, laboral, civil, conflicto entre principios constitucionales).

Es muy importante este primer preliminar, así como importa conocer de manera totalizadora la opinión de mi contrincante y su persona –p.ej., cómo razona–. Aunque interesa, también, determinar cómo el magistrado permite que se expongan los hechos, o si bien no le interesa estar en el pleito. En definitiva, el abogado tiene que observar todo ello.

Es fundamental la invención para descubrir los argumentos que salvarán al cliente.

La finalidad de que el abogado argumente es convencer y las enseñanzas de Tulio Cicerón, en este sentido, no por antiguas dejan de tener vigencia.

El triple método del abogado para persuadir, inclinando al juez en nuestra posición es probar, conciliar y conmovier.

---

<sup>12</sup> Reale - Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. III, p. 605.

<sup>13</sup> Hernández Guerrero, José A. - García Tejera, María del Carmen, *El arte de hablar. Manual de retórica práctica y de oratoria moderna*, Bs. As., Ariel, p. 134 y 135.

“Proporcióname los hechos y te daré el derecho”, dice un viejo adagio. Acto seguido me pregunto dónde se encuentran los argumentos.

La ley, la doctrina, los antecedentes me proporcionarían algunos elementos para argumentar. Aunque, del mismo modo, puedo sustraer del asunto o sus circunstancias fácticas bases para la argumentación y, por obvio que parezca, debo extraer todos los aspectos facilitadores para alegar.

Todo ello es parte de la mecánica de probar; pese a ello, la sagacidad del abogado es importante. Esto significa que pueda ver en lo obvio todos los elementos del caso, que hagan ver evidente sus razones y se sostengan en el veredicto final.

El siguiente componente de la invención es conciliar, con la finalidad de lograr la aprobación del juez al argumento expuesto. Esto es, mostrar la buena voluntad, la honorabilidad de la persona que defiende y la propia, mostrando los aspectos negativos del contrario.

El argumentar puede ejercitarse ordenando los porqués que apoyan un aserto personal cualquiera, poniendo atención en evitar repeticiones de conceptos y contradicciones. El argumento decisivamente está presente cuando se enfrentan los pros y los contras para llegar a un balance o a una decisión final.

Cuando debemos tomar partido o posición sobre un tema surge la argumentación.

Del juego de argumentaciones surgen las objeciones del otro, de lo que pueden surgir nuestras correcciones personales sobre la posición adoptada o, por el contrario, darnos nuevas bases para reforzar nuestra posición.

El juego de argumentaciones es posible dentro de un contexto democrático, de pluralidad de ideas y de libertad personal. Sin estos principios o axiomas no se encontrarán reconocidos, tanto sea el ejercicio de la argumentación, como de la hermenéutica, de la oratoria o retórica, pues ninguno de ellos tendría el ámbito propicio para desarrollarse.

De esta manera, sostengo que la hermenéutica no es una disciplina científica, pues ella es un ejercicio no circunscripto al ámbito jurídico, aunque sí propicio en un contexto de libertad, de democracia y pluralismo político.

Tanto la persuasión como la argumentación se valen de la palabra y ella es un símbolo que representa algo que está detrás y que es manifestativa de las ideas como de las cosas. Es una aspiración expresar con precisión las ideas; por lo tanto, es indispensable que se nos prepare para optimizar la capacidad comunicativa del lenguaje. En función a ello, la retórica es el arte de decir con propiedad.

La palabra tenía en Aristóteles un triple uso: 1) instrumento de comunicación y de transmisión de conocimiento; 2) un poder persuasivo, pues era capaz de movilizar los afectos y las pasiones, y 3) la palabra era, para Aristóteles, la mensajera del destino humano que nosotros identificamos en la tragedia griega.

Por todo esto, recordemos la reflexión de que: *“el derecho nace cuando unos hombres y mujeres se hallen en conflicto y en vez de resolverlo por la fuerza, deciden por la paz”*. De este modo, desmitifiquemos, también —como ya dijimos—, el aparente punto negativo de la persuasión.

Reitero, entonces, que para poder persuadir como un fin del abogado es indispensable la argumentación. Argumentamos para persuadir, para convencer al juez de que tenemos la razón.

La palabra es el medio de la argumentación y ella es un signo que por sí representa otra cosa. Es una señal que se mantiene oculta tras el lenguaje y expresa tanto las ideas como las cosas, que se esconden tras él.

Es un ideal expresar con corrección nuestras aspiraciones y para ello es necesario que se nos capacite para ello, por cuanto en esto existe una gran dificultad. De este modo, la retórica surge como el arte de decir, como también existe una inexorable vinculación entre ella y el derecho.

Recurriré a la mitología para describir cómo ha nacido el derecho.

Recordaremos el mito de Orestes –una de las obras de Esquilo–. Principia cuando Orestes, vengando la muerte de su padre –el rey Agamenón de Micenas–, comete homicidio contra su madre –Clitemnestra–.

Finalmente, Atenea está detrás de Orestes e instituye el derecho, estableciendo el proceso para juzgarlo a partir de los alegatos. De este modo, con la intervención de Atenea es exonerado por una serie de argumentos que justificarían a Orestes del delito cometido y hace surgir el proceso para la resolución del conflicto y no la venganza, donde es ajeno el procedimiento.

La argumentación, las piezas de oratoria y retórica, así como la hermenéutica son posibles en un ambiente donde la libertad, la democracia y el pluralismo de ideas sean reconocidos y existan garantías que los sostengan, sean como procedimientos o derechos en sí mismos.

## **5. La interpretación que hacen los jueces del derecho positivo**

Durante el período del derecho castellano-indiano se asociaba la figura del juez a la imagen de un defensor de pobres y desvalidos. Por este camino, el juez de la ciudad, al igual que el rey en cuyo nombre aquél hacía justicia, y al igual que Dios, se erigía discursivamente en protector antes que en justiciero.

La pena que imponía la “ley real” era un dato a considerar, cuando la hubiese o cuando fuese concedida, pero no implicaba para el juez una vinculación tal que impidiese apartarse de ella si así lo estimaba oportuno para la justicia del caso.

De hecho la “figura del perdón judicial evoca reminiscencias de un orden moral y no de un orden legal”<sup>14</sup>.

Los juristas eran consientes de que el rigor textual de las leyes cumplía una función *ad terrores* y que, por lo tanto, no debía seguirse su letra cuando ello significara quebrar la regla de proporcionalidad entre el delito y el castigo, según el esquema de justicia vindicativa. Los jueces, como hombres de su tiempo y sujetos al orden social más por el peso de su conciencia que por el temor de un sistema insti-

---

<sup>14</sup> Retornar a la buena senda. Administración de justicia penal para adolescentes en los Tribunales Orales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires, 2000-2008.

tucional de control, sabían que es mejor pecar en la misericordia, y dar cuenta de ello, que del rigor.

Ahora bien, podemos afirmar que en estos tiempos también existen vinculaciones entre el poder político y el sistema judicial.

Mario Cimadevilla –representante del Senado en el Consejo de la Magistratura– fue entrevistado por el “Diario Judicial” (29/11/10) y, ante la pregunta “¿qué opina de los dichos de la corporación judicial, que según el oficialismo dejó de ser un organismo técnico y ahora es ‘político’?”, dijo: “La política siempre tuvo que ver con la justicia. Quién diga que la política nunca tuvo que ver con la justicia desconoce, primero, aun que antes de que existiera el Consejo cualquier pliego de cualquier juez pasaba por los parlamentos. Esto significa someter un pliego a las presiones de sectores de los partidos y está bien que la justicia tenga que ver con lo político. Lo que no quiere decir que los jueces tengan que fallar de acuerdo a cómo se lo pida el gobierno de turno, pero no puede haber Poder Judicial que analice las cuestiones de la república totalmente desvinculado de la realidad política en la que se desempeña”.

“El índice de confianza en la justicia (ICJ) realizado por Fores, la Universidad Torcuato di Tella y la Fundación Libertad evidencia que la sociedad no siente confianza en nuestro sistema de justicia, que no recurre a la justicia para solucionar sus conflictos y que, para buscar las soluciones, está empezando a resolver este dilema por su propia cuenta. Menos del 50% de los encuestados confía en la justicia, un 83% sostiene que los jueces son pocos o nada imparciales; el 79% que no son eficientes y el 83% cree que son pocos o nada honestos... Un tercio de los encuestados declaró que, enfrentados a una injusticia, no llevarían su problema a la justicia”<sup>15</sup>.

Con respecto a lo que refleja la estadística sobre la mirada de la población –en general– frente al Poder Judicial y cómo intentaría resolver sus conflictos, cito a Sousa Santos: “*La cultura jurídica es el conjunto de orientaciones hacia valores e intereses que configuran un patrón de actitudes frente al derecho y a los derechos, y frente a las instituciones del Estado que producen, aplican, garantizan o violan el derecho y los derechos*”.

La voluntad política y la capacidad técnica en la lucha contra la corrupción son los vectores más decisivos de neutralidad o falta de neutralidad política de los jueces. Entonces, no sorprende que los magistrados asuman parte fundamental de la crisis de la representación política.

Todavía se pretende comparar la sentencia con un silogismo categórico y la aplicación del método deductivo en el derecho, cuando jueces de instancias inferiores abdican a su libertad de interpretación en pos de la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales superiores (Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*).

Se suma a la acotación anterior que en los regímenes dictatoriales no se tuvieron dificultades en salvaguardar la independencia de los jueces. Por ejemplo, en el franquismo español no hubo grandes problemas con el Poder Judicial, es decir que –con el fin de garantizar la neutralidad política–, se apartó de los tribunales ordina-

---

<sup>15</sup> Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (Fores), *La justicia argentina en el 2009 (cuestiones pendientes)*, Bs. As., 2010, p. 3 a 5.

rios la jurisdicción sobre los crímenes políticos y creó, a tal efecto, un tribunal especial con jueces políticamente leales al régimen.

En una investigación que realizara el doctor Scribner, en su estudio sobre la jurisprudencia de las cortes supremas argentina y chilena desde la década de los cuarenta hasta la década de los noventa, establece que la predisposición de los jueces a cuestionar las decisiones adoptadas por la autoridad presidencial dependió, en gran medida, de la relación que los ministros tenían con el presidente (en términos de haber sido designados por él o no) y de la probabilidad de que los jueces pudieran enfrentar mayorías coherentes o represalias políticas.

Reconociendo que existe una vinculación entre la función judicial y la política, podríamos percatar –eventualmente– cierta influencia de ello sobre el magistrado (como hermeneuta) a la hora de sopesar tanto los hechos como el derecho aplicable al caso. Esto es una primera dificultad, a la hora de definirse como neutral e imparcial defender su postura y hacerla valer como tal.

Interpretamos para comprender y los magistrados interpretan el derecho aplicable al caso. Entonces, la pregunta consiste en desentrañar qué es interpretar y comprender.

Aunque esta inquietud pudo haber surgido en otros acápites, desde el rol de juez es fácilmente identificable la posición de un hermeneuta.

En consecuencia, de esta reflexión inicial me interesa saber qué puede un juez interpretar. Es decir ¿corresponde sostener que tanto se interpretan los hechos como el texto legal?

Como había adelantado en la introducción de esta monografía, la hermenéutica jurídica es un tema complejo, por la riqueza del lenguaje.

La Real Academia Española define a la interpretación con diferentes alcances, tales como: 1) explicación del significado de algo; 2) representaciones de un papel o de un texto dramático; 3) ejecuciones de una pieza musical o de un baile (p.ej., “la soprano realizó una magnífica interpretación”); 4) concepción o expresión personal de algo (v.gr., “la interpretación que la modista ha hecho de mi idea es muy acertada”), y 5) traducción de un texto de una lengua a otra.

En principio, podemos encontrar en las sentencias las interpretaciones que los jueces hacen de los textos legales.

La posición que adopte el juez en sus sentencias puede observarse como más o menos cercana al texto y siempre será objeto de debate en contextos democráticos.

Siempre se interpretan textos; los hechos podrán ser pasibles de otras operaciones, tales como análisis o la percepción personal del juez cuando escucha los testimonios. La interpretación siempre tiene por objeto textos o ideas.

El término *comprensión* es mucho más arduo, pues su sentido varía conforme al contexto en que empleemos el término. Puedo comprender a una persona, la opinión de otro, las decisiones tomadas, así como un texto de cualquier género.

La comprensión es la astucia de llegar al entendimiento de las cosas. De allí que nos resulte de interés el significado de “entender”, que como tal es *captar el sentido*.

¿Cuándo creemos alcanzar el “sentido de las cosas”? Sabemos del sentido o disposición de las ideas dispuestas en un texto cuando percatamos hacia dónde se dirigen, qué se pretende, cuál es su objetivo y su finalidad.

Damos cuenta de la comprensión que tiene un juez de los textos legales, cuando encontramos su interpretación en la sentencia; o sea, en el verbo de decir el derecho aplicable al caso y disponer de las personas como de las cosas.

Reitero que la interpretación del magistrado se hizo posible por medio de la comprensión del texto legal o del ordenamiento jurídico.

No puede existir un hermeneuta jurídico que no interprete el texto legal, doctrinal o jurisprudencial.

En la fundamentación de la postura adoptada encontraremos el género discursivo, que tiende a persuadir de la posición por él adoptada; por medio de la cual, además de cumplir un imperativo legal, sostiene su legitimidad –de ejercicio–.

En esto último encuentro la razón de ser de la hermenéutica jurídica en la actividad judicial, pues en la expresión de los fundamentos de un juez encontramos al mensajero que decodifica el texto jurisprudencial, doctrinal y legislativo para aplicarlo al caso.

Reitero que la etimología del término “hermenéutica” deriva del vocablo griego *hermeneuo*, que alude al dios Hermes, que clarificaba ante los humanos los mensajes de la divinidad, oficiando de mediador. La importancia de recordar el origen del vocablo en este apartado es de importancia al magistrado, pues los fundamentos de sus sentencias deben ser expresados con claridad a las partes.

Toda su labor debe generar una real convicción de que su sentencia tiene autoridad, para ser cumplida. Por cuanto bien dijo el doctor Alberto J. Salceda: “*Ante cualquier expresión de voluntad ajena que pretende obligar nuestra conducta, esto es, que se nos presenta bajo forma preceptiva, como ley o como mandato... lo primero que necesariamente inquirimos es si quien la expide tiene autoridad para expedirla y de dónde le viene esa autoridad, pues, sólo cuando nos hayamos contestado satisfactoriamente esta pregunta sabremos si tenemos el deber de conformar nuestros actos al ajeno precepto*”<sup>16</sup>.

## 6. Conclusiones

En principio, reconozco que la hermenéutica no es propia del ámbito jurídico; segundo, que no es posible su práctica, sin un contexto que facilite la participación democrática (v.gr., libertad, derechos políticos y civiles).

Ahora bien, entiendo que la ley no proporciona un sentido unívoco y, por lo tanto, da lugar a inclinaciones diferentes. Con ello expreso, al mismo tiempo, que en el

---

<sup>16</sup> García Maynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 89.

derecho no existe una mera subsunción del caso concreto a la norma y tampoco resulta ser suficiente.

Interpretamos como abogados defensores o acusadores, demandantes o demandados, requirentes o requeridos. No como una actividad de gusto, sino porque el derecho está para ser aplicado, defendido, alegado, custodiado y reclamado ante otro.

*“Mientras los deberes morales son deberes, pura y simplemente, los jurídicos tienen el carácter de una deuda frente a otras personas. La norma de derecho, no sólo obliga; también faculta. Y el deber que impone al obligado es correlativo de la facultad que otorga al pretensor”<sup>17</sup>.*

Para todo ello nos valemos del ejercicio de interpretar, con objeto a la comprensión, y posterior gestación de un género discursivo.

Todo orador pretende ser eficaz en producir un efecto; para ello es necesario que éste formule sus objetivos, teniendo en mente qué pretende alcanzar.

Una de las finalidades del orador es la persuasión.

La hermenéutica jurídica es trascendente, como tal, en ámbitos donde se forman las leyes y no sólo donde se resuelven los conflictos legales. Así como este tema no sólo atañe a cómo aplicar la ley, sino también al debate en torno a conflictos de intereses en un pleito.

Es decir, *“como el aserto de que una ley no es constitucional presupone la interpretación del texto que la contiene, resulta indudable que, dentro del proceso a que aludimos, prevalece el punto de vista del Congreso. Cuando éste sostiene el proyecto objetado, la cuestión de constitucionalidad queda resuelta, y sólo puede resurgir dentro de un procedimiento judicial”<sup>18</sup>.*

La hermenéutica es el arte de interpretar e “interpretamos para comprender”, porque el lenguaje que se emplea es complejo en su riqueza y hace posible una amplia variedad de vías discursivas.

El hermeneuta se enfrenta al texto con una dificultad inicial que son sus presuposiciones, creencias, prejuicios e intereses personales. *“El hombre que acepta la coexistencia de la moral y el derecho experimenta dolorosamente el choque de sus respectivas pretensiones y vive tal oposición como un conflicto, que sólo puede resolver sacrificando una de ellas en aras de la otra”<sup>19</sup>.*

La sentencia que emiten los jueces no se basa en la aplicación lisa y llana de la ley, sino que es una toma de decisión que argumenta sobre la aplicación de la ley y se encuentra cargada de valoraciones, propias del juez en un tiempo cultural, que lo asienta en su propia legitimidad.

El rol de juez es fácilmente identificable como la posición de un hermeneuta jurídico, es decir, como una persona cuya labor primera es interpretar textos para aplicarlos al caso y transmitir ese mensaje, persuadiendo al destinatario de su fidelidad al derecho vigente.

---

<sup>17</sup> García Maynez, *Introducción a la lógica jurídica*, p. 180.

<sup>18</sup> García Maynez, *Introducción a la lógica jurídica*, p. 60.

<sup>19</sup> García Maynez, *Introducción a la lógica jurídica*, p. 123.

Esto revela cómo la hermenéutica jurídica es importante para generar confianza en el justiciable y contribuir en la estabilidad del sistema jurídico y político.

En la actualidad, “*es necesario que el jurista sepa expresarse y comunicarse, narrar y describir, preguntar y responder, argüir y replicar, persuadir y convencer al juez, al jurado, a los medios de comunicación y a la sociedad*”<sup>20</sup>.

© Editorial Astrea, 2013. Todos los derechos reservados.



---

<sup>20</sup> Hernández Guerrero - García Tejera, *El arte de hablar. Manual de retórica práctica y de oratoria moderna*, p. 20.