

LA FICCIÓN JURÍDICA DESDE LA LINGÜÍSTICA: ACTOS DE HABLA Y FICCIÓN

María Laura PARDO

Lingüista

1. INTRODUCCIÓN

La Argentina y gran parte del mundo hispano-hablante comparten el mismo tipo de derecho: el derecho continental. En el mundo angloparlante, en cambio, rige la *Common Law*.

El derecho continental es la aplicación de una norma general que se efectúa de un modo aparentemente automático, que sigue una progresión propia de un razonamiento o silogismo. En general el procedimiento es escrito, aunque hay en algunos países una tendencia a incorporar juicios orales.

En la *Common Law* el precedente y la costumbre ocupan un lugar de relevancia y en ellos se fundan por lo general las resoluciones de los casos particulares; en general en estos países el procedimiento es oral.

Por un lado, entonces, los países se diferencian según apliquen el derecho continental o la *Common Law*, pero también, y esta diferencia es esencial, en tanto haya o no juicios orales.

Por esta diferencia escrito versus oral no impide que compartamos con el mundo anglo un mismo problema: el denominado problema de la contradicción, paradoja, repugnancia o ficción; con este último término lo denominaré en este trabajo.

Dentro de ciertas corrientes que estudian conjuntamente el derecho y el lenguaje el tema de la ficción en el derecho es un tema recurrente. En el derecho, «la ficción se construye para ampliar y extender el mundo de las cosas» (Mari, 1987), según algunos autores. Existe un gran número de ficciones en el derecho como por ejemplo el carácter de las personas

jurídicas, la *mors civilis* (asimilación de un hombre vivo a un hombre muerto) bajo la que se encuentran los prisioneros de guerra, o los art. 70 y 74,¹ 88, 786 (sub. 25), 157 (inc. 4), 556-557, 586, 2695 del Código civil argentino.

La necesidad de crear ficciones como las expuestas ha estado cuestionada tanto en el mundo del derecho como en el del lenguaje. Algunos hombres del mundo de la ley la consideran una necesidad y otros una falla.

Uno de los enfrentamientos más notorios ha sido el que sostuvieron por un lado, Jeremy Bentham (radicalista inglés) y por el otro lado William Blackstone. En 1776 Bentham afirmaba en una de sus primeras obras: *Fragmento sobre el gobierno*, que la ficción es un «pestilente aliento» que emponzoña todo instrumento al que se le acerca. Es probable, según Mari (1987), que de este modo Bentham intentara marcar por primera vez de modo claro «una mutación en la apreciación del fundamento axiológico de la *fictio juris*, bloqueando un procedimiento que subsistía desde la tradición de los comentadores medievales: rastrear y anclar las ficciones, ya fuesen las propiamente dichas o las llamadas presunciones legales, en el suelo metapositivo de la *aequitas*»

Para muchos juristas (opuestos por supuesto a la posición de Bentham) inspirados en el modelo de Bartolo: *causa fictionis est aequitas*, ésta está ligada a la «razón natural» y representa el valor constituyente de la juridicidad.

2. UNA NUEVA NOCIÓN DE FICCIÓN

Para Mari (1983) «el rasgo común del que participan las ficciones en la literatura y el derecho es su adscripción a una misma categoría: la del «como si», categoría llamada por Hans Vaihinger de «lo conscientemente falso».

Pero si bien esta aseveración es cierta, es restringida.

Existe también en el derecho otro tipo de ficción, también consciente, pero más apegada al texto escrito y por ende más al derecho continental, aunque también lo hay en la *Common Law*: es la ficción que se hace visible en el texto de las sentencias; esta ficción surge de la necesidad de otorgar al texto objetividad y poder, más que de extender o ampliar el mundo de las cosas.

1. En virtud de los cuales en el art. 70 se estipula el comienzo de la existencia de las personas a la concepción en el seno materno, así éstas pueden adquirir derechos como si hubiesen nacido; en tanto que por el art. 74 «si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido».

Tal como afirmo en mi libro *Derecho y Lingüística*, tanto la primera (en la que se da cuenta del momento y lugar en que se dicta la sentencia), como la anteúltima (en la que se vota por desinsaculación) sección de la sentencia podría decirse que constituyen una *ficción*² en cuanto a cómo se realizó la misma (lo que no quiere decir que no se tome como válido, en el caso de la anteúltima sección, el veredicto del Tribunal).

Las condiciones de verosimilitud que el oyente-hablante exige en esas secciones de la sentencia no son las mismas que exige para el resto. De hecho ni los jueces ni los abogados de las partes creen que «se reunió el Tribunal, un día determinado, cuando estaban todos presentes, etc.», sino que deben simular y hacer que lo creen. Esa predisposición de creer lo que se sabe que no es verdad por parte del hablante-oyente y sobre todo lector (de la sentencia) es la misma predisposición que se necesita para leer un cuento o una novela (ficción).

Así las ficciones creadas en los códigos y leyes buscan extender el mundo de las cosas; las ficciones de la sentencia buscan objetividad y poder y las ficciones literarias se podría decir que las dos cosas y quizá algunas otras como entretener, divulgar, etc.

Por otro lado la ficción es una misma; en todas ellas se crea una situación, un mundo que no existió, en cada una de sus instancias, en la realidad, por lo que la diferencia se halla en lo que se persigue, en el objetivo, pero no en el recurso (ya se entienda al recurso como lingüístico, literario o legal).

Otra pregunta que podemos hacernos frente a la ficción jurídica y que nos ayudará a clarificar la noción de ficción es la que concierne al acto de habla o actos de habla con que ésta se crea. ¿Qué tipo de acto de habla es una ficción jurídica? Si su pretensión es de validez por estar conectada a razones, ¿cómo son en este caso la pretensión y las razones? ¿Cómo se define el acto de habla, como un acto ilocucionario (orientado al entendimiento) o cómo un acto ilocucionario con efectos perlocutivos? Antes de contestar estas preguntas revisemos las teorías a favor y en contra de la ficción jurídica, y los estudios del lenguaje que éstas originan.

2. De aquí en más los subrayados son míos.

3. DERECHO Y SEMIÓTICA: LA SEMIÓTICA DE PEIRCE - LA SEMIÓTICA DE SAUSSURE, LA POSTURA DEL ANÁLISIS TEXTUAL

3.1. *La semiótica de Peirce*

Brevemente en este trabajo, señalaré que la posición lingüístico-legal que *adhiere al uso de las ficciones* es la de la semiótica de Peirce, representada por Roberta Kevilson y su grupo.³

Este centro, como sus filiales, se basa en el trabajo de Peirce buscando constituir un «método de métodos», lo que permite unificar distintos acercamientos que podrían denominarse semiótica del derecho.

La semiótica del derecho subsume por lo menos dos acercamientos:

1. Continúa el desarrollo de la Escuela de Greimas y 2. La Teoría de signos de Charles S. Peirce.

El Center for Semiotic Research in Law, Government and Economics (de ahora en más CSRLGE) introdujo el pragmatismo de Peirce; así se creyó que una semiótica de la ley basada en la visión Peirceana podría acompañar dos propósitos:

- a) El centro de investigación, como inicialmente fue concebido, funcionaría como un instrumento interpretativo o filtro para las extensas porciones del pensamiento «peirceano» que no fueron estudiadas, y
- b) Tener una función mediatizadora para la práctica del derecho.

La semiótica del derecho debe tener consecuencias prácticas, como decía Peirce, y hacia esto tienden las investigaciones en esa área.

3. Estos centros dependen de la *Pennsylvania State University* bajo el auspicio del *Center for Semiotic Research in Law, Government and Economics*, y sus miembros se reúnen anualmente desde 1987 (aunque la discusión sobre las ficciones es muy anterior) a presentar proyectos del área y a confrontarse con la otra posición que es la de la semiótica proveniente de Saussure. Existen cinco centros de derecho y semiótica internacionales (uno de ellos latinoamericano), entre los que se encuentra el de Pennsylvania, que es ayudado, económicamente, como los otros, para establecer lo que denominan la nueva Asociación Internacional para el Derecho y la Semiótica.

3.2. *La semiótica estructural*

Enfrentada a esta posición encontramos la semiótica estructural o proveniente de Saussure que tiene su pilar en los trabajos de Bentham, en la influencia filosófica de Foucault y en todos los seguidores de la semiótica también llamada estructural, como Lawrence Friedman. Sobre la teoría de Bentham volveré más adelante.

3.3. *El análisis de textos*

La posición a la que adhiero en mi investigación desde el análisis lingüístico del texto en la que se discute esencialmente la noción de ficción, provee una cantidad de elementos como para que los investigadores y estudiosos del derecho, otras ciencias sociales y la literatura se ubiquen frente al uso de esta noción.

Por mi parte, propongo una noción de ficción abarcadora, ya que *el uso de ficciones es un recurso común dentro de los textos orales o escritos de una comunidad de habla*.

Muchos ciudadanos utilizan ficciones cuando hablan a diario, en lo que desde una división tipológica del lenguaje sería el discurso conversacional; un ejemplo claro es el uso de condicionales («Si yo fuera rico me compraría una casa»).

También el recurso de la ficción es utilizado en los textos literarios llamados de «ficción», es decir cuando lo que se cuenta o narra no guarda un vínculo uno a uno con la realidad.

Este recurso también aparece empleado, como decíamos más arriba, en las sentencias escritas (sobre todo) dentro del campo del derecho y también en algunos juicios orales, entre otras cosas porque la ley posee estas ficciones en sí misma.

Es un caso repetido también el que muchas veces las obras literarias de ficción hayan sufrido la acción de la justicia; esto muestra que la ficción literaria, aunque ficción (es decir no real), causa efectos sobre la realidad de modo que se pueda pensar en una acción legal sobre una ficción.

4. LOS ACTOS DE HABLA Y LA SEMIÓTICA LEGAL

4.1. *Nuevamente Peirce*

Dentro de lo que actualmente se conoce como semiótica legal (*Legal Semiotics*) los investigadores trabajan con la teoría del signo de Peirce, cuyo método asume que es un proceso de comunicación o intercambio de mensajes por significados de signos o sistemas de signos. La ley es uno de tales sistemas de signos, como lo son otras instituciones sociales como el lenguaje, la política, la familia, etc.

El propósito de la «metodología semiótica» o «retórica especulativa», términos utilizados por Peirce sinónimamente, es dar cuenta del proceso de cómo un pensamiento o signo de juicio devienen uno de otro, de cómo las decisiones, creencias y el nuevo conocimiento se desarrollan.

Para Peirce todas las proposiciones en su base son hipotéticas y todos los argumentos entimémicos.

El término «entimema» es conocido en la retórica clásica y describe un argumento que presupone, esto es que no hace explícitas, ni la premisa mayor, ni la menor, ni la conclusión. Peirce trató de demostrar que todos los argumentos son presuposiciones inexpresadas. Estas presuposiciones según Peirce son parte del conocimiento público y como propiedad de la comunidad forman la fundación del significado convencional, representaciones o signos que sostienen de un modo general el lugar de los fenómenos reales.

La influencia de Peirce en el derecho continental moderno fue introducida de modo directo a través de Francois Geny e indirectamente a través de Oliver Wendell Holmes, y otros juristas angloamericanos. Tanto la teoría de Holmes como la de Peirce son llamadas «realismo legal».

En la jurisprudencia moderna, un problema de interés para la semiótica legal es la tesis de que el procedimiento legal está dividido en dos partes distintas: la actividad legal y el discurso legal. La semiótica legal sostiene que en cada caso hay un evento legal, en el que el discurso legal es una clase de acto legal y que los procedimientos legales, como los eventos comunicativos en los que tanto actores legales y personas no autorizadas participan, son intercambios de mensajes a través de significados de signos verbales y no verbales y también de actos legales de tipo no verbal.

La semiótica legal no insiste en que la ley debe ser siempre escrita. Pero sostiene que ésta debe ser expresable en las palabras del lenguaje natural. Todos los lenguajes naturales son sistemas de signos. La red de subsistemas legales que competen al dominio de toda sociedad son deriva-

dos del lenguaje natural y las interrelaciones entre ellos son signos de conversación dialógica, de una naturaleza icónica con respecto a los signos y sus funciones.

Peirce desarrolló su «lógica expandida» a través de frecuentes referencias ilustrativas a los procedimientos conocidos y convencionales de la ley.

4.2. *La metodología de Peirce*

La metodología de Peirce es, como hemos visto, otro modo de denominar a la «retórica especulativa». Esta es la división más alta de su «lógica», la primera parte de su «ciencia normativa», seguida por la «ética» y luego por la «estética», a la que él entiende como una «ciencia de valores».

La primera división de la lógica semiótica es la «gramática especulativa», que da cuenta de las relaciones sintácticas de una oración. La segunda división es «la crítica o lógica formal», que está compuesta de razonamientos «abductivos, deductivos e inductivos» (el orden en que se los nombra aquí corresponde a los estadios del razonamiento en el análisis de argumentos).

La semiótica legal acepta el argumento legal como el prototipo de todo argumento ordinario. El argumento legal como signo era la estructura de discurso en la vida experimental real a la cual Peirce refería como la estructura simbólica del signo sobre la cual otros modos varios de argumentos se modelan.

Además, si la gramática especulativa da cuenta del nivel sintáctico de los argumentos, la crítica da cuenta del nivel semántico de los argumentos, y la retórica especulativa da cuenta del nivel pragmático de los argumentos. La retórica, según es entendida por la semiótica en general y por la semiótica legal en particular, no se identifica solamente con la fuerza persuasiva sino también con la interactiva del intercambio dialógico, que enfatiza el subrayado erotético y paratáctico de la estructura del discurso.

La noción de actos de habla, según Kevilson (1988), ha sido recientemente identificada con la ley y los actos legales. Pero en el presente ha habido un *acercamiento deóntico* a los actos de habla en derivaciones generales desde la teoría legal, particularmente desde esta filosofía de la ley asociada con el jurista inglés John Austin, quien sostiene que la ley es el *orden* de la supervivencia.

Un acercamiento alternativo al concepto de actos de habla podría identificarse con la teoría controversial de Austin y al mismo tiempo tendría lugar en el propio contexto del sistema legal desde el cual el término deri-

va. Éste también mostraría que el discurso legal está basado sobre una erotética, esto es, una lógica de pregunta-respuesta y no sobre una lógica deóntica de órdenes solamente.

CUADRO 1

<i>Metodología o retórica especulativa</i>	
Ética	
Estética (ciencia de valores)	

<i>Lógica semiótica</i>	
Gramática especulativa	Sintaxis
Crítica o lógica formal (Razonamiento abductivo, deductivo e inductivo)	Semántica
Retórica especulativa	Pragmática

La metodología o retórica especulativa, como ya observamos, fue definida por Peirce como la parte más alta de la lógica que intenta dar cuenta del proceso real del desarrollo de un pensamiento o idea, para obtener una conclusión o juicio que sea considerado como si fuera una ley, y que funciona como una ley hasta que se la cuestiona y entonces deviene tema o tópico de un nuevo proceso de investigación.

La metodología de Peirce, es necesario aclararlo, es descriptiva: da cuenta del modo de razonar de los actores en un proceso. No es prescriptiva, ya que no provee un modelo oficial legal para que los actores usen.

La semiótica legal recién ha comenzado a analizar de un modo más lingüístico los actos de habla que conciernen al lenguaje de la ley y por ende a la ficción legal.

5. LOS ACTOS DE HABLA, BENTHAM Y HABERMAS

5.1. *Los actos de habla y Bentham*

¿Qué sucede con los actos de habla observados no ya desde la perspectiva de Peirce sino de las apreciaciones que sobre éstos, sin saberlo, había realizado Bentham?

En cuanto a los actos de habla es importante destacar que Bentham se ocupó de ellos muy tempranamente, en su libro *Fragmento sobre el gobierno*, cuya primera edición es de 1776. Allí en el capítulo v: «Deber del Poder Supremo de Dictar Leyes», discute especialmente el contrato comunicativo de los actos de habla y de un modo especial en la nota 100, en la que lo hace detalladamente. Estas referencias aluden al problema lingüístico-filosófico que plantean los ahora denominados actos de habla. También discute en el capítulo 1: «Formación del Gobierno», de una manera que podríamos llamar más general el por qué de los actos performativos y sus efectos perlocucionarios, esencialmente el de los verbos deónticos (cf. más arriba sobre la aproximación de Peirce). En realidad muchas son las observaciones que Bentham desarrolla sobre el lenguaje en este libro, especialmente sobre los actos de habla (hecho este último que no he visto señalado por otros investigadores).

Si bien es difícil afirmar taxativamente que Austin o Habermas se hayan inspirado o al menos hayan conocido la obra de Bentham, es indiscutible que la sensibilidad de éste para el lenguaje, especialmente el legal, al menos ha influido en el pensamiento de ambos autores.

Dice Bentham:⁴

«Un pacto o contrato (pues ambas palabras se emplean aquí en el mismo sentido) puede ser definido como un par de promesas hechas recíprocamente por dos personas, haciéndose depender una de la otra». Pág. 106 (nota 59).

«Aceptando como regla general que las promesas deben ser observadas y que una promesa había sido formulada por la parte en cuestión, los hombres tendieron a considerarse más aptos para apreciar cuándo tal promesa se incumplía [...]», pág. 106.

«[...] ¿cuál es la razón por la cual se deben mantener las promesas? [...] En beneficio de la comunidad, han de cumplirse las promesas de cada uno de sus miembros, y en el supuesto de que los individuos, en vez de observarlas las incumplan, deberán ser castigados.», pág. 110.

«Si se pregunta la razón de ello, la respuesta será ésta: el beneficio obtenido y el perjuicio evitado por su observancia compensan sobrada-

4. Aclaro que la edición que se maneja es: Bentham, Jeremías, 1985 [1776], *Fragmento sobre el gobierno*, Colección los grandes pensadores, Sarpe, traducción cedida por Aguilar. Madrid.

mente el perjuicio que pueda causarse para obligar a los hombres a cumplirlas.», pág. 110.

Las observaciones hasta aquí transcritas se asemejan a muchas de las sostenidas por Austin y Searle, que son conocidas por nosotros. Las que citaré a continuación son reflexiones muy semejantes a las sostenidas por Habermas con respecto a los imperativos, en su Interludio I, en la Teoría de la acción comunicativa.

Cito a Bentham: nota 51, pág. 85-86:⁵

«1. Un hábito no es sino un conjunto de actos, bajo cuya denominación debemos incluir las *omisiones voluntarias* [el subrayado es del autor].

»2. Un *hábito de obediencia* es, pues, un conjunto de *actos de obediencia*.

»3. Un *acto de obediencia* es cualquier acto ejecutado en virtud de una *manifestación de voluntad* de algún superior.

»5. La *manifestación de voluntad* puede ser *expresa* o *tácita*.

»6. Es *expresa* cuando se contiene en *signos* denominados *palabras*.

»7. Es *tácita* cuando se expresa a través de cualquier otra clase de *signos*, entre los cuales los más eficaces son los *castigos* impuestos por la no realización de actos de la misma clase que aquéllos a que manda la voluntad en cuestión.

»8. Una manifestación expresa de voluntad es un *mandato*.

»9. La exteriorización de una manifestación *tácita* de voluntad de un superior puede denominarse *mandato fictio*.

»10. Si tuviéramos libertad de acuñar términos al estilo de los juristas romanos, podríamos hablar de *cuasi-mandatos*.

»11. El derecho estatutario se compone de *mandatos*. La *Common Law* se compone de *cuasi-mandatos*.

»12. Un acto que constituye el objeto de un mandato real o ficticio, considerado antes de su realización, se denomina *deber u objeto del deber*.»

5.2. *Los actos de habla y Habermas*

Antes de confrontar estas afirmaciones de Bentham con la postura de Habermas, me internaré en su propuesta general sobre el lenguaje, para lograr una mejor comprensión de esta comparación.

Habermas, uno de los teóricos más sobresalientes de la Escuela de

5. La numeración corresponde al original.

Frankfurt, hace una fuerte crítica a las conocidas teorías analítica de la acción y a la semántica intensional. En cuanto a la primera, esencialmente señala que ésta no posee una teoría social de la acción y es no empírica, y respecto de la segunda observa las dificultades de esta teoría en demostrar cuál es la intención del hablante.

Intentaré sintetizar las tesis de Habermas desde el punto de vista de la guía teórica que contribuyen a proveer para mi análisis empírico de textos.

Habermas postula la existencia del mundo externo y del mundo interno o subjetivo. El mundo externo se divide a su vez en *a)* Mundo objetivo, donde rige la verdad, y *b)* El mundo social donde rige la rectitud. En el mundo interno o subjetivo rige la veracidad. La verdad, rectitud y veracidad rigen a su vez las pretensiones de validez de los actos.

De este modo, Habermas dice seguir la teoría de Bühler en la cual la función apelativa a su vez se divide en dos funciones más, la regulativa, y la imperativa, y Habermas las hace corresponder en su teoría, respectivamente, a: *a)* La pretensión de validez normativa que refiere a algo en el mundo social que todos comparten, y a *b)* La pretensión de poder para inducir a actuar de modo que adquiera existencia el estado de cosas que el hablante desea, que refiere a algo en el mundo objetivo. Estas dos pretensiones de validez (junto con la de poder) postuladas por Habermas son de gran importancia para la distinción entre actos de habla y para lograr una clara definición de la ficción jurídica.

La pragmática formal podrá utilizarse para una teoría sociológica de la acción si se logra mostrar de qué forma los actos comunicativos (actos de habla) o las manifestaciones no verbales equivalentes cumplen la función de coordinar la acción contribuyendo así a la estructuración de las interacciones.

La acción comunicativa depende de contextos situacionales, es decir, de fragmentos del mundo de la vida de los participantes en la interacción. El mundo de la vida implica un saber de fondo (Habermas señala que es según el sentido dado por Wittgenstein a este término) que asegura la conexión de la teoría de la acción con los conceptos fundamentales de la teoría de la sociedad.

La teoría del significado como uso permite el análisis conceptual de los aspectos pragmáticos de la expresión lingüística. La teoría de los actos de habla es el primer paso en dirección a una pragmática formal que incluye las formas no cognitivas del empleo de oraciones, pero permanece ligada a los estrechos supuestos ontológicos de la semántica veritativa. Sólo podrá llevarse este modelo adelante si se logra dar a la función apelativa y expresiva del lenguaje (la función poética de Jakobson refiere a los me-

dios mismos de exposición) una base sistemáticamente análoga a la que la semántica veritativa ha dado a la función expositiva del lenguaje. Esto es llegar a una pragmática universal, es decir a una teoría de la acción orientada al entendimiento.

También, para diferenciar los fines o planes a los que la ficción tiende, es importante tener en cuenta que en la teoría de la acción comunicativa, la teoría analítica de la acción (teoría de los actos de habla tanto de Austin como de Searle) y la teoría de Weber (en su versión no oficial), tal como la denomina Habermas, de la acción teleológica, son la base de la acción comunicativa: la primera da origen a la acción orientada al entendimiento (actos ilocucionarios); la segunda a la orientada al éxito (actos ilocucionarios, efectos perlocucionarios). La teoría de Weber da pie en Habermas a lo que él denomina pragmática formal (Teoría social de la acción); la teoría analítica de la acción (o teoría de actos de habla) a la pragmática empírica (Teoría de la acción comunicativa); y la combinación de ambas a la pragmática universal, objetivo de la investigación de Habermas. Esta teoría de la acción comunicativa se basa, además, en el modelo de Bühler (como hemos visto), que justifica las nociones de los distintos mundos y las pretensiones de validez, norma y poder en ella desarrolladas. Refiere también dentro de la teoría a la semántica formal (esencialmente a la semántica referencial y a la veritativa) y a la noción de saber de fondo de Wittgenstein.

Respecto de los actos de habla imperativos comienza afirmando que: entendemos un acto de habla cuando sabemos *qué* lo hace aceptable. Esto en los actos de habla de los textos legales es fundamental y en la ficción esencial, ya que debe haber un reconocimiento intersubjetivo de una pretensión lingüística. Estas observaciones son realizadas desde la perspectiva del hablante.

Desde el oyente, éste entiende el significado de una emisión cuando conoce la gramática, el contexto y las condiciones esenciales, es decir, las condiciones de aceptabilidad en sentido estricto que refieren al papel ilocucionario. El oyente debe conocer el sentido ilocucionario de las exigencias, lo cual implica una forma directa del entendimiento.

Así, el hablante (H) dijo que el oyente (O) debe mirar que se produzca 'p'.

H significó a O que tenía que realizar 'p'.

La exigencia emitida por H hay que entenderla en el sentido de que O ha de producir 'p', lo que es igual a un estado en el mundo objetivo (de algún modo un acto perlocucionario).

Las condiciones bajo las que O acepta la exigencia son:

1. Si entiende el sentido ilocucionario, es decir, *si conoce las condiciones bajo las que se produciría 'p'* y si sabe qué tiene que *hacer u omitir* en las circunstancias dadas para que esas condiciones se cumplan. Esta condición la denomina condición de cumplimiento.

2. Si se dan las condiciones para que haya acuerdo, porque el H espera poder imponer su voluntad al O, el H tiene pretensión de poder (H sabe que O tiene razones para plegarse a su pretensión de poder).

3. Si hay *condiciones de sanción*.

5.3. Habermas - Bentham

Volvamos ahora a ver como estos postulados de Habermas resumen lo planteado por Bentham (cf. 5.1.)

Cito a Bentham (1, 3, y ss.) y comparo con Habermas:

«1. Un hábito no es sino un conjunto de actos, bajo cuya denominación debemos incluir las *omisiones voluntarias* [el subrayado en itálica es del autor]».

De algún modo Habermas prevé la omisión como uno de los modos de reaccionar frente a un imperativo.

«3. *Un acto de obediencia* es cualquier acto ejecutado en virtud de una *manifestación de voluntad* de algún superior.»

Para Habermas, H espera poder imponer su voluntad sobre O, y es por eso que establece un transfondo normativo:

Puede plantearse una pretensión de validez dentro de un marco institucional que posea un transfondo normativo; siempre la pretensión de validez está conectada a razones, explicaciones; los actos de habla con pretensión de validez guardan su propia fuerza; su condición de aceptabilidad surge del sentido ilocucionario, no necesita de sanción adicional.

«5. *La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita.*»

«6. Es *expresa* cuando se contiene en *signos* denominados *palabras.*»

«7. Una manifestación *expresa* de voluntad es un *mandato.*»

Ahora bien, muchas veces nos encontramos con pretensiones de poder y es en esos casos en los que encontramos una sanción adicional: el castigo.

«8. Es *tácita* cuando se expresa a través de cualquier otra clase de *signos*, entre los cuales los más eficaces son los *castigos* impuestos por la no realización de actos de la misma clase que aquéllos a qué manda la voluntad en cuestión.»

También como Bentham, Habermas se refiere a que para entender lo que H quiere decir el O tiene que *conocer las condiciones de aceptación* (cosa que *no siempre sucede en la ficción*). Hay una comprensión de una expresión elemental que apunta más allá del significado mínimo de entendimiento. O acepta la oferta que el acto de habla entraña, lo que implica un acuerdo y una única pretensión de validez.

La intención comunicativa del H es la de realizar un acto de habla que sea correcto, lo que implica que tenga un contexto normativo dado (esto le otorga una relación legítima con O), hacer un enunciado verdadero, por lo que O debe compartir, asumir el saber de H; y H pretende expresar verazmente expresiones, por lo que O puede fiarse. Con esto se logra una comunidad intersubjetiva de tres planos: acuerdo normativo, saber proposicional compartido y mutua confianza.

Y es este conocimiento por parte del oyente el elemento clave para distinguir entre ficción y mentira. Una ficción tiene como condición esencial el ser reconocida como tal; si no, pierde su valor ficcional y se convierte en mentira. En el aspecto jurídico el uso de la ficción plantea en primer término la pregunta de si los actores y demandados saben o conocen cuándo puede utilizarse la misma, y qué consecuencias implica su uso.

Bentham se refiere a este aspecto en los puntos 9, 10, 11 y 12.

En ellos reconoce que en la manifestación *tácita*, castigos, hay un mandato *fictio* o cuasi-mandato, pero que antes de su realización se denomina objeto del deber. En realidad no constituyen un mandato sino un cuasi-mandato que según Bentham es característico de la *Common Law*.

«9. La exteriorización de una manifestación *tácita* de voluntad de un superior puede denominarse *mandato fictio*.»

«10. Si tuviéramos libertad de acuñar términos al estilo de los juristas romanos, podríamos hablar de *cuasi-mandatos*.»

«11. El *derecho estatutario* se compone de *mandatos*. La *Common Law* se compone de *cuasi-mandatos*.»

«12. «Un acto que constituye el objeto de un mandato real o ficticio, considerado antes de su realización, se denomina *deber u objeto del deber*.»

6. *El análisis*

Pero hechas estas revisiones ¿cómo se analiza prácticamente una ficción jurídica a la luz de la lingüística y el derecho?

Para eso propongo analizar la ficción jurídica *capitis deminutio* según aparece en las *Institutas* de Gaius, I. 158-162, pág. 63 (ver anexo texto completo).

Brevemente, por un lado, la *capitis deminutio*⁶ es una ficción jurídica mediante la cual pueden alterarse los derechos civiles (pero no los naturales).

Tiene tres grados: máxima, cuando se pierde la ciudadanía y la libertad; menor o media, cuando se pierde la ciudadanía y se conserva la libertad; y mínima, cuando si bien se conserva la ciudadanía y la libertad, el hombre cambia su estado familiar.

159. La *capitis deminutio* es un acto de habla aseverativo, no ilocucionario por definición pero plantea 'un cambio' que no es una descripción de algo sino de una acción como resultado de su aplicación, por lo que describe el efecto perlocucionario que posee.

160. Se realiza la explicitación de la ficción. Se define una ficción como se define una realidad. Lo mismo sucede con sus alcances.

Es un acto de habla ilocucionario (conlleva en sí una acción a realizar), orientada esencialmente al éxito (al mundo de los hechos) ya que crea derechos y obligaciones (perlocución) y con una pretensión normativa o de poder.

Así actos de habla aseverativos se tornan ilocutivos y toman los rasgos antes expuestos para conformar el plan de acción del hablante/escribiente.

Esta facultad lingüística no es privativa de estos textos, sino de un grupo más amplio que podríamos denominar textos institucionales o de poder, o hablar ya de un registro especial.

6. He decidido tomar esta ficción tal como aparece en las *Institutas* porque su estudio es común a todos los países, ya que se trata de derecho romano y no está sujeta a las variaciones comunitarias ni temporales. Para su análisis utilizamos como bibliografía esencial el libro de Juan Iglesias, 1958 (1972, sexta edición, revisada y aumentada), *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Ariel, Barcelona.

Para la persona a la que se dirigen los actos de habla de una sentencia en la que se aplica la *capitis deminutio* son de una fuerza (performación) que poco tiene que ver con otras ficciones. El efecto perlocutivo y performativo de los mismos es claro y se observa ostensiblemente en el texto mismo de la sentencia.

Esta es una importante diferencia de grado dentro de las distintas ficciones, el carácter perlocutivo y a la vez performativo de los actos de habla de la ficción jurídica.

Los actos de habla ilocucionarios o no, se comportan de igual modo dentro del sistema o mundo creado por la ficción. Pero desde la ficción hacia el plano real o no ficcional, ciertos actos de habla no quedan limitados al mundo de la ficción sino que interactúan con el plano no ficcional. Los actos de habla de una ficción crean así efectos perlocucionarios dentro de la realidad o mundo objetivo; otras ficciones (las más comúnmente analizadas) tienen efectos perlocucionarios en el aspecto cognitivo (y también en el mundo subjetivo, para algunos autores, y por ende en el mundo social, aunque esto no pueda observarse a veces como una relación efecto causa).

La realidad, o mejor dicho *no ficción*, interactúa con la ficción, y le brinda o aporta a ésta una serie de premisas, suposiciones, conocimientos, etc., bien para que sean 'simuladas' (ficción computacional, ficción literaria (realismo), ficción jurídica), o bien para que sean violadas.

La ficción jurídica es de carácter muy diferente a otros tipos de ficción como la literaria, televisiva, o la realidad virtual. La primera diferencia se encuentra en la finalidad con que se crea la ficción. La ficción literaria, por ejemplo, puede aspirar como fin perlocutivo de sus diferentes actos de habla a entretener, educar, o bien a cambiar ciertos esquemas cognitivos de los lectores. Pero, en un grado alto, está en los lectores lograr esta re-esquemmatización y también es de difícil control para el narrador saber si se produjo o no en ellos esta modificación. La ficción jurídica por el contrario persigue un fin perlocutivo en sus actos de habla altamente controlable ya que el no cumplimiento de alguno de ellos puede acarrear ciertos derechos, obligaciones y penalizaciones.

En lo que se refiere al 'plan' u objetivo que persigue la ficción jurídica, siguiendo a Habermas en la terminología, ésta sirve a un fin cognitivo y a otro en el «mundo de los hechos». La ficción literaria en cambio persigue un fin en sí misma (no necesita servir a un fin determinado) por lo que su fin está relacionado con el plano cognitivo, aunque también esto implique en un menor grado un cierto cambio en el «mundo de los hechos».

Para cada ficción debe verificarse cuál es su 'plan' de acción: a) Si

apunta sólo al entendimiento por lo que la ficción no busca más que el entendimiento; *b*) Si apunta a una acción orientada al éxito. En el caso *b*) (que es en el que está incluida la ficción jurídica), la orientación al éxito puede estar dada en el aspecto cognitivo: entretener, distraer; o en el aspecto cognitivo-objetivo (de modo intencional): preservar, defender un derecho, crear obligaciones, lograr un aprendizaje, investigar, relacionarse, crear un daño moral.

El autor de la ficción podrá tener más o menos en cuenta estos planes de acción según los resultados que busque con la creación de la ficción.

El autor/creador de la ficción tendrá diferentes pretensiones (normativa, veracidad, validez, poder) para sus ficciones: éstas dependerán también en el caso de la literatura de las poéticas o géneros que cultive el autor. Así si éste perteneciera al realismo literario llegaría «casi» a tratar de obtener una pretensión de validez para con la ficción, aunque nunca la obtendrá.

En la mayoría de las ficciones, literaria, juegos, televisiva, fílmica, podemos encontrar dos modos de pretensión que pueden ser descritos de la siguiente manera: *a*) De veracidad 'ficcional', esto es que lo que se dice, como ficción pueda llegar a 'parecerse' a la veracidad o verdad de la realidad; *b*) Que quede en suspenso toda pretensión de validez, de verdad, o de norma frente a la ficción.

Otras ficciones como la jurídica, la realidad virtual, y algunas veces las citadas en primer término, pueden tener:

1. Pretensión de validez; son ficciones que deben ser respetadas por los oyentes o lectores (realidad virtual),
2. Pretensión normativa; crean derechos y/o obligaciones a sus destinatarios (ficción jurídica),
3. Pretensión de poder; ya la ficción va a aplicarse (por ejemplo en el derecho) y, en una última instancia, por lo que no atiende a razones.

7. Conclusiones

Hemos realizado una revisión de las teorías lingüísticas más relevantes que se ocupan de los actos de habla en relación al derecho y los actos de habla de una ficción jurídica; siguiendo las teorías de Habermas, Austin y Bentham y hemos tratado de trazar ciertos comportamientos de la ficción en el derecho. Esto nos permitió visualizar ciertos comportamientos comunes y diferentes a otras ficciones que a modo de principios pueden leerse de la siguiente manera:

Primero: Verifíquese, en cuanto a su interpretación, para cada ficción, cuál es su 'plan' de acción: *a)* Si apunta sólo al entendimiento por lo que la ficción no busca más que el entendimiento, *b)* Si apunta a una acción orientada al éxito.

Segundo: Según lo expuesto en el punto anterior, el autor tendrá diferentes pretensiones (normativa, veracidad, validez, poder) para sus ficciones: éstas dependerán también de las poéticas o géneros que cultive el autor (en el caso de la ficción literaria o similar).

Tercero: Por lo expuesto en el segundo punto, los actos de habla, ilocucionarios o no, se comportan de igual modo dentro del sistema o mundo creado por la ficción. Pero desde la ficción hacia el plano real o no ficcional ciertos actos de habla no quedan limitados al mundo de la ficción sino que interactúan con el plano no ficcional.

APÉNDICE

«159. La *capitis deminutio* es un cambio en la capacidad anterior. Puede ser de tres modos: «máxima», «menor» (también llamada «media» y «mínima»).

160. La *capitis deminutio* es «máxima» cuando se pierde al mismo tiempo la ciudadanía y la libertad, lo cual sucede con los que están censados, ya que de acuerdo con la fórmula del censo deben ser vendidos; este derecho (*no es usado actualmente*). En cambio, aquellos que se cuentan en el número de los *dediticios* por la ley (*Aelia Sentia*, pierden la libertad, a título de pena, si) en violación de esta ley hubieran tenido su domicilio en la ciudad de Roma. También para las mujeres, que de conformidad con el senado consulto Claudianum se hacen esclavas de los *domini* de los esclavos con los cuales ellas se han unido, contra la voluntad de aquéllos y no obstante sus advertencias.» (Gaius, *Institutas*, pág. 63, t. 159-160)

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, 1962, *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Buenos Aires.
BENTHAM, J., [1776] 1985, *Fragmento sobre el gobierno*, Sarpe, Madrid.
PIETRO, Alfredo di (ed.) 1975, *Gaius, Institutas*, Librería Jurídica, La Plata.

- HABERMAS, J., 1976, «Intención, convención e interacción lingüística», en: HABERMAS, J., 1984, *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid.
- , 1981 (revisada 1987), *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid.
- , 1981 (revisada 1987), *Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid.
- , 1984, *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid.
- , 1988, *Pensamiento Postmetafísico*, Taurus, Madrid.
- IGLESIAS, J., 1958 (1972, sexta edición, revisada y aumentada), *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Ariel, Barcelona.
- KEVILSON, Roberta, 1988, *The law as a system of signs*, Plenum, Nueva York.
- Mari, Eduardo, 1983, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Hachette, Buenos Aires.
- WEISS, P., C. HARTSHORNE, A. BURKS (eds.), 1958, *Peirce, C., 1931-1935, Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge.

