

Derechos y ritos: iniciación, lenguaje y performatividad en el derecho y la educación jurídica

JONATHAN YOVEL*

Sink every impulse like a bolt. Secure
The bastion of sensation. Do not waver
Into language. Do not waver in it.

SEAMUS HEANEY, *Lightenings*

RESUMEN

Este ensayo es acerca de cómo funciona el lenguaje en el derecho y sobre cómo los futuros agentes legales –jóvenes abogados, estudiantes de derecho– son iniciados en una compleja cultura lingüística a través de varios modelos de instrucción que son, casi siempre, no transparentes respecto de la ideología lingüística sobre la que se apoyan. Así, confrontaré dos formas de aproximarse a la educación legal: una que aparece tanto entre los legos como entre ciertas caracterizaciones “profesionales” de la instrucción legal, aproximaciones que consideran al derecho como una disciplina, un cuerpo de conocimientos que debe ser reunido y dominado en forma de reglas, precedentes, argumentos de políticas públicas

* Profesor de Derecho, Universidad de Haifa, Israel, y profesor asistente visitante en la escuela de Derecho de Brooklyn y en el Centro de Derecho, Lenguaje y Cognición. El núcleo de este estudio fue escrito durante una visita al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, por lo que estoy agradecido con el Instituto y sus directores. Estoy en deuda con Curstis Renoe y Larry Solan por sus comentarios iluminadores de borradores previos así como con Ledra H. Horowitz y John C. Knapp por su asistencia en la preparación final del manuscrito. Porciones de este estudio aparecen en Jonathan YOVEL, “In the beginning was the Word: paradigms of language and normativity in law, philosophy, and theology”, en 5 *Mountbatten J. Legal Stud.* 5 (2001). Trad. a cargo de Silvana Pezzetta.

y similares. La otra se aproxima a la práctica y la instrucción legal como a una compleja cultura lingüística, en la que las formas enumeradas, antes que la “esencia” del derecho, son ofrecidas como lo que conviene dominar porque tienden a constituir la cultura de la comunicación del discurso jurídico, la forma de argumentar que generalmente triunfa en el contexto institucional legal. Sin embargo, antes de intentar hacer un análisis de los efectos pedagógicos, el núcleo de este ensayo estudiará cómo las nociones del uso del lenguaje se aplican a la performance legal. Por ello, el presente trabajo se dirige a las relaciones entre el lenguaje y la acción como una historia de las ideas centradas en las siguientes cuestiones: ¿qué hacemos, como abogados y hablantes, con las palabras? ¿Cuáles son los modos del lenguaje usado en la argumentación legal (y en el litigio en particular)? ¿Cómo entrenamos e iniciamos a los futuros abogados en una cultura lingüística y en la ideología que sostiene estas preguntas? Sin reclamar la exhaustividad, este ensayo se propone delinear, revisar y reconstruir las principales características de tres funciones interactuantes del lenguaje que son significativas para la práctica y la teoría legales: retórica, representativa y performativa.

PALABRAS CLAVE

Lenguaje - Educación legal - Performatividad.

Rights and rites: initiation, language and performance in law and legal education

ABSTRACT

This essay is about how language functions in law, and how prospective legal agents –young lawyers, law students– are initiated into a complex linguistic culture through various modes of instruction. Thus it confronts two approaches to legal education: one, which cuts across both lay and certain “professional” approaches to legal instruction, approaches law as a discipline, a body of knowledge to be mustered and mastered in the form of rules, precedents, policy arguments and the like. The other approaches legal practice and instruction as a complex

linguistic culture, where the forms enumerated, rather than the “essence” of law, are offered as profitable to master because they tend to constitute the culture of communication of legal discourse, on top of being the kind of argumentation that is generally triumphant in the legal institutional context. However, before attempting to draw pedagogical insights, the bulk of this essay studies how notions of language use apply to legal performance. There are various ways to attempt such a study; the one employed here works through a nontechnical survey of some major approaches in the philosophy of language. Language springs from culture, practice and their historical dimensions, while law and legal instruction, ever since Hellenic times, were seen as paradigmatic contexts for the application and study of social language. Thus, the present inquiry will attempt to address the relations between language and action as a history of ideas centered on the following questions: What, as lawyers and speakers, do we do with words? What are the modes of language used in legal argumentation (and in litigation in particular)? How do we train and initiate prospective lawyers into a linguistic culture and ideology that underlie these questions? With no claim to exhaustiveness, this essay proposes to delineate, trace and reconstruct the main features of three interacting language functions significant in legal practice and theory: rhetoric, representationalism and performativity.

KEYWORDS

Language - Legal education - Performativity.

I. PREFACIO

Este ensayo es acerca de las funciones del lenguaje en el derecho y sobre cómo los futuros agentes legales –jóvenes abogados, estudiantes de derecho– son iniciados en una compleja cultura lingüística a través de varios modelos de instrucción que son, casi siempre, no transparentes respecto de la ideología lingüística sobre la que se basan. Así, confrontaré dos formas de aproximarse a la educación legal: una que aparece tanto entre los legos como entre ciertas caracterizaciones “profesionales” de la instrucción legal, aproximaciones que consideran al derecho como una disciplina, un cuerpo de conocimientos que debe ser reunido y dominado

en forma de reglas, precedentes, argumentos de políticas públicas y similares. La otra aproximación a la práctica y la instrucción legal las considera una compleja cultura lingüística, en la que las formas enumeradas, antes que la “esencia” del derecho, son ofrecidas como lo que conviene dominar porque tienden a constituir la cultura de la comunicación del discurso jurídico, la forma de argumentar que generalmente triunfa en el contexto institucional legal. La primera aproximación considera al lenguaje como un medio para organizar, expresar y pronunciar las normas sociales que en algún sentido son concebidas como entidades no lingüísticas o extralingüísticas, aunque los abogados generalmente acordarían que aun cuando fuera así, las normas legales y sociales solo son accesibles a través de las formulaciones lingüísticas que las expresan. La aproximación lingüística a la instrucción legal usaría de alguna forma la navaja de Occam: si las normas solo son accesibles, pronunciables y manipulables en su aspecto lingüístico, ¿por qué insistir en su “realidad no lingüística”? ¿Hay algún sentido en que una norma es diferente de su formulación lingüística? En la conclusión de este ensayo, trataré de mostrar que estas dos “aproximaciones” a la argumentación legal se encuentran superpuestas institucionalmente de una manera que es esencial al requerimiento de racionalización social que provee el derecho. Esta ideología de la superposición –retórica a través de la representación– a su turno genera la forma dominante de instrucción y pedagogía legales.

Sin embargo, antes de intentar ofrecer ideas pedagógicas, el núcleo de este ensayo estudiará cómo las nociones del uso del lenguaje se aplican a la performance legal. Hay varios modos de lograr este objetivo; aquí lo haré a través de una revisión no técnica de algunas de las más importantes corrientes de la filosofía del lenguaje. El lenguaje surge de la cultura, de la práctica y de sus dimensiones históricas, y el derecho y la instrucción legal, desde los tiempos helenísticos, fueron vistos como contextos paradigmáticos para la aplicación y el estudio del lenguaje social. Así, el presente trabajo se dirige a las relaciones entre el lenguaje y la acción como una historia de las ideas centradas en las siguientes cuestiones: ¿qué hacemos, como abogados y hablantes, con las palabras? ¿Qué modos del lenguaje usamos en la argumentación legal (y en el litigio en particular)? ¿Cómo entrenamos e iniciamos a los futuros abogados en una cultura lingüística y en la ideología lingüística que está

en la base de estas preguntas? Sin pretensión de exhaustividad, este ensayo se propone delinear, revisar y reconstruir las principales características de tres funciones interrelacionadas del lenguaje que son significativas para la práctica y la teoría legales: retórica, representativa y performativa. Los ejemplos que discutiré son narraciones del derecho institucionalizado y de la costumbre jurídica que comparten atributos con formas literarias y aún con problemas teológicos.

II. RETÓRICA VERSUS REPRESENTACIÓN: ALGUNOS PRELIMINARES

Sócrates: El aspirante a orador no necesita conocer la verdad acerca de lo que es bueno o malo... En los tribunales de derecho no se presta atención a lo que es verdad acerca de tales tópicos; todo lo que importa es la convicción... No importa la verdad –persiguen la probabilidad a toda costa en cualquier clase de discurso; el completo secreto del arte de hablar reside en la consistente adherencia a este principio-.

Fedro: Eso es lo que dicen aquellos que se proclaman profesores de retórica, Sócrates.

PLATÓN, *Fedro*¹

Quizás el modo intelectualmente más atractivo de concebir el lenguaje en el mundo clásico –y políticamente más potente así como indignante moralmente– fue el paradigma retórico, enseñado por tan formidables sofistas como Gorgias y Protágoras.² De acuerdo con este paradigma, el lenguaje más común y efectivo en las interacciones sociales –notablemente en política y en el litigio– es el persuasivo. El lenguaje no puede ser

¹ PLATÓN, *Fedro, Ion, Gorgias y El Banquete* con pasajes de *La república* y *Las leyes* (Lane Cooper trad., Oxford University Press, 1938).

² Es importante desde el principio aclarar el sentido restringido del “paradigma retórico” que uso aquí porque “retórico” significa distintas cosas para distintas personas. En el sentido más restringido, significa un conjunto de técnicas para manejar efectivamente el lenguaje social, primariamente a través de la persuasión. En un sentido más amplio, significa discurso: el marco social, intersubjetivo y transcultural del significado y la acción. Como tal, reclama el control sobre la representación y lo político. Mientras que ambos significados están necesariamente conectados, este ensayo emplea el significado restringido. La figura 1, *infra*, clarifica la relación entre la retórica, la representación y la performatividad como las entiendo aquí.

representativo, como Sócrates (y mucho después), Aquino, Leibniz y el primer Wittgenstein pensaron, y lo que es más importante, la representación de cosas no lingüísticas –una vaca en el prado, una emoción, el bien y el mal– simplemente no es el objetivo del lenguaje. Antes bien, el objetivo del lenguaje es manipular a los oyentes para que se adecuen a los intereses del hablante. Una interacción lingüística es antes que nada, y más que nada, manipulación, y todo lo demás –comunicar pensamientos, hacer reír a la gente, representar hechos (o estados de cosas o lo que sea)– debe ser interpretado de acuerdo con este principio general. Gorgias mismo, un escéptico en materia epistemológica, sostuvo que aun si pudiéramos –por accidente– encontrarnos con alguna “verdad” referencial, no podríamos comunicársela a otros, no por un problema de competencia sino por las dificultades intrínsecas del lenguaje mismo para representar cualquier cosa extralingüística.³ En otras palabras, antes que nada está lo político: la formación de la sociedad y su manipulación a través del lenguaje, como un instrumento del poder, un ejercicio de la voluntad. El único sentido válido de “verdad” no es aquello que el lenguaje representa sino el que crea en los medios sociales. Lo que uno hace con el lenguaje es inducir a la gente a que actúe de ciertas maneras, tales como lograr que se pongan de nuestro lado en un debate, o se decidan en una determinada manera, obedezcan una orden, etcétera. Esta visión no es cínica porque no implica que el lenguaje enmascare la virtud cívica dado que la capacidad retórica de dominar efectivamente el lenguaje es la virtud cívica en sí misma. Gorgias podría haber dado como ejemplo de efectiva manipulación del lenguaje persuasivo al gran antisofista, Sócrates, un consumado actor en el arte del enmascarar la persuasión bajo la forma de “verdad” representacional inevitable. El lenguaje, proclamaron los sofistas, no depende de ninguna metafísica no lingüística, y su uso es por lo tanto independiente de cualquier concepto de conocimiento, excepto por el retórico en sí mismo.

En la Edad Media⁴ media, la comprensión del lenguaje como mera retórica fue marginada en tanto aproximación escolástica al mismo con

³ Ver PLATÓN, *Gorgias*, Hackett Publishing Co., 1987.

⁴ Historiadores y académicos del pensamiento escolástico dividen la Edad Media en imprecisas subdivisiones. La Edad Media media (ca. 1000-1300 CE) es considerada usualmente el punto alto de la enseñanza escolástica y la institucionalización.

un paradigma naturalista que aspiraba a la perfección –tanto como sea humanamente posible– de la representación de cuestiones “naturales”, normativas y legales. La filosofía medieval consideraba esos asuntos no como una construcción social o producto de una convención sino como asuntos de verdad fáctica universal, de validez divina. Por ello, de acuerdo con Tomás de Aquino y su monumental *Summa Teológica*, las normas jurídicas son *naturales* de la misma manera en que las leyes del mundo físico lo son y ambas comparten la misma fuente. Las normas jurídicas deben ser descubiertas más que creadas, inferidas de la ley eterna de origen divino más que construidas.⁵ El derecho no es una cuestión de poder sino de justicia y el bien común y el lenguaje –usado por las instituciones políticas correctas– es para aplicar efectivamente y para traducir estas abstracciones metafísicas a las prácticas cívicas y políticas.

El derecho positivo debe ser formado a partir de la inferencia del “Derecho Natural”, en el cual Aquino encontraba un subconjunto constituido por la “Ley Eterna” que es accesible a la investigación racional. La inferencia, déjenme recordarles, era –y en muchos casos aún es– percibida no como una forma de narración sino como una dura deducción lógica que garantiza la conclusión del argumento, en este caso, las proposiciones del derecho positivo se siguen de las premisas del Derecho Natural. Sin embargo, es un error interpretar la teoría del derecho de Aquino en términos excesivamente rígidos. Aquino deja lugar para las contingencias, para la construcción, para la internalización del contexto e incluso para la arbitrariedad, ya que el derecho positivo debe aplicarse –por medio de la coordinación, determinación y aplicación– a las contingencias fácticas.

Por ejemplo, de la premisa del derecho natural sobre la santidad de la vida, inferimos que la gente no debe ser expuesta a peligros indebidos, pero si esto significa que los motoristas conduzcan de un lado o del otro es una cuestión que no puede inferirse directamente. Esta acción deberá ser coordinada, eso es lo que importa, no el contenido específico de la regulación final.⁶ Mientras la justicia, quizás, requiera que los litigantes

⁵ AQUINO, Tomás, *Summa Teológica*, SP QQ 90-95.

⁶ Interesantemente, la “coordinación de intereses” tiene en nuestros tiempos a un servidor, Joseph Raz, que intenta componer una “teoría racional de la autoridad” en la

tengan garantizado un derecho de apelación, tiene poco para decir respecto de la exacta extensión del período de apelación –una cuestión a determinar– aunque quizás dicte un contextual “dominio de razonabilidad”, idealmente formado por un equilibrio entre los respectivos intereses de la revisión y de la cosa juzgada.

Sin embargo, ¿se puede confiar en que el lenguaje cumpla bien su función representacional? Durante el renacimiento, Francis Bacon se lamentó mucho porque el lenguaje no cumplía esta función en muchos casos y sostuvo que, para lograrlo, requería de una purificación radical. Más que un medio para el entendimiento, el lenguaje parecía un impedimento: impone sus propias inclinaciones culturales, vocabulario y equívocos sistemas de significado en nuestra cosmovisión de una manera que enmascara el mundo y oscurece nuestra percepción.⁷ Kant más tarde hablaría de las “categorías” epistemológicas que son necesarias, constitutivas de nuestra razón,⁸ pero Bacon buscó liberar a la ciencia de los ídolos del mercado, como llamó a los términos prepurificados del lenguaje representacional en su búsqueda de perfección de los sistemas de representación y comunicación.

que la “expertise” y la coordinación sean las bases para justificar el particular modo de agencia que es el recurso a la autoridad. Ver RAZ, Joseph, “Autoridad, derecho y moral”, en 68 *Monist* 295 (1985).

⁷ “También hay ídolos formados por las relaciones recíprocas y por las sociedades de hombres con hombres, que llamamos ídolos del mercado, del comercio y la asociación de los hombres entre sí. Los hombres conversan por medio del lenguaje; pero las palabras son formadas por la voluntad de la generalidad, y ahí aparece por una mala e inapta formación de las palabras una hermosa obstrucción para la mente. Ni las definiciones ni las explicaciones, con las que los hombres aprendidos intentan guarecerse y protegerse a sí mismos en algunos casos, generan un remedio completo; las palabras aún fuerzan manifiestamente el entendimiento, ponen todo bajo la confusión, y llevan a la humanidad a vanas e innumerables controversias y falacias”, BACON, Francis, *Novum Organon*, 31 (Joseph Devey ed., P. F. Collier & Son, 1902) (1620). Bacon buscó recuperar el representacionalismo de sus formas culturalmente contaminadas por medio de un método de purificación que denominó “inducción” (que no tiene nada que ver con el uso del sentido común del término). Para una historia de la búsqueda del lenguaje representacional perfecto, ver Eco, Umberto, *La búsqueda del lenguaje perfecto* (1995).

⁸ Ver en general KANT, Immanuel, *Lógica trascendental*, cap. II: “De las categorías”, en *Crítica de la razón pura* 77 (J. M. D., Meiklejohn trans., George Bell & Sons, 1901).

A buena distancia histórica y sobresimplificando de manera imperdonable mucho de lo que estamos salteando (como el uso de la retórica multicapa de Spinoza, que simultáneamente transporta significados en diferentes niveles a los sabios y a las multitudes, y la *Characteristica Universalis* de Leibniz, que pretendió delinear un lenguaje representacional perfecto y un “cálculo de la verdad”), nos encontramos con el representacionalismo y su confrontación con la cuestión del poder. Friedrich Nietzsche, el *enfant terrible* de la filosofía occidental, desarrolló una filosofía (o psicología, según su propia denominación) de acuerdo con la cual la “voluntad de poder” es el hecho ontológico fundamental, y el lenguaje es un instrumento al servicio de las necesidades de la voluntad de actuar en un mundo social, para ejercitar poder sobre otros.⁹ Aun cuando sea representacional, Nietzsche vio al lenguaje como culturalmente construido y sujeto de las necesidades pragmáticas, resultante de dos preocupaciones interconectadas: la sobrevivencia y el logro de los intereses, ambas dependientes de la clasificación¹⁰ y la comunicación.¹¹

Clasificaciones y categorizaciones, Nietzsche sostiene, son ambas artificiales y equivocadas, pero no arbitrarias, y son útiles como tales: sirven a las necesidades prácticas, tales como distinguir entre clases de artículos comestibles de los venenosos. Como tales, la verdad de la clasificación es irrelevante, es más, debe ser típicamente ignorada. El lenguaje y el conocimiento no son acerca de la representación correcta del mundo sino acerca de asentar los fundamentos para la acción.¹² Esta posición también debe ser distinguida del pragmatismo porque Nietzsche consideraba nuestra

⁹ Nietzsche también argumentó que nada valioso puede ser expresado en lenguaje porque toda la profundidad es individual mientras que el lenguaje evolucionó como un instrumento comunicativo para las masas y por ello es resistente a un refinamiento significativo. Sin embargo, no parece que creyera que sus tesis expresadas lingüísticamente le parecieran sin valor. Llegar a un acuerdo entre postulados contradictorios es una necesidad hermenéutica, y una muy gratificante cuando se lee a Nietzsche.

¹⁰ NIETZSCHE, F., *The gay science*, § 355 (Water Kaufman trad., Random House, 1974) (1987).

¹¹ *Id.*, § 354.

¹² Para una contribución reciente y una reevaluación de muchos modelos cognitivos y sus aplicaciones críticas a la práctica y teoría legales, ver WINTER, Steven, *A clearing in the forest, Law, life and mind* (2001).

dependencia y confianza en las clasificaciones lingüísticas como una falla, una debilidad, que una nueva psicología nos ayudaría a superar.

Es intrigante observar en la discusión de Nietzsche sobre la comunicación una precursora afinidad con el segundo Wittgenstein.¹³ El lenguaje, sostiene Nietzsche, debe ser visto en primer lugar y de manera principal como un fenómeno social, público, que se desarrolla y vive en una esfera social (como opuesta a la privada). Seguramente el lenguaje es representacional en tanto sirve para comunicar contenido a otros, pero la comunicación en primer lugar es un medio para la voluntad de actuar en el mundo, enmarca el mundo social de la acción. Por ello, el lenguaje es retórica y performatividad primero y representación solo instrumentalmente, con poca preocupación sobre la “verdad” y sujeto a sus funciones primarias.

III. LA EDAD PRECRÍTICA: REPRESENTACIONALISMO EN EL SIGLO XX

Alicia se sintió horriblemente confundida. Lo que le remarcó el sombrerero no parecía tener ningún sentido a pesar de haberlo dicho en inglés.

LEWIS CARROLL, *Alicia en el país de las maravillas*¹⁴

En los siglos XIX y XX, los movimientos positivista y marxista sembraron el cambio incluso dentro de los parámetros del paradigma representacionalista. En el marxismo, especialmente, el vocabulario de la explicación social cambió de lo natural a lo cultural: a una realidad artificial y construida. En lo que refiere a los llamados “positivistas lógicos”, en el siglo XX el problema de la representación se hizo manifiesto. Estos autores pensaron que las ciencias naturales, y la física en particular, eran un modelo para todas las formas de conocimiento válidas: proposiciones ahistóricas (algunas veces mal llamadas “analíticas”) que capturan regularidades empíricas verificables (o más tarde, falsables) acerca de aquellos

¹³ Me refiero principalmente a la teoría del significado “como uso” de Wittgenstein y sus argumentos contra la posibilidad de que exista un lenguaje privado. Ver WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations* (G. E. M. Abscombe trans., 1958). Ver también HACKER, P. M. S., “Wittgenstein’s later conception of philosophy”, en *Insight and illusion: themes in the philosophy of Wittgenstein*, 1986, p. 146.

¹⁴ CARROLL, Lewis, *Alice’s adventures in wonderland* 70 (Philomel, 1989) (1866).

aspectos del mundo que pueden por ello ser representados. Tal tipo de posición inevitablemente giró en torno a una cuestión: ¿cómo es posible la representación –incluso la representación perfecta– y cuáles son sus condiciones? Esta pregunta fue de suprema importancia tanto para los positivistas como para el primer Wittgenstein, quien la respondió de forma completa y satisfactoria (aunque transitoria) en su *Tractatus Logico-Philosophicus*, en el que se considera a segmentos del lenguaje como “pinturas” de la realidad y en el que una oración, más que referir, “muestra” su significado. Por eso, Wittgenstein escribió: “Una proposición es una pintura de la realidad. Una proposición es un modelo de la realidad como creemos que es”.¹⁵ Ningún otro paradigma, sostuvo Wittgenstein, podría explicar cómo los hablantes entendemos oraciones que nunca antes escuchamos o leímos, ni qué decir acerca de formar otras nuevas (desde un punto de vista diferente, este problema fue más tarde tratado por la teoría de la gramática generativa de Chomsky).¹⁶ De la misma forma, las oraciones o proposiciones no pueden ser explicadas porque cada explicación meramente utiliza otra oración o proposición; solo pueden ser “mostradas”.

La teoría de la “pintura” muestra al representacionalismo en su versión más encumbrada. Nótese la inclinación epistemológica de Wittgenstein hacia el idealismo expresado en que las pinturas no representan al mundo “como es” sino “como pensamos que es”, donde “pensar” debería ser tomado en un sentido amplio de *cogitum*, en un sentido plural antes que singular-monológico (en contraste con Descartes). No nos hemos ocupado de la epistemología aquí pero es importante enfatizar que el representacionalismo no implica un realismo naïf ni una transparencia lingüística: no implica que tenemos acceso al mundo “como realmen-

¹⁵ WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 4.031 (1922) (Henceforth TLPh); ver también §§ 2.01-2.1512, 2.1513-3.01, 3.42, 4.01-4.012, 4.021, 4.03-4.032, 4.06, 4.462-3, 5.156, 6.341-2,6.35. Por supuesto, Wittgenstein cambió luego de opinión en cuanto al representacionalismo. De hecho, se convirtió en un duro crítico de su punto de vista anterior e introdujo en la teoría del discurso la noción de *uso* como uno de los muchos casos paradigmáticos que representan al significado o que se adelantan a otras concepciones del mismo. Este paso fue fundamental en el desarrollo del paradigma performativo. Para ver el propio rechazo de Wittgenstein al representacionalismo y la “teoría de la pintura” (a favor de la teoría del uso) ver WITTGENSTEIN, nota 15, en §§ 6, 37, 59, 11, 115, 191, 251, 295, 352, 374, 402, 422-7, 490, 519-20 y 573.

¹⁶ CHOMSKY, Noam, *Syntactic structures* (1957).

te es”, i. e., a la impenetrable ontología de lo que Kant llamó “la cosa en sí”.¹⁷ Aun en el relativamente temprano *Tractatus*, Wittgenstein efectivamente nos dice que como los estados de cosas son accesibles solo lingüísticamente, nuestros modos y maneras de diseñar esquemas de representación van a adelantarse a cualquier posible conocimiento del mundo, o al menos esos componentes del mundo que están dados a la representación en primer lugar.

Los positivistas lógicos y el denominado “Círculo de Viena” fueron fuertemente influenciados por la teoría de la pintura,¹⁸ que los ayudó a formular el postulado positivista de la representación y a darle base a su concepción del significado. Reiterando la preocupación de Alicia, se preguntaron qué segmentos del lenguaje tenían significado y cuáles no. Su solución fue señalar las proposiciones que podían sujetarse al “principio de verificación” que estatuye que para que una proposición tenga significado debe ser o analítica (i. e. tautológica –la pelota es redonda–) o empíricamente verificable (o, de acuerdo con la posterior sustitución de Popper, falsable –la pelota es roja–).¹⁹ Usando la verificación como criterio metasemántico para distinguir proposiciones con significado de

¹⁷ Ver KANT, Immanuel, *Transcendental analytic*, y cap. III: “Of the ground of the division of all objects into the phenomena and noumena”, *supra* nota 8, at 257.

¹⁸ Ver AYER, A. J., “Introduction”, en *Logical positivism* 5, 11 (A. J. Ayer ed., 1959). Ver también SCHLICK, Moritz, *The turning point in philosophy*, *id.* en 54; “Meaning and verification”, en 45 *Philosophical Review* 339, 355 y 361 (1936).

¹⁹ Las proposiciones analíticas son aquellas cuyo valor de verdad es inherente. Típicamente, en las oraciones con sujeto y predicado, esto significa que el predicado está contenido en el concepto del sujeto, i. e., “las pelotas son redondas”. Las oraciones analíticas son entonces concebidas como no informativas (las matemáticas son una categoría especial). Su valor de verdad está dado *a priori*, la experiencia no juega ningún rol en su determinación. Las proposiciones no analíticas, o sintéticas, son informativas y generalmente –de nuevo, a excepción de las matemáticas– *a posteriori*: “los globos son amarillos”. Para un rechazo seminal de la dicotomía sintético-analítico a favor de una “red” de proposiciones relativamente sintéticas (pero no analíticas), ver QUINE, Willard Van Orman, “Two dogmas of empiricism”, en *From logical point of view* 20 (2ª ed., rev. 1961). La “verificabilidad empírica” es una característica contingente de las proposiciones sintéticas que se refiere a algunos modos concebibles (no necesariamente realizables) de verificación por medio del recurso a la experiencia perteneciente a la predicación. Así, “los globos son amarillos” no es empíricamente verificable porque hace una afirmación sobre los globos, incluyendo aquellas que son inaccesibles, que incluso todavía no existen.

las que son sinsentidos, los positivistas lógicos que introdujeron el criterio se propusieron así eliminar muchas de las preguntas filosóficas tradicionales por ser meramente “pseudoproblemas” puesto que ninguna respuesta a estos podía ser empíricamente verificable, e. g., proposiciones de ética trascendental.²⁰

Diferentes autores argumentaron que existen distintos niveles de exigencia del requisito de verificabilidad. Waismann, representando a la parte del Círculo de Viena que originó el concepto, sostuvo el principio de que una proposición que no es verificable de manera concluyente no lo es en absoluto y, por lo tanto, no tiene significado; el objetivo de la filosofía (aunque no el único) es purgar al discurso de este tipo de problemas.²¹ Esta formulación extrema recibió las críticas tanto desde dentro de la escuela como desde fuera.²² Esta posición excluía cualquier enunciado universal, enunciados acerca de experiencias de otros, etc.; incluso tenía el extraño efecto de que el opuesto de muchas proposiciones con

²⁰ Es relevante para la discusión de la retórica hacer notar el tratamiento que los positivistas lógicos le dan a la ética, sobre la que no tenían una visión general común. Mientras que todos rechazaron una ética trascendental, el estatus de las proposiciones normativas quedó poco claro. Quizás la visión más representativa de estas es la que tuvieron Carnap y Ayer. Las proposiciones éticas, dijeron, no son aserciones empíricas (“está mal robar” no es una aserción empírica sobre robar) sino expresiones de emociones sobre robar o, en un contexto diferente, un intento de disuadirnos a nosotros mismos o a otros de robar (en términos de Austin, es un acto perlocutorio). Ver AYER, A. J., *Language, truth and logic* (1946).

²¹ Ver WAISMANN, Friedrich, “Verifiability”, en *Essays on logic and language* 117 (A. Flew ed., 1951). Es interesante comparar el enfoque de Waismann con el de Wittgenstein. De acuerdo con el último, la filosofía no genera conocimiento (o “proposiciones”) acerca del mundo: solo clarifica la gramática del lenguaje del conocimiento. En contraste, Waismann confiaba en la filosofía como proveedora de “introspecciones más profundas” respecto de varios aspectos de la cognición y la experiencia humanas. La visión de que la filosofía era solo una crítica del lenguaje, un instrumento para “disipar la niebla”, quedó ridiculizada con su frase al respecto: “solo crítica pero nada de carne”, y finalmente sostuvo que “mientras la lógica nos constriñe, la filosofía nos libera”. WAISMANN, Friedrich, “How I see philosophy”, en *Logical positivism* 354, 380 (A. J. Ayer ed., 1959).

²² Ver SCHLICK, Moritz, “The foundation of knowledge”, en A. J. AYER (ed.), *supra* nota 18, en 209, 225 (una evaluación del principio de verificación desde las premisas del positivismo lógico); POPPER, Karl, “Two kinds of definitions”, en *Popper Selections* 87, 95 (1985) (criticando tanto la lógica del principio como su utilidad). Ver también POPPER, *The empirical basis*, *id.* en 152; QUINE, *supra* nota 19.

sentido (sin importar si eran verdaderas o falsas) en lugar de ser lo contrario al valor de verdad, no tienen sentido.²³ Aún más preocupante, la aplicación del principio de verificación a sí mismo creaba el obvio problema de que esa proposición no es obviamente analítica ni puede ser verificable empíricamente en ningún sentido.²⁴

Filosóficamente, el positivismo ha perdido mucho de su atractivo como teoría del conocimiento desde que el concepto de conocimiento cambió su carácter de analítico a histórico y sociológico.²⁵ Sin embargo, el positivismo lógico aún parece atraer a los enfoques partidarios del “sentido común” y retiene parte de su atractivo, si no para muchos filósofos, al menos para unos cuantos científicos y un considerable grupo de abogados, especialmente aquellos ocupados en proyectos de demarcación de las proposiciones “legales” como opuestas a las proposiciones que solo aparecen como tales mientras que en realidad son proposiciones morales o políticas.

En vista del próximo paradigma lingüístico que se discutirá, el performativo, es importante no confundir el primer Wittgenstein con los positivistas lógicos. Lo que compartían, y en lo que ambos se equivocaron –de acuerdo con el paradigma preformativo–, no era solo en la aproxi-

²³ Por ejemplo, la proposición “hay cosas doradas” es empíricamente verificable, por lo tanto, con significado (y, como sucede, verdadero hasta el momento), pero la proposición “no hay cosas doradas” no es verificable y, por lo tanto, antes que ser falso es un sinsentido. El criterio de falsabilidad de Popper supera algunos de estos problemas. Ver la nota 24 *infra*.

²⁴ Hubo distintos remedios que ofreció la misma escuela para superar este problema. Entre los dos más importantes el de Popper consistió en sustituir el principio por el de falsabilidad (“una proposición es aceptable si, en principio, es empíricamente falsable”). Nótese que Popper enfatiza que el principio de falsabilidad es un criterio no para determinar lo que tiene significado sino solo como un criterio de demarcación entre las proposiciones “científicas” y aquellas que no lo son (como las religiosas, metafísicas, etc.). Ver en general POPPER, Karl, *Conjectures and refutations* (Harper Torchbooks, 1968) (1962); *The logic of scientific discovery* (Harper Torchbooks, 2ª ed., 1968) (1969). Desde una posición diferente, Ayer propuso la adopción de un principio de verificación más débil que establece un grado de probabilidad antes que una determinación concluyente. Ver AYER, A. J., *Language, truth and logic* (Introduction a la 2ª ed. rev., 1946). Para una colección de trabajos de positivistas lógicos y pensadores influenciados por ellos, ver AYER, A. J. (ed.), *Noterefmergeformat Logical Positivism* (1959).

²⁵ Este movimiento genera mucho de su empuje gracias a KHUN, Thomas, *The structure of scientific revolutions* (1962).

mación al significado, que privilegiaba la función representativa del lenguaje (una desviación que J. L. Austin denominó “la falacia descriptiva”)²⁶ sino en considerar al lenguaje estrictamente como un medio del significado. Para Austin, el lenguaje consiste no meramente en un sistema de significados sino en un marco y un agente de acción social: en hacer cosas más que representar “hechos” o “estados de cosas”. Más aún, Austin atacó al positivismo lógico tanto por medio del desarrollo de la noción de “hacer” cosas con el lenguaje no representacional, tanto como por invocación de la retórica, una clase de “cosas que, tratadas como proposiciones, están en riesgo de ser descartadas como sin sentido” por los positivistas ya que no “están dirigidas a reportar hechos sino a influenciar a la gente en una forma u otra”.²⁷ Los críticos actuales frecuentemente remarcan que “muchos autores [...] en lingüística y ciencias sociales [...] han asumido que la comunicación referencial (una clase de habla representacional) es la única función del lenguaje”.²⁸

En vista de la teoría del derecho, debemos notar que una importante posición compartida por el primer Wittgenstein y los positivistas lógicos influyó en muchos positivistas jurídicos: la visión de que el mundo es una “totalidad de hechos”.²⁹ La relevancia legal es que, de acuerdo con

²⁶ AUSTIN, J. L., “Performative utterances”, en *Philosophical Papers* 234 y *passim* (1961) (1956). Para ese entonces el trabajo póstumo de WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations*, ya estaba publicado, es la obra en que la “teoría de la pintura” es reemplazada por la multifuncional teoría del “significado como uso” (que Austin criticó por otras razones).

²⁷ AUSTIN, nota *supra* 26.

²⁸ IRVINE, Judith, “When talk isn’t Cheap: language and political economy”, en *16 Am. Ethnologist* 248, 250 (1989).

²⁹ La mayoría de las veces, Wittgenstein es confundido con el positivismo lógico. Específicamente, Wittgenstein nunca suscribió a la visión positivista de la verificabilidad como criterio del significado ni al empirismo, y el TLPh no trató con estos conceptos. Además, contra el proyecto del positivismo, el TLPh no debería ser considerado como un trabajo antimetafísica. Más bien, estima que el lenguaje es limitado para representar cuestiones metafísicas; pero esta limitación es (posiblemente) algo para lamentar y (ciertamente) un punto de partida para otras formas de acercarse a esas cuestiones –a las que Wittgenstein denominó “místicas” y que “se manifiestan a sí mismas” (TLPh, *supra* nota 15, en § 6.522)– antes que para dejarlas de lado. El TLPh concluye con una famosa frase: “Acerca de lo que no se puede hablar, mejor callar”. *Id.* en § 7 (esta traducción es preferible, por obvias razones creo, a la de Pears y McGuinness’s, “What we cannot speak about we must pass over silence”. Un silencio *intencional* es

esto, dado que las normas habitan el mundo (social) también deberían ser consideradas y tratadas como hechos (sociales). Esta es una posición relevante a la pregunta seminal sobre el derecho que Richard Posner parafraseó en términos de “ontología legal”:³⁰ o el derecho es solo un asunto de hechos sociales, o no puede ser apropiadamente conceptualizado sin recurso a las categorías normativas que no son hechos sociales (tales como teorías éticas de primer orden, una teoría correcta, sea o no dominante en términos sociales).³¹ Sin embargo, la relación de esta teoría lingüística con esta cuestión legal deberá ser tratada en otro lugar.

IV. EL GIRO LINGÜÍSTICO

Le dio el habla al hombre, y el
habla creó el pensamiento,
Que es la medida del Universo.

SHELLEY, *Prometheus unbound*³²

bastante opuesto a *passing over*). Es un silencio intencional, un silencio que afirma la existencia de una dimensión de cosas que son no-expresables lingüísticamente pero no por eso menos significativas. Actualmente, pocos filósofos post “giro lingüístico” sostienen que la cognición de cualquier cosa pueda ser no lingüística, o que pueda haber algunas cosas que nuestras mentes puedan formar pero sean inexpresables en lenguaje. Esto último es a veces denominado “el principio de expresabilidad”, de acuerdo con el mismo “cualquier cosa que puede ser pensada, puede ser dicha”. SEARLE, John, *Expression and meaning* 134 (1979), reiterando a SEARLE, *infra* nota 56. La atención de Dummett está más generalmente enfocada al pensamiento: *Es de la esencia del lenguaje, sin embargo, ser transferible, que yo puedo transferirte a ti exactamente lo que estoy pensando (...) Hago más que decirte cómo es mi pensamiento, te comunico ese pensamiento*. DUMMETT, Michael, “Frege’s distinction between sense and reference”, en *Truth and other enigmas* 116, 166-7 (1978). Al respecto de este problema, la introspección podría indicarnos otra cosa.

³⁰ Ver POSNER, Richard, *The problems of jurisprudence* (1990).

³¹ Para cualquier tratamiento temprano de la cuestión sobre el “positivismo legal incluyente” –aquel que reconoce que el derecho consiste en tipos de normas sociales que, aunque no son emergentes de un marco tan “puro” como la llamada pirámide de Kelsen, y cuyo origen institucional es turbio pero son, después de todo, normas sociales, opuestas a las trascendentales o metafísicas– ver COLEMAN, Jules, “Negative and positive positivism”, en *11 J. Legal Studies* 139 (1982).

³² SHELLEY, Percy Bysshe, *Prometheus undbound*, II, iv, 72-3 (1820). “El” en el pasaje citado es Prometeo, el benefactor de la humanidad, y la referencia a “hombre” como el caso genérico de “humano” es un caso para un análisis de la determinación lingüística como se explica abajo: la dependencia de la cognición del lenguaje, el que a su turno internaliza la ideología. Ver texto *infra* acompañando la nota 38.

Quizás más que ninguna otra línea de pensamiento, el análisis del lenguaje en el siglo XX fue influenciado por lo que se llamó el “giro lingüístico” en filosofía y luego en antropología y lingüística.³³ La principal idea de este surgió también de Wittgenstein. En su forma más básica, el giro lingüístico es una tesis respecto de que la forma en que conocemos y construimos el mundo es un producto de nuestra actividad cognitiva. La herramienta de nuestra mente es el lenguaje: pensar o cogitar “acerca” del mundo se hace por medio del lenguaje únicamente, no hay pensamiento sin lenguaje. “Acerca” aquí se menciona entre comillas porque el concepto “mundo-lenguaje” del giro lingüístico niega la independencia del lenguaje y el mundo porque uno no puede ser, estrictamente hablando, meramente “acerca” del otro. “Acerca de” no es una relación entre significantes y significados presupuestos, entidades extralingüísticas, y hablar “acerca de” debe ser reinterpretado como formativo antes que representativo en sentido positivista.³⁴

Desde esta perspectiva, el lenguaje no es un dispositivo neutral o transparente a través del cual el pensamiento y la cognición viajen intactos. Nuestros pensamientos están moldeados por el dispositivo que tienen disponible, por el lenguaje en que pueden manifestarse. Nuestras proposiciones, aun si intentan representar realidad no lingüística, son lingüísticas. No tenemos acceso directo, no lingüístico, a las verdades “acerca” del mundo (físico, social o normativo). Lo que no podemos decir no lo podemos saber, menos comunicarlo. De acuerdo con las ramas más extremas del giro lingüístico, el mundo y sus atributos y fenómenos -físicos y sociales- son construcciones de las culturas lingüísticas, com-

³³ Ver RORTY, Richard, *Philosophy in the mirror of nature* (1980). Ver también RORTY, Richard (ed.), *The linguistic turn: recent essays in philosophical method* (1967). Para una construcción ponderosa y no relativista que desarrolla un “giro comunicativo” como una síntesis del giro lingüístico y como un enfoque universalista de la comunicación y la ética, ver HABERMAS, Jürgen, *The theory of communicative action* (Thomas McCarthy trans., 184). Para una discusión del “giro cognitivo” y su aplicación a la teoría legal, ver WINTER, nota *ut supra* 12. Para discusiones relacionadas con el giro lingüístico y sus aplicaciones a la teoría legal, ver BOYD WHITE, James Boyd, “Justice as translation”, en *Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism* 257 (1990).

³⁴ Ver YOVEL, Jonathan, “What is contract law ‘about’? Speech act theory and a critique of ‘skeletal promises’”, en 94 *Nw. U. L. Rev.* 937 (2000). Ver también WHITE, nota *ut supra* 33, en 229.

prometidas no solo por cosas tales como los límites de la estructura lingüística sino también por la ideología del lenguaje y el carácter temático. Como remarcó Ferdinand de Saussure, el fundador de la lingüística moderna, la noción misma de significado lingüístico depende de la diferencia entre los signos, i. e., de la variación (“manzana” es diferente de “pera” como un problema del lenguaje español, no respecto de la agricultura, y explicar este entendimiento es parte de la “consciencia metalingüística”, la consciencia respecto del carácter semiótico del lenguaje, que es un sistema de significación independiente de las cosas que significa).³⁵

Un lenguaje basado en los sustantivos necesariamente nos da una visión diferente del mundo que uno basado en los verbos, y las traducciones perfectas, como ese gentil desconstruccionista de J. B. White muestra, son imposibles.³⁶ En inglés uno quizás diría “está lloviendo”; en hebreo: “la lluvia está bajando”. En inglés: “está caluroso”, en francés: “está haciendo calor”, en hebreo: “calor”. Si estamos hablando de manera distinta del mundo –y lo estamos haciendo–, entonces estaremos construyendo diferentes visiones de este mientras lo hacemos. Esta visión del mundo se convierte en ideológica (una noción que luego será discutida) una vez que subyace a nuestra habla cotidiana: por ejemplo, en la cita de Shelley que abre este apartado, la referencia al caso masculino “hombre” está dado como lo estándar o general en la especie “humana”, y otras formas de denotación son solo derivativos.³⁷ A través de la comunicación quizás

³⁵ Ver DE SAUSSURE, Ferdinand, *Course in general linguistics* 120-22 (Charles Bally y Albert Reidlinger eds., Wade Baskin trad., 1959). Ver también MERTZ, Elizabeth y Jonathan YOVEL, “Metalinguistic awareness”, en *Handbook of pragmatics* (Verschueren et al. eds., forthcoming 2002).

³⁶ Ver WHITE, *ut supra* nota 33.

³⁷ Los textos canónicos que dieron origen al “relativismo epistémico”, la “relatividad lingüística” y la “determinación lingüística” así como a proposiciones similares en lingüística y antropología fueron los de SAPIR, Edward, *Language: an introduction to the study of speech* (1921) y LEE WHORF, Benjamin, *Language, thought and reality: selected works* (J. B. Carroll ed., 1956). La llamada hipótesis “Sapir-Whorf” sostiene la dependencia de la cognición y la interpretación de la experiencia, incluyendo el conocimiento del mundo, del lenguaje y otros “horizontes culturales” a través de los cuales las personas se relacionan (de un modo bastante diferente de las ataduras “externas” de Prometeo, nota *ut supra* 32). Ver también LUCY, John A., *Diversity and thought: a reformulation of the linguistic relativity hypothesis* (1992).

“habitemos el mundo de otros” a niveles increíbles en cuanto a lo que podamos compartir, pero el programa de un sistema de representación y comunicación perfecto y universal no es alcanzable.

El pluralismo lingüístico es en sí todo un desafío para la comunicación, pero la fragmentación de las categorías de la razón kantiana –una pluralidad irreducible y solo parcialmente traducible de cosmovisiones– parece un desafío mucho más complejo a la comunicación. La diversidad no afecta a la comunicación debido a una habilidad incompleta o imperfecta sino porque se trata de un problema de “ideologías lingüísticas” incrustadas, de la infraestructura gramatical que subyace a cada lenguaje.³⁸ Algunas variaciones lingüísticas pueden parecer de hecho menores, pero el lenguaje está saturado con contenido, y con contenido ideológico. Cada proferencia descriptiva es una reivindicación, una respuesta a las preguntas: ¿qué cuenta? y ¿qué, de todas las formas posibles de hablar en un contexto dado acerca de un estado de cosas, cuenta? La crítica a la razón pura de Kant –la noción de que el conocimiento está moldeado por modos necesarios de cognición de los cuales emergen los conceptos– era universal: todos los agentes racionales comparten ladrillos de la razón tales como la causalidad, el espacio, el tiempo, la cantidad, la calidad y el número.³⁹ El poder y la política fueron ignorados en su teoría, pero en un mundo plural con intereses, pasiones y poder en juego, el discurso es moldeado por factores contingentes, no universales, que son inherentemente políticos.

En diferentes contextos discursivos preguntamos, por ejemplo, quién cuenta como una persona paradigmática o ejemplar y quién es alienada por este tipo de práctica lingüística que establece estándares. ¿Quién determina cuál es el “lenguaje normal”, el estándar, el correcto modo de aproximación lingüística en los distintos contextos sociales?⁴⁰ El len-

³⁸ Ver SILVERSTEIN, Michael, “Language structure and linguistic ideology”, en *The elements: a parasession on linguistic units and levels* 193 (Paul R. Clyne et al. eds., 1979). Ver también SCHIEFFELIN, Bambi B., et al. (eds.), *Language ideologies* (1998).

³⁹ Para ver el principio de necesidad –y por tanto de universalidad– de estos y otros postulados de la cognición y la percepción en KANT, ver nota 8 *ut supra*.

⁴⁰ Uso “lenguaje normal” como una ideologización, bastante cerca a lo que Bakhtin denominó “lenguaje general”. Ver BAKHTIN, Mikhail, *The dialogic imagination* (Michael Holquist ed., 1981); MEDVEDEV, Pavel N., *The formal method in literary scholarship: a critical introduction to sociological poetics* (Albert J. Wehrle trad., 1978).

guaje se convierte, instantáneamente, en político. Usar el lenguaje no es ya meramente una cuestión de significación, una relación entre un sistema de signos y las “cosas” significadas. Mientras que el lenguaje puede parcialmente funcionar en su capacidad representacional, es visto primariamente como una cuestión de comunicación y también de poder. De comunicación porque, como Jürgen Habermas sostiene en su noción dialógica del “discurso ético”, un nivel inicial del consenso y la cooperación –“habitar el mundo del otro” y dirigirse a él en cuanto humano– no solo es requerido en cualquier intercambio lingüístico sino que está implícito como requisito en cualquier acto de comunicación con otro.⁴¹ Significado y performance no son dos definiciones analíticas derivadas limpiamente de “sentido y referencia”⁴² o performances de “procedimientos”⁴³ preordenados respectivamente, sino prácticas dinámicas en marcha: están determinadas por y en la práctica e intercambio lingüísticos, no presupuestos por ellos.

Michel Foucault implícitamente rechazó la noción de Habermas y trabajó en el examen de los modos a través de los que el lenguaje-como-poder es a la vez libre de cualquier tipo de presupuestos de “ética discursiva” y aun así no simplemente una mera respuesta al medio social sino una forma de moldearlo.⁴⁴ El famoso *dictum* de Francis Bacon, “el conocimiento es poder”, es invertido: no es el conocimiento presupuesto, representacionalista y referencial el que da poder a los agentes sociales sino que son las relaciones sociales las que enmarcan lo que cuenta y valida el conocimiento en distintos escenarios sociales. El discurso en sí mismo, Foucault y sus seguidores dirán, es una estructura variable de poder: ¿quién logra hablar? ¿De qué hablamos y cómo lo hacemos? ¿Qué cuenta como conocimiento? ¿Qué voz cuenta y por qué? ¿Cómo clasifi-

⁴¹ Ver HABERMAS, Jürgen, *Moral consciousness and communicative action* (Christian Lenhardt y Shierry Nicholsen trads., 1995). Ver también HABERMAS, Jürgen, *Knowledge and human interests* (Jeremy Shapiro trads., 1971).

⁴² De acuerdo con Frege, estos son los dos componentes del significado. Ver CARL, Wolfgang, *Frege's theory of sense and reference: it's origins and scope* (1994).

⁴³ Así es como Austin pensó las “condiciones de felicidad” del lenguaje de los actos de habla exitosos. Ver AUSTIN, J. L., *How to do things with words* (1962) y la discusión sobre el lenguaje performativo *infra*.

⁴⁴ Ver KELLEY, Michael (ed.), *Critique and power: recasting the Foucault/Habermas debate* (1994).

caciones como normal y perverso, salud y enfermedad, sanidad y locura, legal y criminal, emergieron en la historia no como un asunto del lenguaje “capturando” alguna distinción “natural”, sino como un asunto de molde y determinación discursiva en un juego eterno con múltiples centros de poder?⁴⁵

Una ideología de la representación sirve frecuentemente para oscurecer la manipulación del lenguaje y los modos en que se construye a sí mismo: los usuarios del lenguaje parecen referirse a, y entonces representar, algunos “hechos trascendentes” acerca del mundo cuando están, en realidad, manipulando concretamente contextos a través de reivindicaciones manifiestas (y a menudo inocentes, si no enteramente benevolentes) de ser representaciones (“manipulación” aquí no debería ser leído en su sentido técnico ni necesariamente como intención).⁴⁶ El lenguaje, en Nietzsche y Foucault, no solo funciona como meramente un marco cultural presupuesto sino que es el principal agente mediante el cual este contexto es realizado históricamente. La performatividad –hacer cosas con palabras– se refiere por tanto no meramente a actos o “movimientos” dentro de un juego presupuesto del lenguaje (e. g., nombrar o casar a alguien), sino también a actos lingüísticos que construyen los juegos del lenguaje así como la consciencia que se deriva de ellos.

El representacionalismo se convierte en un agente que oscurece las cosas antes que informar sobre ellas: los agentes sociales actúan a través de la manipulación del lenguaje que pretende representar “hechos” extralingüísticos –i. e., fuera del alcance de la elección o rango de acción del hablante– cuando en realidad el discurso es constructor a través de sus niveles gramatical, ideológico y denotacional. Aún más, acerca de esas realidades no lingüísticas, si nos tomamos en serio el giro lingüístico, no se puede hablar: la realidad solo es accesible a través del lenguaje y

⁴⁵ Ver FOUCAULT, Michael, *Power/knowledge: selected interviews and other writings* (1981); *Madness and civilization: a history of insanity in the age of reason* (1988).

⁴⁶ De acuerdo con Bourdieu, algunas instituciones deben oscurecer su verdadera función para poder operar (e. g., dar regalos en ciertas sociedades sirve en realidad como lo que un observador puede interpretar –funcionalmente pero no simbólicamente– como un intercambio económico). Ver BOURDIEU, Pierre, *An outline of a theory of practice* (1977). Las funciones efectivas del lenguaje –como ciertos tipos de performatividad en su relación con la referencia– quizá requieran similares disfraces para operar también.

lo que llamamos “el mundo” no es la “totalidad de los hechos” según la descripción de Wittgenstein en el *Tractatus Logico-Philosophicus* sino la totalidad de nuestra habla.⁴⁷ La vieja distinción de base del representacionalismo entre palabra y objeto (para jugar con el título del trabajo seminal de Quine)⁴⁸ o palabras y cosas (para jugar con Foucault)⁴⁹ debería ser reinterpretado en términos performativos: el modo en que hablamos acerca de las cosas construye las cosas.

Hasta cierto punto apoyado en la hipótesis de Sapir-Whorf,⁵⁰ se sostendrá que el conocimiento no es más una representación mental sino social, intersubjetiva, mayormente construida institucionalmente. El idealismo epistemológico, revitalizado y de alguna manera puesto de cabeza, encontró su agente performativo y su motor: el lenguaje enmarca la realidad a través de una semblanza de representación en un irónico juego de poder y dominación. El problema con el lenguaje no es que carezca del poder de representar cosas sino que el poder es casi demasiado fuerte: construye su(s) objeto(s) y es un juego de poder cultural y político incontrolable. De hecho, parte del trabajo más significativo hecho por los teóricos del feminismo, los estudios raciales y los críticos legales intenta exponer la dominación a través de la cual los sesgos ideológicos y las habilidades políticas son codificados como neutrales, procedimentales, liberales o cuestiones del lenguaje formal (aunque no son mutuamente excluyentes, se trata de diferentes categorías).⁵¹

¿Qué pasa, entonces, con el lenguaje legal? Para los realistas jurídicos, como Oliver Wendell Holmes, el lenguaje es lo que manipula el agente legal –notablemente el tribunal– para actuar de cierta forma. Aun cuando

⁴⁷ Ver WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, nota 15 *ut supra*, en § 1.1.

⁴⁸ QUINE, Willard V., *Word and object* (1960).

⁴⁹ FOULCAULT, Michel, *The order of things: an archeology of human sciences* (R. D. Laing ed., 1973).

⁵⁰ Ver nota 38 *ut supra*.

⁵¹ Ver KENNEDY, Duncan, “Form and substance in Private Law adjudication”, en 89 *Har L. Rev.* (1985); “Distributive paternalist motives in contract and tort law”, en 41 *Maryland L. Rev.* 563 (1994); FREEMAN, Alan, “Legitimizing racial discrimination through antidiscrimination law: a critical review of Supreme Court doctrine”, en *Critical Legal Studies* 120 (Allan C. Hutchinson ed., 1989); MCKINNON, Catherine A., “The roar on the other side of silence”, en *Harm’s way: the pornography civil rights hearing* 3-24 (Catherine A. McKinnon y Andrea Dworkin eds., 1997).

el lenguaje legal pretenda representar algo (como la doctrina legal) y en este sentido es útil, este no es específicamente su uso característico: en tribunales las pretensiones de representación son un mecanismo retórico más para la manipulación. Esta observación nos lleva lejos del representacionalismo y, a través de la retórica, al aspecto más fascinante del lenguaje, su uso para hacer cosas en el mundo social.

V. PERFORMATIVIDAD, RETÓRICA E INTERPRETACIÓN: EL LENGUAJE DE LOS ABOGADOS

A través de los años, como una sociedad clandestina que guarda una herencia secreta, los abogados han preservado el paradigma retórico sin profesarlo completamente. Aunque en las historias del proceso legal los jueces son los que toman las decisiones, el lenguaje pertenece a los abogados. Todo lo que los abogados hacen en los tribunales es lingüístico, y los abogados siempre pensaron que el lenguaje es una herramienta para la manipulación de los tribunales para conseguir distintos cursos de acción.⁵² En la era moderna, las relaciones entre jugadores y lenguaje en el juego legal han cambiado. En un grado creciente y en muchas áreas clave de la práctica, los jueces tomaron el control sobre el lenguaje a través de un proceso de textualización; una muestra de esto es cómo intensificaron la producción institucional de textos canónicos.⁵³ Los reportes oficiales de las cortes aparecieron, en coexistencia con y reemplazando a los reportes basados en la documentación de los agentes comerciales de las editoriales, tal como el caso de la aduana británica.⁵⁴ Los abogados son agentes sociales con un poder limitado para usar el lenguaje performativo en comparación con el poder performativo que

⁵² La *Texas Law Review Manual on Usage and Style* manifiesta que “la única herramienta del abogado es la palabra” (2ª ed., 1967). El punto no es si esto es o no correcto sino que los abogados piensan sobre ellos mismos de esta forma.

⁵³ Esta descripción se ajusta mejor a las apelaciones y cortes sin jurado; sin embargo, en los juicios con jurado los jueces, también, usan lenguaje representativo, retórico y performativo cuando los instruye.

⁵⁴ La aparición de los periodistas ocupados de los temas legales fue reconocido y documentado como proceso en el siglo XIX. Ver WALLACE, J. C., *The reporters, arranged and characterized with incidental remarks* (1882); DANIEL, W. T. S. *The history and origin of the law reports* (1884).

tiene una decisión judicial (un acto de habla que tiene nombre en la modernidad y una forma textual: la sentencia).

Para poder tomar el lenguaje y manejarlo, los abogados deben pasar por las cortes y los jueces y deben infiltrarlo de textualidad. El principio en sí mismo no es enteramente nuevo, solo está intensificado: bastante temprano en la historia occidental, el texto legal canónico dejó de ser identificado con el conjunto de los herederos de Cicerón y pasó a manos de la hermandad de jueces de Sir Edward Coke. El lenguaje legal, en su forma genérica de opinión judicial, hizo su aparición en el escenario de la historia como texto. Estos textos no pueden ser entendidos solo como representación o retórica, porque no representan la acción, son la acción, y no manipulan meramente agentes para que actúen a través de la persuasión, lo hacen constituyendo una razón para la acción, esto es, a través de una orden. El paradigma performativo les da al de la representación y al retórico un giro tal que los cambia para siempre.

De acuerdo con el paradigma performativo, la unidad básica del lenguaje no es tal o cual entidad gramatical (como una palabra o una oración), tampoco está concebida en términos de significado, sea este semántico o pragmático o de otra clase. El habla es un acto, y el lenguaje es algo con lo que uno *hace* cosas. Representar hechos es una cosa de las cosas que se pueden hacer, pero también se puede prometer, jurar, aseverar y otras cosas constitutivas de la realidad antes que meramente hacer reportes sobre esta. Cuando digo, en los contextos apropiados, “se declara el cuarto intermedio” o “nombro a este barco Titanic”, no represento un hecho, y no manipulo meramente a los otros para que actúen de una determinada manera; creo un hecho en el mundo, una razón para la acción en términos de Raz: la reunión es aplazada por unos momentos y el barco es bautizado.⁵⁵ Estos hechos pueden servir

⁵⁵ De acuerdo con la teoría de Raz sobre la razón práctica, las razones de primer orden son simplemente hechos que gobiernan la acción en tanto las personas las toman en consideración (e. g., el hecho de que el libro A sea más interesante para mí que los libros B y C es una razón para comprar A en lugar de B o C). El hecho de que un barco fuera nombrado “Julia” en un evento que es socialmente reconocido como el correcto para nombrar barcos es una razón para referirse al barco por ese nombre. Las razones de segundo orden dictan qué razones de primer orden serán o no tomadas en cuenta (e. g., el hecho de que no pueda pagar el libro A excluye la acción, dejando de lado otros méritos). Las reglas, de acuerdo con Raz, son casos paradigmáticos de

luego como razones para la acción –los reunidos pueden irse a casa, el agente marítimo usará el nombre para denotar el barco en cuestión– pero eso es generalmente cierto de los hechos del mundo.

También es cierto que como un subproducto un hablante puede simultáneamente reportar el acto que está llevando adelante.⁵⁶ Por supuesto, la realidad de tal cosa será de una peculiar naturaleza, porque no se puede –siendo todo lo demás igual– causar impacto en la naturaleza de la misma confortable manera en que Joshua ordenó al sol que se mantuviera fijo sobre Giv'on⁵⁷ cuando esta estaba en peligro. Excepto la magia –la radical acción performativa que durante años les sirvió a muchos de función legal–, el campo del lenguaje performativo es el mundo social, normativo. Las normas son especiales para nosotros en tanto en un importante sentido son accesibles solo a través del lenguaje, pero eso no significa que sean “meramente” entidades lingüísticas. Las “reglas” descriptivas que reportan fenómenos naturales (e. g., “ley de la gravedad”) también son solo accesibles a través de sus formulaciones, y, mientras estas formulaciones ciertamente son entidades lingüísticas (tales como las ecuaciones que describen la gravedad), la naturaleza no lo es. Las normas, también, existen en un sentido no lingüístico: si me debés cinco dólares, eso es un hecho –social, normativo– incluso si sus efectos e implicancias dependen del lenguaje que lo describe y los modos en que son interpretados por una comunidad de interlocutores. No voy a renunciar a la deuda ni aunque, en los modos históricos en que la

las razones de segundo orden: la regla social que empodera a ciertos agentes a nombrar barcos es una razón para no llamarlos como nos plazca, y un presupuesto ajustado es una razón para excluir ciertas preferencias, principalmente aquellas que transgreden la regla exclusionaria. Ver RAZ, Joseph, *Practical reason and norms* (1975). Para un examen crítico de Raz y otros modelos de las razones como reglas (principalmente Fredric Shauer), ver YOVEL, Jonathan, “Overruling rules?”, en *4 Pragmatics & Cognition* 347 (1996).

⁵⁶ Así, Searle distinguía en las preferencias el “contenido proposicional” y su fuerza performativa: “¿Se ha llamado a cuarto intermedio de la sesión?”, “La sesión entra en cuarto intermedio”, “Prometo llamar a cuarto intermedio” comparten todas un contenido proposicional –la de una sesión que entra en cuarto intermedio– mientras que realizan distintos actos de habla. Ver SEARL, John, *Speech acts: an essay in the philosophy of language* (1969).

⁵⁷ “Joshua”, 10:12-13.

semántica cambia, la frase “X le debe a Y cinco dólares” no se refiriera más a la obligación de pago.

El filósofo de Oxford J. L. Austin fue el primero en proveer una discusión comprensiva sobre el paradigma performativo. De acuerdo con la colorida prosa de Austin, “cuando digo ‘I do’ (...) no estoy reportando un matrimonio, estoy consintiendo formar parte de uno”.⁵⁸ El lenguaje así concebido tiene un rol constitutivo tanto en la manipulación como en el modelado del universo social, y los usuarios del lenguaje hacen cosas con este de una forma parecida a como hacen cosas con otros materiales. Prometer, de acuerdo con el paradigma performativo, es como talar un árbol: ambos son actos, y ambos constituyen hechos, uno de tipo físico, el otro normativo. Aun así, hay una importante diferencia entre ambos, talar un árbol no se hace con signos y entonces no necesita interpretación. Todo lo que se hace con el lenguaje, en cambio, consiste en una manipulación de signos –fonéticos, textuales, signos corporales, etc.–, entonces la constitución de actos de habla, a diferencia de otros tipos de actos, depende de su interpretación.⁵⁹ Este, por tanto, es quizás un buen lugar para examinar, en el contexto de este estudio, la recepción e interpretación de los actos comunicativos y cómo su significado depende del entendimiento de estos como representativos, performativos o retóricos.

VI. INTERPRETAR ACTOS COMUNICATIVOS: PROMESAS Y CONTRATOS

Llevemos esta cuestión de la interpretación de los actos performativos –en este caso, una promesa– a un lugar lejano, el bosque noruego, donde Peer Gynt y Solveig disfrutaban el tipo de felicidad doméstica que les fuera negada en el drama existencial de Ibsen.⁶⁰ Peer acaba de retornar a su solitaria cabaña después de un día de labor (de acuerdo con los gustos de Peer, este ejemplo suena contrafáctico). Solveig lo saluda y le pregunta

⁵⁸ AUSTIN, J. L., “Performative utterances”, en *Philosophical Papers* 235 (1961) (1958).

⁵⁹ Esto es verdad tanto respecto del acto ilocucionario (¿qué modo de acto fue realizado?) y respecto del locucionario (¿qué significa el contenido proposicional –si hay uno– del acto de habla?). En el siguiente ejemplo ambas dimensiones son interpretativamente dependientes: 1) hubo una performance de promesa; 2) qué se prometió.

⁶⁰ IBSEN, Henrik, *Peer Gynt* (Michael Meyer trad., Doubleday, 1963) (1875).

qué ha estado haciendo. “¿Por qué me preguntás eso? Estuve talando un árbol”, contesta, señalando al objeto en cuestión, que apenas si alcanza arrastrar detrás de sí. “No hiciste eso”, contesta Solveig indignada, “no veo un tronco, solo ramas y hojas; esto nunca alcanzará para calentar nuestro hogar durante la noche fría. Es más, está verde y no arderá bien. No es un árbol en realidad”. Peer está furioso. “No sabía que lo querías para usarlo para calentar la casa, de todas maneras”, dice en su impráctica juventud. “Pero prometiste traer un árbol. ¿No pronunciaste las palabras ‘traeré un árbol cuando vuelva’? Por ende hiciste una promesa y en consecuencia pasé todo el día preparando un hogar para quemarlo que ahora no sirve para nada”. “Sí, esas son las palabras que usé, pero fueron meramente una expresión de mi inclinación al método de pasar el día, no una promesa. Y, en todo caso, es un árbol”.

Solveig y Peer no acuerdan en dos cosas (al menos). Una, si Peer realizó el acto de traer un árbol (una cuestión de tipo representacional). La segunda es si realizó el acto performativo de prometer (una cuestión performativa). Adicionalmente, Solveig, confiando en las palabras de Peer, las trató retóricamente, como una razón para actuar, algo que la persuadió, en lo que confió, para realizar una acción en consecuencia. Ambos acuerdan en que se pronunciaron unas palabras determinadas (un acto retórico), pero por alguna razón eso no resuelve el desacuerdo. En el problema del árbol, la palabra “árbol” parece importante, pero el acuerdo sobre la palabra no es un acuerdo sobre el significado proposicional. El acto de Solveig de pedir un árbol fue hecho en un contexto comunicativo y por una particular razón (en el sentido de propósito de interés). En ese contexto, un árbol debe ser algo que se queme bien, y cualquier otra cosa no es un árbol, sin que importen las clasificaciones botánicas en este caso. De hecho, Solveig confió en ese contexto *para llevar adelante el trabajo de constituir el sentido de ese acto de habla*. Peer, siempre envuelto en la ensoñación de la grandiosidad y la distinción, no se dio cuenta de aquello. Él es un hombre del bosque y los árboles son esas cosas altas y siempre verdes que abundan en ese paisaje. Son muy bellos, piensa Peer, y por eso corta uno para adornar su casa. El tronco es algo sin color, pesado. Las ramas, por otra parte, son hermosas con sus frescas hojas verdes y por eso le lleva el árbol a Solveig, y ambos se morirán de frío durante la noche.

¿Qué pasa con la promesa? Creo que la interpretación sobre si Peer realizó el acto de prometer o no debería ser pensado de la misma manera: confiando en el contexto comunicativo que es el que permite hacer la construcción del efecto performativo. La constitución de un acto de habla no puede ser completamente dependiente de las palabras empleadas, tampoco de las intenciones de las personas que lo realiza. Como otros actos, uno puede intentar hacer algo y en realidad (falible como somos) hacer otra cosa: el contexto hace su trabajo lo queramos o no, hayamos hecho bien la previsión o no. Uno puede intentar hacer una promesa, casarse, maldecir, nombrar un barco, decir la verdad o cantar un blues y fallar. La falla puede deberse a la incompetencia del hablante o a la ignorancia (i. e., asumiendo equivocadamente qué requiere cantar un blues, o qué es la verdad, etc.), o incluso a que muchas veces el hablante descubrirá que las fallas se deben a una interpretación que no esperaba generar debido a que esta es una performance distinta e independiente de su voluntad. El resultado será, quizás involuntariamente, que Peer de hecho realizara un acto físico distinto del que prometió. El acto es real y válido tanto como cualquier otro que haya intentado. Parece que la interpretación es una performance muy dependiente del contexto y las convenciones, e incluso cuando la interpretación trata de considerar al lenguaje como un instrumento representacional y se busca desentrañar sus intenciones (como puede ser el caso de la interpretación sin que sea la única posibilidad de tal acción), es el resultado de la interpretación lo que importa en las interacciones sociales, sin interesar cuál es la intención real e histórica del hablante. La comunicación, entonces, cobra una vida por sí misma.

Más aún, los actos de habla interactúan con su medio normativo (que es el “contexto” relevante en el caso de los performativos) para producir un hecho normativo (tal como una obligación) o un estado de cosas, arreglado de acuerdo con las matrices de Hohfeld.⁶¹ En efecto, esa es la manera en que el *common law* entiende los actos de habla. En el infame caso de “Bardell vs. Pickwick”, Dickens, con todo su desprecio por el derecho, captó bastante precisamente la revolución de su tiempo en el área del derecho contractual, que pasó de un encuentro racionalista entre

⁶¹ Ver nota 69 *infra* y su texto.

las mentes a una versión interpretativa, intersubjetiva, que mira menos a las intenciones del que profiere el acto de habla y más al derecho del interlocutor de confiar en una "interpretación" razonable de esta.⁶² La formación de un contrato ya no era una cuestión de analizar los estados mentales –"No tuve la intención de prometer", como sostuvo Peer–, sino de considerar la interpretación convencional de los actos comunicativos que tuvieron lugar entre las partes, sean considerados "conducta" o "lenguaje". En las obligaciones contractuales, en las que la estructura normal parece ser la confianza de las partes en lo que la otra sostiene,⁶³ los tribunales han ido progresivamente virando de la pregunta "¿qué pasó aquí?" a la pregunta de índole normativa "¿cuándo una parte tiene derecho a confiar en un acto comunicativo?". El enfoque representacional y reconstructivo de la facticidad se convierte en instrumental en la tácita traducción a un lenguaje de reclamos.

Podríamos observar cómo este análisis del derecho como un discurso y una práctica encuentra su expresión paralela en la pedagogía e iniciación legales. Los profesores de derecho y otros agentes de instrucción legal, directos e indirectos –profesionales, pares, colegas, antagonistas–, surfean la traducción de un lenguaje factual a uno normativo, de casos de doctrina a cuestiones de *policy*, en un movimiento no lineal de abstracción y subsecuentes "aplicaciones". Las clases de primer año de derecho implícitamente siguen este modelo. Los profesores inician a sus estudiantes en el cambio facticidad/normatividad de manera tácita en lugar de explicarlo, entrenan y lideran la discusión de este cambio pero sin explicarlo. El patrón del discurso es puesto en acto en lugar de ser

⁶² Ver DICKENS, Charles, *The posthumous papers of the Pickwick Club* (Malcolm Andrew sed., 1998) (1837).

⁶³ En esencia, ese tipo de enfoques o traducen o reducen las nociones tradicionales de los reclamos contractuales, de daños y reparatorios (enriquecimiento sin causa) a una estructura de confianza, que tradicionalmente se limitaba a los daños. Ver ATIYAH, Patrick S., *The rise and fall of the freedom of contract* (1979); GILMORE, Grant, *The death of contract* (1972). Un trabajo canónico y quizás el más influyente en la jurisprudencia de los Estados Unidos es el de FULLER, Lon y William PERDUE, "On the reliance interest in Contract Law, en 46 *Yale L. J.* 52 (1936). Muchos comentaristas contemporáneos argumentan a favor y en contra de la adecuación la categorización de los remedios del Derecho Privado que hacen Fuller y Perdue (y consecuentemente de los tipos de reclamos). Ver 1 *Issues in legal scholarship, Symposium: Fuller and Perdue* (2001) [en línea] <<http://www.bepress.com/ils/iss1/>>.

un objeto de discusión. Los elementos metadiscursivos –e. g., la pregunta sobre cómo el lenguaje a través del cual la ley es conceptualizada cambia de facticidad a normatividad– permanecen, mayormente, en la penumbra. En clases más avanzadas, o más adelante en las clases de primer año, quizás haya una aproximación al marco metadiscursivo de la transición de lo fáctico a lo normativo, no simplemente trabajando en la estructura discursiva sino haciéndolo objeto de la discusión en sí. Por ejemplo, un profesor que esté enseñando contratos u obligaciones podría hacerles a los alumnos la pregunta que reconstruya la facticidad: “¿cuál fue la intención de la parte? ¿Qué hicieron?” solo para cambiar a preguntas que se relacionen con los efectos normativos de la facticidad reconstruida: “¿qué reclamo podría surgir de esta reconstrucción narrativa?”. La pregunta abierta, “¿cómo se realiza el movimiento de una particularidad fáctica a una normatividad general?” es, en gran parte, el comienzo de lo que significa “aprender a pensar como un abogado”, incluso es anterior a involucrar a los estudiantes en situaciones más avanzadas como la “aplicación” de las normas a estados fácticos o los desafíos de los argumentos de *policy* (la prioridad es ideológica –pedagógica y discursiva– pero no rígidamente secuencial o temporal).⁶⁴

En particular en los sistemas del *common law* –y en los casos en que el método socrático es utilizado intensivamente–, los profesores típicamente comienzan sus cursos estudiando casos particulares en los que enfatizan el aspecto fáctico; pero las discusiones en las clases avanzadas tienden a abstraer de los casos particulares cuestiones tales como argumentos de *policy*, marcos teóricos e influencia soterrada de la doctrina y la codificación que se presentan gradualmente a los estudiantes.⁶⁵ Casos

⁶⁴ Para un análisis mucho más rico ver MERTZ, Elizabeth, “Linguistic ideology an praxis in the U. S. law school classroom”, en *Linguistic ideologies* 149 (Bambi Schieffelin *et al.* eds., 1998).

⁶⁵ Como otros instructores que dictan clases de primer año y también avanzadas (en mi caso, clases de contratos y derecho comercial nacional e internacional) me encuentro con la tentación de los estudiantes novatos de confiar en instrumentos tales como la legislación y el código unificado comercial para ordenar armónicamente la doctrina y sortear los problemas de hecho, interpretativos y políticos que generan las ambigüedades y otros obstáculos similares, y luego me encuentro con estudiantes avanzados que confían en la estructura de los casos familiares cuando tienen que lidiar

arbitrariamente seleccionados son luego transformados de narraciones y cuestiones fácticas a arquetipos, mientras que algunos son reducidos a instrumentos nemotécnicos para memorizar e invocar porciones de doctrina, o una ambigüedad teórica, antes que considerarlos porciones textuales de facticidad reconstruida objeto de “aplicación” normativa.⁶⁶ La interpretación ya no es meramente factual sino normativa, y cualquier diferencia proclamada entre interpretación y aplicación es gradualmente revelada como un espejismo.⁶⁷

Retornemos ahora de la pedagogía legal al rol del lenguaje performativo tanto en la concreción de actos legales significativos como de su significación. En el universo normativo, las personas generalmente tienen el poder de crear ciertos tipos de normas: obligaciones y derechos, etc. (esto es por lo que los contratos, las obligaciones, los daños, etc., son generalmente considerados áreas del “derecho privado”, no porque refieran distintivamente a los individuos, sino porque su ontología refiere a personas discretas que son las fuentes de las normas, antes que una fuente basada en posiciones de autoridad, tal como una legislatura, una agencia administrativa o algún otro cuerpo de “derecho público”). Conozcamos ahora a Ed, quien al mismo tiempo desea regalar a Suzanne

con material legal complejo y abstracto y sus textos interpretativos, incluso cuando estos son presentados de una manera bastante realista antes que con una perspectiva doctrinaria estricta.

⁶⁶ No es este el caso de las clases que se basan en códigos o en cursos que se apoyan profusamente en legislación o en textos que no son de casos (que tienden a ser clases electivas o avanzadas). Diferentes textos de casos manifiestan diferentes enfoques pedagógicos, desde el orientado por los casos que estimula a los estudiantes de primer año hasta el enfoque del *common law* de libros de casos con poca información sobre estos y mucha lectura abstracta de los casos y *policy analysis* y los enfoques interpretativos de la doctrina. En algunas áreas, en que la legislación puede ser nueva o recientemente modificada (tengo en mente clases de comercial centradas en los artículos 3º, 4º, 5º o 9º del Código Uniforme de Comercio), la tentación de usar los casos solo como ejemplos de aplicación de las reglas –en lugar de como un conglomerado de acciones y facticidad que tienen que enfrentar la doctrina y la *policy*– es manifiesto en libros nuevos. E. g., MANN, Ronald, *Payment systems and other financial transactions* (1999).

⁶⁷ Para un análisis filosófico completo de esta postura, ver GADAMER, Hans Georg, *Truth and method* (2ª ed. revisada 1993). Un examen completo de los modelos teleológicos de la interpretación legal acorde a las líneas gadamerianas es ofrecido en BARAK, Aharon, *Parshanut Bamishpat (Interpretation in law)*, vol. 1 (1992).

un presente, un hermoso Cézanne comprado en una subasta en Vince mucho tiempo atrás. Dado que es una persona contemplativa, pondera las circunstancias y concluye que está en una situación que le permite cambiar el universo normativo de muchas personas –la forma en que ordenan sus relaciones normativas, como deberes y derechos– y a esa posibilidad la denomina *poder*. Por un lado, está por desprenderse de algo, renunciando a cualquier “título” sobre esta cosa y creando así derechos sobre esta para nuevos tenedores que previamente no los tenían. Ed podría decidir desprenderse de la codiciada pintura bajo la condición de que fuera exhibida por algún tiempo en el local de la YMCA, y tanto Suzanne como los de la YMCA de repente adquieren derechos y obligaciones que no tenían antes, respecto del objeto, entre sí y hacia terceras personas.⁶⁸

Sin embargo, hay un problema potencial: Suzanne podría negarse a aceptar el regalo, de manera condicionada o no, y entonces ejercitar así lo que llamaríamos (siguiendo al teórico del derecho Wesley Hohfeld) una inmunidad respecto del poder de dar de Ed.⁶⁹ En cambio, ella podría ofrecerse a comprarlo, o cofundar una corporación a la que podría ser transferida la pintura, en la cual ella y el museo tendrían el derecho a la mitad de las ganancias y Ed se quedaría con el resto para dirimir posibles disputas, y así podrían surgir otras posibilidades. Sin embargo, cualquiera sea lo que elijan hacer, lo harán con el lenguaje. El lenguaje no representa la acción, la realiza. No sirve meramente como un instrumento retórico para manejar o motivar a los jugadores en cuestión. El

⁶⁸ Nótese qué poco cambió de la plausibilidad de la última frase en los términos del giro lingüístico. Bajo un paradigma esencialista-representacionista, “derecho” es una entidad tan firme y estable como cualquier relación social, una habilitación que una persona podría “tener”. Bajo una interpretación propia del giro lingüístico, decir que Suzanne “tiene” un derecho a X significa participar de un juego del lenguaje en que otros participantes –propietarios registrados, cortes, personas que violan el derecho de propiedad, ladrones– hablan y actúan de ciertas maneras que responden a la frase “S tiene derecho sobre X” sin que se preocupen por cuestiones metafísicas o incluso fenomenológicas respecto del significado de “tener un derecho sobre X”. El juego del lenguaje es entonces enteramente social, y como una cuestión práctica no necesita asumir nada más allá de la comunicación.

⁶⁹ Ver HOHFELD, Wesley, *Fundamental legal conceptions as applied in juridical reasoning* (1964) (919).

lenguaje no reporta o describe (o no meramente) la realidad (cf. el paradigma representacional), tampoco es usado meramente como un instrumento de persuasión o como un instrumento para manipular a los otros, habitando los hablantes posiciones de poder (cf. el paradigma retórico); más bien, sirve primariamente para *constituir* la realidad. Para ser preciso, constituirá realidades de una naturaleza específica: aquellas que pertenecen al universo social-normativo.

En el litigio (que no es lo único que existe en la práctica jurídica pero sí es la actividad más difundida en los medios masivos de comunicación), los abogados tienen poderes performativos muy restringidos según lo descrito antes. Los verdaderos amos de las funciones performativas del lenguaje son los jueces, o jurados, que los usan dentro del contexto del poder institucional. Su lenguaje crea y desarma hechos normativos. Mientras muchas cosas que importan a la gente ocurren en los tribunales, institucionalmente lo que importa primariamente es la decisión de un juez o un jurado. Para obtener un pedazo de la torta performativa, los abogados recurren al paradigma retórico y tratan de manipular a jueces y jurados para que apliquen su lenguaje performativo avalado institucionalmente de acuerdo con los intereses que representan. La descripción está lejos de ser completa, además de sus roles retóricos, los abogados litigantes poseen algunos poderes performativos, mientras que los jueces e incluso los jurados, en lo máximo de sus poderes performativos, usan el lenguaje tanto para representar como para persuadir a las múltiples audiencias que confrontan. Se puede decir entonces que el lenguaje es multifuncional: vehiculiza significado, performa y reflexivamente reafirma y a veces altera las convenciones de su propio uso y su propia estructura (un nivel denotado como “metapragmático” por el lingüista y antropólogo Michael Silverstein).⁷⁰

Los jurados incluso podrían producir textos, como cuando se les pide que realicen un veredicto especial o un veredicto general acompañado de respuestas a interrogantes especiales. En el primer caso, los jurados deben “realizar un veredicto especial con forma de escrito específico fundando cada decisión en hechos”.⁷¹ En el último caso, la corte

⁷⁰ Ver SILVERSTEIN, Michael, “Metapragmatic discourse and metapragmatic function”, en *Reflexive language: reported speech and metapragmatics* 33 (John A. Lucy ed., 1993).

⁷¹ Fed. R. Civ. P. 49 (a).

misma les entrega preguntas por escrito sobre los temas de hecho y “solicita al jurado tanto dar respuestas por escrito como elaborar un veredicto general”.⁷² Sin embargo, es erróneo considerar el veredicto como estrictamente performativo y a las respuestas como completamente representacionales o retóricas porque en casos en que el veredicto obviamente no se sigue de las declaraciones de hecho del jurado, las respuestas pueden controlar el veredicto (siempre que sean consistentes entre sí).

No es sorprendente que, en las culturas del *common law*, la teoría del derecho contemporánea se focalice menos en el concepto más o menos abstracto del “derecho” que en las prácticas de las cortes y otras instituciones legales. Este enfoque empírico, que cae bajo el título general “realismo jurídico” (es una perspectiva del realismo jurídico, no la única existente), está quizás representada de la mejor manera por Oliver Wendell Holmes, de acuerdo con quien el “derecho” no es un código o un conjunto de reglas sino, esencialmente, no más que lo que las cortes terminan haciendo.⁷³ Los abogados, que siempre sospecharon de, o directamente creyeron completamente en esta proposición, consideran que es su tarea manipular a las cortes –retóricamente– para que estas actúen –performativamente– de acuerdo con los intereses que representan. Por supuesto, el juego tiene reglas metarretóricas (o estrategias), una central es que la retórica debe disfrazarse de representación para ser efectiva, esto es, presentarse como forma de aserción sobre lo que el derecho “dice” o “es”, que la evidencia “muestra” esto o aquello, etcétera. No es lo que se dice lo que importa, sino lo que se consigue con lo que se dice. La influencia de los abogados en el universo normativo en tanto abogados es típicamente indirecta; manipulan a los que están a cargo de las instituciones y el poder performativo, que son los que dirigen las cortes. En el ejercicio de la función retórica de sus performances, los abogados litigantes re proyectan el antiguo desafío de los sofistas para quienes el conocimiento representacional de la doctrina, las reglas, los precedentes y casi todo lo demás que se enseña con tanta exactitud en las escuelas de derecho es subjetivo: “¿qué hay más grande ahí afuera

⁷² Fed. R. Civ. P. 49 (b).

⁷³ Ver HOLMES, Oliver Wendell, *The common law* (1881).

que la palabra que persuade a los jueces en las cortes, o a los senadores en el consejo o a los ciudadanos en la asamblea, o en cualquier otro encuentro político?"⁷⁴

Una versión esquemática de la visión de los abogados de estas interacciones lingüísticas se presenta en la siguiente figura.⁷⁵ Es muy importante enfatizar que ni siquiera un enfoque no crítico, "profesional" jurídico no tomaría las siguientes distinciones como categorías lingüísticas, que –como designaciones funcionales– en realidad no lo son. Estas distinciones son ofrecidas como aspectos lingüísticos salientes del lenguaje en uso de las interacciones legales típicas. La multifuncionalidad de estas interacciones y los sentidos en los que todos los actos de habla son performativos son explorados más adelante cuando examine la forma en que el derecho necesita oscurecer incluso estas descripciones de las funciones.

FIGURA 1: UNA CLASIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES LINGÜÍSTICAS EN EL LITIGIO

Hablante	Manipulación retórica	Oyente/Agente	Acción
Litigante/ Abogado (y en juicios con jurados, juez que los instruye) etc.	<i>Inter alia</i> , o disfrazados como <u>representaciones</u> : hechos	derecho, doctrina, argumentos morales, etc.	Juez, jurado

VII. CUANDO EL LENGUAJE OSCURECE LAS DISTINCIONES: EL DERECHO EN CONTEXTOS SOCIALES Y SÚPER NATURALES

⁷⁴ PLATÓN, *Gorgias*, nota 3 *ut supra*, en 452.

⁷⁵ Este "esquema" no se aproxima a una cuestión diferente, a saber, la naturaleza de la relación causal entre los fines retóricos del abogado y la performance judicial. En jurisprudencia esa cuestión fue abordada bastante extensamente por la escuela del realismo escandinavo. Ver OLIVECRONA, Karl, *Legal language and reality*, en *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound* 151 (Ralfh A. Newman ed., 1962). Sin embargo, permanece sin resolver un enigma fundamental: ¿qué convence a las personas? Para un enfoque narrativo poderoso al problema de la persuasión, ver JACKSON, Bernard S., *Law, fact and narrative coherence* (1988). Ver también ROSE, Carol M., *Property and persuasion: essays on the history, theory and rethoric of persuasion* (1994).

Antes de terminar, quiero examinar otro medio muy afianzado para el lenguaje performativo, uno que de todas maneras parece involucrado con las prácticas legales de maneras intrigantes. Para esto vayamos al *Génesis 1*, donde el rol del lenguaje en la creación del mundo es tan fascinante como el acto en sí y que se remonta al original y más radical acto de creación, el de hacer algo de la nada a través de una preferencia lingüística.

“Y Dios dijo hágase la luz y fue la luz”: ¿qué es exactamente lo que hizo el Dios bíblico cuando pronunció su primer y más radical mandato?⁷⁶ ¿Cómo es posible que use la palabra *light* para la creación de la luz antes de que esta existiera? ¿Antes de que hubiera algo para que la palabra “luz” se refiriera a ese algo, no como una cuestión histórica temporal y contingente, sino como un problema de imposibilidad ontológica? ¿Y por qué Dios eligió el lenguaje, de todos los medios a su disposición en su omnipotencia, para crear el mundo? ¿Por qué no simplemente lo quiso? ¿Y cuál sería la relevancia de esta radical narrativa para las concepciones de esas aparentemente distantes performances lingüísticas como la práctica del litigio, la formación de relaciones contractuales y escribir este texto?

En la creación de la narración bíblica, el paradigma performativo es empleado para romper la distinción entre el mundo natural y el social, el normativo en definitiva. ¿Es esa una definición de acción mística, la habilidad para difuminar las distinciones a través del uso performativo del lenguaje? Otro rompecabezas demanda nuestra atención: “Dios dijo”. ¿Por qué necesitó pronunciar realmente las palabras? ¿Qué necesidad hay de articularlas para performar en el caso de una voluntad omnipotente? ¿Para qué se necesitaba el lenguaje? Después de todo, lo que el creador estaba buscando performar era hacer algo (como talar un árbol), no decir algo (como hablar acerca de algo o manipular a alguien para que lo haga).

El mundo no podría haber sido creado por medios físicos porque los medios físicos (como el espacio y el tiempo) y las cosas físicas (como

⁷⁶ La creación bíblica de la luz es extraña, si no única, entre las mitologías de la creación. El Dios bíblico no moldea simplemente el mundo a partir de cosas existentes desordenadas sino que crea la existencia. La separación del agua de la tierra también fue realizada con un acto de habla, *Génesis 1:7*. Pero la tierra y el agua, después de todo, ya estaban ahí. Ver la discusión más abajo.

materia y energía) son partes del mundo, y estas por definición no existían antes de la creación del mundo. “Todas las cosas fueron hechas por Él; y sin Él nada de lo hecho hubiera existido”.⁷⁷ Había existencia –Dios existía– pero, como un físico de días recientes denominaría por analogía, la existencia como una “singularidad”, no como un principio aplicable en términos generales. El suyo fue un acto de creación radical: no formó al mundo a partir de cosas que ya existían, como se narra en muchos mitos europeos (e. g.: griego o nórdico), sino que lo creó de la nada misma, salvo por su existencia. Este es el aspecto radical de la creación bíblica y por eso no puede concebir ningún otro medio para la creación que no sea un acto de voluntad.

Aun así, los rompecabezas respecto del rol del lenguaje persisten. De acuerdo con la narración bíblica, el lenguaje de la creación existía antes de la creación misma. “La palabra” –el principio divino luego encarnado de acuerdo con la narrativa cristiana–⁷⁸ no fue la única cosa que existía “en el comienzo”, el concepto de palabra o el concepto de “luz” precedieron el fenómeno (sin embargo, ¿no creó el Dios bíblico los conceptos también?). Así, la palabra “luz” no podría haber representado nada que pudiéramos entender de acuerdo con una teoría de la referencia (y de acuerdo con la creación radical tampoco podría tener un sentido) porque hasta donde se podría decir que los conceptos “existían”, tampoco estos habían sido aún creados. ¿Significa esto entonces que no deberíamos poner el énfasis en “que se *haga* la luz”? Armados con nuestro arsenal de lenguaje para hablar sobre el lenguaje ahora nos damos cuenta de que no es un rompecabezas referido a la representación sino a la performatividad. La performance lingüística creó la *entidad*. Cuando Dios “dijo” (sic: “que se haga la luz”), no “habló” –el énfasis aquí no es la articulación de palabras–, *actuó*. Fue la performance de creación, no una de referencia o representación, lo que constituye el objetivo del primer acto de habla proferido.⁷⁹ Así, interpretar la narrativa bíblica en sus propios términos requiere la hermenéutica del paradigma performativo del

⁷⁷ Juan 1:2.

⁷⁸ Ver Juan 1:1,1:4.

⁷⁹ Como un comentario complementario, vamos a notar que el problema de la referencia –la relación entre las palabras o segmentos del lenguaje y aquello que representan,

lenguaje, aunque aplicado aquí a diferentes dimensiones que las sociales-normativas usualmente asociadas a aquel.

Es probablemente imposible determinar cuándo Dios perdió el monopolio para difuminar los límites que distinguen entre lo natural y lo social. Los humanos practicamos la magia desde tiempos inmemoriales (y aún lo hacemos), y eso es precisamente lo que es la magia: manipulaciones lingüísticas que causan efectos más allá del dominio social-normativo. Por un breve momento, juguemos con los usos de la magia como manipulación del poder sobre esta base (esto es, no como mera superstición reducible a explicaciones psicológicas). Ciertamente, estamos más acostumbrados a puntos de vista externos que racionalizan lo que algunas personas consideran prácticas mágicas. Como lo son, las explicamos en términos de psicología, sociología, política, economía, literatura y otras.

La interpretación de las prácticas sociales es engañosa, y la magia es una práctica social, incluso cuando presume involucrar fuerzas naturales y súper naturales en esos aspectos de la vida humana que generalmente se entienden como sociales. La interpretación de las prácticas sociales difiere de nuestro entendimiento de los fenómenos naturales en que intentamos entender algo que ya está preinterpretado por los practicantes mismos. Esta observación no significa que debemos aceptar sus propias interpretaciones sino que debemos darnos cuenta de que su interpretación es parte del fenómeno mismo que examinamos.

sus "referentes" - desconcertó tanto a los filósofos que se convirtió en un problema predominante en el discurso filosófico. Sin embargo, el alcance de la referencia, se ha sostenido, es limitado. Las frases "la Tercera Guerra Mundial" o "el rey de Francia" actualmente no tienen referentes, pero no carecen de sentido porque entendemos qué significan aun si no podemos señalar ningún referente de acuerdo con nuestras convenciones. Ver DUMMETT, Michael, "Frege's distinction between sense and reference", en *Truth and other enigmas* 116 (1978). De manera interesante, el paradigma performativo se muestra fructífero para comprender la referencia también. El filósofo Paul Kripke ofreció un cambio de énfasis de la relación entre una palabra "tipo" y una clase de referentes a la pregunta sobre cómo la conexión entre ellos ha sido establecida, es decir, referida al acto que constituyó la relación: una performance que subyace a la representación, en lugar de lo contrario. Ver KRIPKE, Saul, *Naming and necessity* (1972). Ver también STRAWSON, Peter F., "On referring", en 59 *Mind* 320 (1980); PUTNAM, Hilary, "Meaning and reference", en 70 *The J. of Philosophy* 966 (1973); "Reference and understanding", en *Meaning and the moral sciences* 97 (1978).

A los pies del monte Kilimanjaro en Kenia vive la nación Chagga. La antropóloga Sally Falk Moore cuenta cómo, cuando una persona chagga busca justicia en relación con algo que otra persona le ha hecho (como una compensación por una herida o la devolución de un objeto sobre el que se disputa la propiedad), podría ir al tribunal civil keniano o a un jefe tribal que cumpla esas funciones, pero también podría involucrarse en un procedimiento ella misma para buscar justicia, que consiste en llevar adelante una maldición ritual para el antagonista.⁸⁰ La maldición es condicional: hará efecto solo si la otra parte no repara el daño mencionado en la maldición. La fórmula lingüística consiste usualmente en llamar a los espíritus para vengar al ofensor. Si la parte maldecida no tiene culpa, será inmune a la malevolencia de los espíritus y la maldición no le importará. Si, sin embargo, considera que es víctima de una maldición, lo más probable es que contacte al maldiciente y negocie la remoción de la condena. La práctica tiene una dimensión política también: encontrar un recurso en la magia y evitar confiar en un tribunal institucional también es una manera de mejorar la autonomía y el poder propios, incluso un acto de desafío y a veces de resistencia contra el poder institucional. Entre los chagga (aunque no en todos los lugares en que se utilizan las prácticas mágicas para la resolución de disputas) no se necesita mucho para involucrarse en una maldición ritual. El lenguaje es ritualista, pero el vocabulario, de acuerdo con el contexto, es bastante ordinario, y cualquier adulto competente es capaz de llevar a cabo la maldición (por supuesto, con diferentes niveles de espectacularidad). No se necesita ninguna competencia “profesional”, y por ello no se requieren abogados.

El punto relevante de todo esto para nuestra discusión es darse cuenta de la centralidad de las funciones performativas y retóricas en la maldición “legal”. El paradigma retórico está ausente (de acuerdo con el punto de vista interno) porque el demandante, para decirlo así, no necesita persuadir a nadie de sus méritos en su caso. Su antagonista, se asume, sabe sobre su culpabilidad o inocencia (esto será cierto, pienso, solo en las disputas simples). Sin embargo, una performance retórica

⁸⁰ MOORE, Sally Falk, *Social facts and fabrications: “customary” Law on Kilimanjaro, 1880-1980* (1986).

fuerte podría intimidar y conducir a la persona a considerar los riesgos que implica no acordar; podría ser instrumental en las negociaciones. El representacionalismo empalidece en la trastienda, ya que producir evidencia en una invocación a los espíritus es innecesario porque, a diferencia de los jueces, son omniscientes y no serán convencidos por un reclamo infundado.

VIII. DERECHO Y LENGUAJE

¿Cómo usan los abogados el lenguaje y qué les sucede en las escuelas de derecho en términos de iniciación en un discurso y una práctica? Cualesquiera sean las respuestas precisas a esta pregunta, no pueden ser confinadas a dos de las prevalecientes concepciones de sentido común: primero, no es el caso que el lenguaje legal sea predominantemente representacional en tanto representaría reglas u otra clase de entidades normativas o legales; no es el caso de que sea predominantemente retórico en el sentido limitado de persuasión de la otra parte. En ambas funciones, sea que el abogado intenta argumentar que la ley “es” tal y tal cosa o que un agente autorizado debería actuar de una manera determinada, se aplican las funciones performativas del lenguaje. Esta aplicación es la que rige incluso cuando el hablante, sea novato o veterano, no es consciente o es vagamente consciente de los varios aspectos performativos y de los efectos de su performance. Esos efectos son mejor descriptos, creo, en términos de ideología lingüística y los modos en que moldea al discurso legal y responde a los modos típicos de justificaciones y racionalizaciones legales.⁸¹

Como ejemplo, considérese el así llamado “método socrático”, tan prevalente en las escuelas de derecho como modelo de instrucción. Con esta técnica, los estudiantes son examinados –“asados” es el término más utilizado– tanto en materia de hechos como de doctrina respecto de los casos asignados.⁸² El instructor interroga sin pausa para conducir a los

⁸¹ Ver texto *ut supra* que acompaña la nota 38.

⁸² Un estudio empírico completo del lenguaje y la socialización de primer año de las escuelas de derecho aparece en MERTZ, Elizabeth, *Law school: learning to “think” like a lawyer* (en prensa). Estoy en deuda con la profesora Mertz por permitirme consultar su próximo libro en estado de manuscrito.

alumnos hacia una respuesta aceptable, formulada en una única terminología admisible.⁸³ Mientras que los instructores llevan adelante eventos de habla que superficialmente son preguntas, enmarcan el diálogo de superficie en un sentido monológico, descartando contribuciones que no encajen perfectamente en los huecos del discurso en el cual los estudiantes de derecho deben ser iniciados. Este tipo de instrucción raramente es pluralista o creativo: es acerca de la habilidad de brindar una representación preconcebida de una interacción (e. g., un caso) en un lenguaje preconcebido. El énfasis está en la representación, casi hasta la exclusión de cualquier otra función del lenguaje, pero no necesariamente porque los profesores consideren al representacionalismo más importante en la argumentación legal que la retórica o la performatividad.

El método socrático es usado mayormente en las clases de primer año; supuestamente induce a los estudiantes a enfocar representacionalmente la retórica. En otras palabras, la ideología aquí es que un buen argumento -i. e., un argumento legal aceptable o retóricamente efectivo- es, 1) representacional ("el hecho/ley es tal y tal") y 2) alcanza las condiciones de felicidad del tipo de habla que son entender la retórica como representación, a saber, la verdad en el sentido de que es aceptable para la corte como una descripción de un estado de cosas, sea legal o de otro tipo. "Verdad" aquí debe ser concebida de una manera generalmente no referencial, una que sería aceptable para Gorgias o Protágoras: es un criterio de aceptabilidad dentro de la práctica legal, no una aserción acerca de un estado de cosas fuera de esta.

El estándar de aceptabilidad representacional no se relaciona *a priori* con cuestiones que están fuera de los tribunales, aunque sostener una relación tal podría ser potente en términos de estrategia retórica. El lenguaje usado en los tribunales es fascinante porque es a la vez altamente positivista -argumentos acerca de lo que la ley "es" parecen preferibles a aquellos enmarcados en términos de lo que la ley debería ser- y referencial solo en el limitado sentido de lo que se puede y logra hacer en ellos. Esta complejidad está en la raíz de muchos desentendidos acerca de la ideología en los argumentos legales. Por un lado, los abogados son acusados de oportunistas retóricos preocupados únicamente en "ganar"

⁸³ Ver MERTZ, nota 82 *ut supra*, cap. 4, parte II.

el caso; por otro lado, son vistos como positivistas naífs que hablan acerca de la ley y la reconstrucción de los hechos en un lenguaje positivista rígido. La fractura entre ambas ideologías lingüísticas contribuye a su imagen de mercenarios del habla con poca o ninguna integridad o consistencia discursiva. Sea que la integridad deba encontrarse en algún otro sentido del discurso legal, esta imagen es infundada. Los abogados se preocupan por utilizar una retórica efectiva, pero las instituciones legales son las que los fuerzan a hacer aserciones representacionales, gobernadas por los límites de la relevancia, coherencia y convenciones narrativas para que sus participaciones sean retóricamente efectivas. Basar la retórica en la facticidad –tanto sea un juez como un abogado quienes lo hagan– es un hecho primario de la constitución de la justificación legal y por tanto de la racionalización en este ámbito.⁸⁴ El argumento del habilidoso retórico será aceptado en función de sus fundamentos fácticos, que el caso o la ley *es* esto o aquello. Los litigantes se preocupan del representacionalismo solo mientras sirva a sus argumentos, y aun así están constreñidos por las normas institucionales del discurso legal cuando desarrollan sus argumentos, mayormente, aunque no exclusivamente, en lenguaje representacional. Incluso Daniel Webster, enfrentado a un caso imposible “respecto de los hechos” relacionados con su miserable cliente, revierte el argumento fáctico de la naturaleza humana.⁸⁵ Decirle meramente a la corte que debería actuar de esta y aquella manera puede sonar bien fuera de la práctica discursiva legal, pero dentro de ésta reina cierta forma de positivismo. Las bases del accionar dentro de la práctica están enmarcadas por el lenguaje factual, incluso cuando el objeto de la facticidad es una norma.

El método socrático no dice o predica meramente esta rama del positivismo: crea un contexto para que los estudiantes realicen esta ideología, tomen parte en esta y la asuman. Más tarde, durante el entrenamiento de los estudiantes, este enfoque será más desarrollado en *workshops*, competencias de *moot courts* y similares, además de en el resto de las clases.

⁸⁴ Ver YOVEL, Jonathan, “Invisible precedents: on the many lives of legal stories through law and popular culture”, en 50 *Emory L. J.* 1265 (2001) (en el que se discute el rol de la narración y la manipulación del contexto institucional en el intento de racionalización del derecho).

⁸⁵ BENÉT, *The devil and Daniel Webster* (1965).

Mientras que los estudiantes avanzados encontrarán contextos de instrucción que los alienten y constriñan a utilizar herramientas retóricas más avanzadas, la ideología de la *facticidad-como-retórica* permanecerá como el aspecto sobresaliente de la performance legal lingüística.

El lingüista Michael Silverstein analiza los performativos lingüísticos en lo que llamaríamos la dimensión “superficial” o “interaccional” y la dimensión de la “estructura profunda” o de las funciones “constitutivas”.⁸⁶ La superficie performativa es mayormente similar a lo que Austin denominó actos ilocucionarios, el sentido estricto de la acción social “hecha con palabras” en actos tales como prometer, ordenar, nombrar, etc. Algunos performativos superficiales son menos obvios que otros y más dependientes del contexto: recordemos que Peer Gynt, en el ejemplo mencionado más arriba, negó haber realizado una promesa y, en cambio, sostuvo que hizo una descripción de su inclinación, un acto de habla ostensivamente no obligatorio, pero en el cual lamentablemente Solveig confió. Otras performances son incluso menos transparentes y algunas veces son analizadas como “actos de habla indirectos”,⁸⁷ en los que el contenido semántico de una preferencia es pragmáticamente (i. e., contextualmente) transformado en un acto performativo diferente. Por ejemplo, la proferencia “¿me podés pasar la sal?” en el contexto de una cena es más probablemente un pedido que una pregunta, y las repeticiones de pedidos de condimentos más fuertes en una cena pueden implicar una expresión de descontento con la calidad de la comida. Los performativos “interaccionales”, de acuerdo con Austin, son puramente convencionales y presuponen lo que llamó “procedimientos”, las condiciones sociales reconocidas para realizarlos (e. g., la manera correcta de casarse

⁸⁶ Lo que sigue se apoya en el trabajo de Silverstein con plena consciencia de que se dejan de lado importantes matices. Ver SILVERSTEIN, notas 38 y 70 *ut supra*. Las metáforas espaciales utilizadas aquí son por mera conveniencia; por momentos pueden generar confusiones y Silverstein usa simples índices numéricos (como “función 1” y “función 2”). Para una crítica del uso de las metáforas espaciales en el análisis funcional, ver YOVEL, Jonathan, “Analogical reasoning as translation: the pragmatics of transitivity”, en 13 *Int'l J. for the semiotics of law* 1 (2000).

⁸⁷ Ver RÉCANATI, François, “Some remarks on explicit performatives, Indirect speech acts, locutionary meaning and truth value”, en *Speech act theory and pragmatics* 205 (John Searle *et al.* eds., 1980).

de acuerdo con la Iglesia de Inglaterra y las condiciones necesarias y suficientes que el matrimonio presupone).⁸⁸

Tan poco obvia como la función comunicativa que tienen algunas preferencias performativas, los performativos de estructura profunda o “constitutivos” tienden a ser aún menos transparentes tanto para los hablantes casuales como para los explícitamente involucrados. A través de la interacción lingüística, los hablantes establecen lo que Bakhtin llamó el “lenguaje general” de la interacción: el correcto enfoque verbal para el asunto al que se refieren.⁸⁹ Los performativos “constitutivos” –más precisamente, la función constitutiva performativa de ciertas porciones del habla– son correctamente caracterizados como metalingüística, porque su función particular es constituir el lenguaje de primer orden para la interacción lingüística. ¿Cuál es la fraseología, imaginería, vocabulario y gramática apropiados para un determinado intercambio lingüístico? Cada elección al respecto responde tácitamente a una cuestión sobre lo que importa y qué aspectos de la realidad social son destacados en esa interacción, en ese intercambio lingüístico. Entonces, claramente, las funciones “constitutivas” de los performativos son el núcleo de la noción de ideología lingüística.⁹⁰ Todos los discursos están asentados en ideologías lingüísticas, incluyendo el lenguaje y la pedagogía legales. En algunos momentos, la ideología es visible, como cuando las funciones de los performativos “constitutivos” se vuelven objeto del habla, como en el lenguaje “políticamente correcto” o en los cambios en las relaciones sociales. Consideren, e. g., lo torpe que parecería subrayar todo el tiempo los cambios de los equivalentes de *thou* a los equivalentes de *thee* en los lenguajes que mantienen esa distinción, como se documenta y ridiculiza –y admira– en tanto vehículo para la rica expresión interpersonal en *La montaña mágica* de Thomas Mann.⁹¹

⁸⁸ Ver AUSTIN, nota 43 *ut supra*.

⁸⁹ Ver BAKHTIN, Michael, “Discourse in the novel”, en *The dialogic imagination* 258 (Michael Holquist ed., 1981).

⁹⁰ Para una elaboración ver MERTZ y YOVEL, nota 35 *ut supra*.

⁹¹ Ver MANN, Thomas, *The magic mountain* (John E. Woods, trad., Knopf, 1995) (1924). Las relaciones emocionales, románticas, adversariales y de otras clases que tienen personajes tan prominentes como Hans Castorp, Madame Chauchat, Joachim y Ma ynheer Pepperkorn son tipificadas a través de estas formas gramaticales y sus ambigüedades y errores.

Las ideologías lingüísticas enmarcan el enfoque del método socrático de la facticidad y de la relación que este establece entre el representacionalismo y la retórica. A través de la difusión de cierta ideología del lenguaje legal legítimo, el método socrático es performativo en el segundo sentido de Silverstein, esto es, no sirve meramente a los hablantes para realizar actos de habla sino que constituye el lenguaje y el discurso en que esos performativos pueden ser llevados a cabo. Entonces, todo habla institucional, y posiblemente todo habla en general, es performativo en su metarreclamación de que tal y tal es el lenguaje aceptable en que realizar los performativos superficiales, en los que las distinciones entre retórica, representación y performatividad serán quizás funcionalmente (pero no morfológicamente) aceptadas.

El foco de esta discusión es el universo normativo (del cual el derecho y el discurso legal son subgrupos), lo que significa que la normatividad es un fenómeno relevante, irreducible a construcciones mentales o lingüísticas. Si una persona sostiene que tiene derecho a un cierto objeto, eso es en sí un hecho del caso tanto como cualquier otra cosa acerca de ese objeto, que existe, que es verde, que existen circunstancias que no permiten a la persona ejercitar su voluntad de acuerdo con el tipo de derecho que tiene, etc. Los derechos son hechos intersubjetivos –dependen del discurso y emergen de este– pero esa es su naturaleza en cuanto hechos normativos, no una reducción crítica de su estatus fenomenológico. Sin embargo, acepto completamente que el aparato comunicativo y las interacciones lingüísticas (ampliamente concebidas) son, si no las únicas, las formas de acción típicas en el universo legal en general y en el derecho en particular. ¿Cómo es posible esto? ¿Cómo puede el lenguaje ser el medio a través del que el fenómeno, que no es reducible a términos lingüísticos, sea creado y manipulado? Solo una teoría completa de los actos performativos intersubjetivos, liberada de los confines estándares de la teoría de los actos del habla y su restricción a la intencionalidad, puede dirigirse a ese problema, un proyecto aún por hacerse.

Un postulado teórico principal usado en este artículo es que los paradigmas del lenguaje examinados son aspectos de la multifuncionalidad del lenguaje y que de acuerdo con los tres, los actos de habla operan dependientes del contexto de su inserción, lo que a su turno es constitutivo de su *normatividad*. Aunque muchos estudios del lenguaje

legal se refieren a este hecho, en general fallan al analizar qué tipo de performance lingüística realmente se lleva a cabo en esos contextos y se concentran, en cambio, casi exclusivamente en diferentes enfoques sobre el significado lingüístico.⁹² La cuestión que aquí ocupó la atención fue en qué sentidos retórico, performativo y representacional son distintos los actos lingüísticos, pero no en cuanto a su morfología sino funcionalmente, i. e., cómo secciones significativas del lenguaje legal performan de diferentes maneras, incluso cuando la performatividad específica no puede ser atribuida a una unidad lingüística o unidades lingüísticas específicas solamente, cuando los actos de habla no son “morfológicamente diferenciados”.

Este ensayo siguió ampliamente un enfoque fenomenológico. De acuerdo con este, los paradigmas lingüísticos no son mutuamente reducibles. Apenas se han repasado aquí interesantes esfuerzos que siguen distintas estrategias –e. g., fundamentar la performatividad en el representacionalismo (hecho por algunos filósofos) o en la retórica (según el trabajo de algunos teóricos literarios)–, no porque no importen sino porque responden a una pregunta diferente, a saber: “¿qué tiene el lenguaje que permite que estos paradigmas funcionales operen?”.⁹³ Sin duda, cada académico del lenguaje habrá elegido un set distinto de dilemas y ejemplos para discutirlos. Este ensayo toma posturas muy modestas en lo que refiere a los apropiados componentes canónicos del estudio del lenguaje social. Utiliza discusiones sobre el lenguaje para presentar tres paradigmas lingüísticos como aspectos de la multifuncionalidad del lenguaje quizás con prioridad del performativo cuando lo que se considera es una acción social.⁹⁴ Por “performatividad” quise referirme a algo lo

⁹² Una crítica similar la hace BROOKS, Peter, “Storytelling without facts? Confessions in Law and Literature”, en 8 *Yale J. of Law and the Humanities* 1 (1996). Estoy de acuerdo con los sentimientos de Brook, encuentro que se ha sido negligente en la caracterización del trabajo principal de la corriente de Derecho y Literatura. Más específicamente, la crítica es que las investigaciones sobre la textualidad del derecho debería ofrecer análisis de las performances de los textos institucionales y extrainstitucionales, como un problema de efectos sociales y culturales, antes que meras expresiones de significados. Intento ese objetivo en YOVEL, nota 86 *ut supra*.

⁹³ Me dedico a esta cuestión sumariamente en YOVEL, nota 34 *ut supra*.

⁹⁴ De forma bastante evidente, los aspectos del lenguaje legal y su instrucción que forman parte de este estudio no son excluyentes. En primer lugar, este estudio no se involucra

suficientemente distinguible para sostener su relativa independencia de la retórica, y aun así sostener que la performatividad está íntimamente relacionada con el medio normativo y con la interpretación, aun cuando la base de la interpretación no es la representación (e. g.: el hecho de una promesa versus su contenido). No menos significativo, el lenguaje es performativo, pero las intenciones o designios de la voluntad no lo son, y como cualquier acción intencional, el lenguaje opera en el mundo en modos que pueden o no concordar con las intenciones o voluntad del hablante. Incluso el omnipotente Dios bíblico no creó meramente un mundo por quererlo sino que tuvo que recurrir a los actos de habla. Al menos en esto hemos sido creados a su imagen y semejanza, o Él a las nuestras.

Fecha de recepción: 6-9-2016.

Fecha de aceptación: 11-12-2016.

con los aspectos expresivos y emotivos del lenguaje. Esta carencia de abordar el aspecto poético no implica una jerarquía de la saliencia de varios aspectos de la multifuncionalidad del lenguaje, solo evidencia los límites de la extensión propia de un artículo que aborde el lenguaje como acción social.