

DERECHO Y RETÓRICA UNA APROXIMACIÓN DESDE LA ACADEMIA ESTADOUNIDENSE

VALENTÍN THURY CORNEJO

1. Un campo en formación

Los campos de la retórica y el derecho han estado conectados desde los inicios mismos de la civilización occidental. En el mundo griego, los sofistas enseñaban “el arte de triunfar en un Estado democrático cuando uno no pertenece a la clase gobernante” y, en particular, “el arte de salir indemne cuando uno es atacado en los tribunales”.¹ Para el mundo clásico, la retórica y el derecho estaban mutuamente imbricados en lo que era una empresa de tipo humanista. Sin embargo, la irrupción del paradigma científico y su impacto en el mundo jurídico hicieron que lo que en el origen estaba constitutivamente ligado —el derecho, la argumentación y la comunicación— sufriera un proceso de instrumentalización mediante el cual la retórica funciona exclusivamente como un medio de comunicar, más o menos persuasivamente, la decisión jurídica.² El modelo mecanicista, propio de la ciencia moderna, se concreta en los grandes sistemas codificados, donde la certeza reemplaza a la necesidad de interpretación de las normas

¹ BILLIG, M.: *Arguing and Thinking. A Rhetorical Approach to Social Psychology*, Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

² Cf. FRIEDMAN, L.: *Ahora elijo yo. La república de las opciones infinitas. Derecho, autoridad y cultura en el mundo contemporáneo*, Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1992.

y la aplicación automática de la norma general al caso concreto.³ En este ámbito, la retórica no tiene ningún lugar en la construcción del derecho ya que, como bien han explicado Perelman y Obrechts-Tyteca,⁴ la nueva ciencia no admite la persuasión y la argumentación como constitutivas de la verdad jurídica.

Sin embargo, distintos fenómenos contemporáneos han hecho que los aspectos comunicativos del derecho vuelvan a la plana principal. Mencionaremos los tres que nos parecen principales. En primer lugar, las transformaciones del Estado y de sus relaciones con la sociedad civil. El Estado, en nuestra época, ya no cuenta con la fuerza necesaria para imponer su voluntad autónoma, sino que debe construir su legitimidad bajo un tipo de autoridad blanda. Ya no usa la fuerza, sino la persuasión. No ostenta una legitimidad indiscutida, sino que tiene que obtenerla mediante sus actos cotidianos. En segundo lugar, la complejidad del derecho contemporáneo hace que la aplicación a-problemática pregonada por la ciencia jurídica del siglo XIX se transforme en un mito. La teoría legal contemporánea ha vuelto a los problemas clásicos de la interpretación y la argumentación jurídica, y con ello ha derribado el mito de la solución única prefijada en la norma.⁵ En su lugar, se instaura un proceso dialógico de creación jurídica. Por último, como una consecuencia de la democratización del sistema político, el derecho comienza a ser visto como parte de una deliberación pública con multiplicidad de actores involucrados, que obligan a la composición de intereses. En ese entorno, el derecho comienza a encarnar esa voluntad política mayoritaria y da forma a los distintos modos en que el Estado interviene en la vida social.⁶ En conclusión, analizando estos tres procesos, vemos cómo el derecho no sólo transforma su fuente de legitimidad, sino también su naturaleza, su proceso de creación y sus funciones sociales. La comunicación,

³ Ver THURY CORNEJO, V.: “Raíces y prospectiva del proceso de codificación”, en SANZ, Carlos R. (ed.): *La Codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires: Educa, 2003.

⁴ Cf. PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L.: *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1969.

⁵ Una teorización al respecto puede consultarse en ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2da ed., Madrid: Trotta, 1997.

⁶ Cf. THURY CORNEJO, V.: *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2002.

en este contexto, es la que hace posible el desenvolvimiento del fenómeno jurídico, no ya en la etapa final de transmisión a los súbditos de lo decidido por el derecho, sino como un engranaje esencial de su constitución como tal.

Entrar en el campo de lo que llamaremos *Derecho y retórica* implica empezar a bucear en las distintas respuestas parciales que se han usado para dar cuenta de las grandes líneas de evolución reseñadas en el párrafo anterior. Así, la retórica es recuperada como un elemento constitutivo del proceso jurídico y, en ese sentido, funciona como una punta de lanza humanista en la concepción científica de lo jurídico. O bien, la retórica es vista, en las versiones críticas, como un instrumento para desenmascarar la maquinaria interna de ese derecho que ya no puede sostener el mito de su homogeneidad sistémica. En uno y otro caso, pues, el fenómeno comunicativo vuelve a asumir un papel central en nuestra concepción del derecho. Es así que el lugar que tome la retórica va a estar inextricablemente unido con la teoría legal que constituya la base de nuestro discursar, ya sea en cuanto al fundamento de su validez como respecto al valor de las fuentes a considerar. Si, por ejemplo, el derecho es esencialmente lucha de poder, la retórica será considerada como un mecanismo encubridor y legitimante de esa naturaleza. Si, por el contrario, el derecho es diálogo social constructor o descubridor de una verdad jurídica, la retórica será el mecanismo de esa creación.

Una forma de comenzar a explorar este territorio es revisar el tratamiento que lo que llamamos *Derecho y retórica* ha tenido en la literatura académica norteamericana de las últimas dos décadas. En los Estados Unidos existe una larga tradición de estudios retóricos, principalmente nucleados en las divisiones académicas de *Speech Communication*, dedicadas originalmente al análisis de los grandes discursos públicos. Estas divisiones han conservado la retórica como una disciplina viva, con sus propios programas académicos, asociaciones profesionales y publicaciones especializadas. Desde este campo, algunos teóricos han comenzado a ocuparse del derecho como un objeto de estudio retórico. Al mismo tiempo, numerosos movimientos desde el campo del derecho, como los *Critical Legal Studies* o *Law & Literature*, han confluído en este interés por las interacciones entre derecho y retórica. Es nuestro objetivo, en las páginas siguientes, intentar una sistematización de la bibliografía existente en lengua inglesa, entendiendo que la misma servirá para ilustrar las múltiples

potencialidades de esta área de estudios, tanto desde el punto de vista de la teoría legal como desde la comunicación. Así, entendemos que una aproximación comunicativa al fenómeno jurídico nos permitirá comprender mejor el funcionamiento del derecho en el actual contexto mediatizado.

Con este objetivo en mente, intentaremos sistematizar la literatura existente en categorías que nos ayuden a encuadrar líneas de investigación que muchas veces se encuentran dispersas. Es importante señalar que la clasificación que proponemos es un primer punto de partida para el diálogo, pero no una postura acabada, ya que la estructura del campo en los EE.UU. conspira para lograr este resultado. En primer lugar, no existe allí un marco teórico compartido entre los cultores de *Derecho y retórica*, y no ha habido hasta ahora muchos esfuerzos para construirlo. En segundo lugar, no parecen estar claras las bases interdisciplinarias sobre las cuales esta nueva área de estudios debiera construirse. Finalmente, muchos enfoques teóricos están sólo sugeridos en los artículos de académicos que hacen algún ejercicio de análisis retórico del derecho pero no desarrollan un trabajo consistente de construcción doctrinal. Ello hace que haya no sólo diversidad de enfoques, sino también diferencias en el desarrollo de cada uno de ellos.⁷ Como resultado, muchas veces nos encontramos con trabajos en distinto nivel de evolución y con variable desarrollo

⁷ La disciplina que podría llamarse *Derecho y retórica* no existe como tal en la academia norteamericana. A pesar de que hay algunos cursos impartidos con esa materia como objeto, no hay divisiones especializadas en las grandes asociaciones profesionales dedicadas a la comunicación o al derecho; no hay programas de posgrado, revistas especializadas, ni siquiera específicas clasificaciones bibliográficas que den cuenta de la existencia de este campo. En otras palabras, no está institucionalizado (cf. WALLERSTEIN, I.: "The Heritage of Sociology, the Promise of Social Science", *Current Sociology*, Vol. 47 (1), 1998, págs. 1-37). Esta evolución contrasta con la ocurrida en campos paralelos, por ejemplo, el de la Retórica de la ciencia, donde los académicos han dedicado ingentes esfuerzos a la doble tarea de analizar retóricamente textos científicos (ejemplos de ello son: CAMPBELL, J. A.: "Scientific Revolution and the Grammar of Culture: The Case of Darwin's Origin", *The Quarterly Journal of Speech*, Vol. 72, N° 4, 1986; LYNE, J. y HOWE, H. F.: "The Rhetoric of Expertise: E. O. Wilson and Sociobiology", *The Quarterly Journal of Speech*, Vol. 76, 1990, págs. 134-151; CONDIT, C.: "How bad science stays that way: Brain Sex, Demarcation, and the Status of Truth in the Rhetoric of Science", *Rhetoric Society Quarterly*, Vol. 26, N° 4, 1996) y debatir acerca de los fundamentos de la disciplina (GROSS, A. G.: *The Rhetoric of Science*, Cambridge: Harvard University Press, 1990; GROSS, A. G. y KEITH, W. M.: *Rhetorical Hermeneutics. Invention*

teórico. En síntesis, nos encontramos en la academia americana con una enorme variedad de enfoques sobre las relaciones entre derecho y retórica, pero cuya sistematización presenta algunas dificultades. Nuestra estrategia, en este sentido, será tratar de darle forma a posturas que muchas veces no se presentan con la consistencia que una categorización tajante pareciera sugerir.

Dividiremos los escritos en dos grandes grupos, tomando en cuenta el distinto nivel de desarrollo de las posturas. A uno lo llamaremos “Perspectivas consolidadas” y al otro lo denominaremos “Campos en desarrollo”. En el primer grupo, encontramos una serie de trabajos en *Derecho y retórica* que se incardinan en una postura teórica más abarcativa y que es la que dará el nombre a cada subgrupo. Así, analizaremos las posturas de *Critical Legal Studies* (Estudios legales críticos), *Derecho y literatura* y *Teoría legal y análisis del discurso*. Describiremos brevemente las líneas generales de cada una de estas categorías y luego nos ocuparemos de introducir el pensamiento de algunos de los académicos con trabajo más consistente en el área. Consideramos que el ejercicio será fructífero, ya que nos ayudará a construir una primera categorización conceptual. En el segundo grupo, “Campos en desarrollo”, realizaremos el mismo proceso, pero aquí los vínculos entre los trabajos realizados en el campo de *Derecho y retórica* y las disciplinas teóricas “madre” son mucho más tenues. Así, las dos categorías aquí tratadas, *Derecho y cultura popular* y *Hermenéutica*, son más una promesa de desarrollo futuro que de estricta actualidad.⁸

and Interpretation in the Age of Science, New York: State University of New York Press, 1997; CECCARELLI, L.: “Rhetorical Criticism and the Rhetoric of Science”, *Western Journal of Communication*, Vol. 65, Nº 3, Summer 2001, págs. 314-329). La falta de institucionalización en el campo de *Derecho y retórica* hace que la multiplicidad de trabajos, muchos de ellos de alta calidad científica, no parezcan pertenecer a la misma disciplina.

⁸ Una de las premisas implícitas de este artículo es que la relación entre derecho y retórica está fundada sobre una perspectiva interdisciplinaria que trata a los dos campos como iguales. En otras palabras, ello significa que para que *Derecho y retórica* exista como un ámbito de estudios debe haber una interacción entre las dos disciplinas actuantes y no una mera colonización de una sobre la otra (BARON, J. B.: “The Rhetoric of Law and Literature: A Skeptical View”, *Cardozo Law Review*, Vol. 26, 2005, págs. 2273-2281). Es justo señalar que hemos dejado fuera del análisis otros trabajos cuya aproximación se apoya en la existencia de un objeto retórico-legal, pero

2. Perspectivas consolidadas

a) *Critical Legal Studies*

En palabras de Roberto Mangabeira Unger,⁹ el movimiento de *Critical Legal Studies* (en adelante, CLS) engarza en una tradición de tendencias de izquierda en la teoría legal contemporánea que está caracterizada por dos grandes preocupaciones. La primera de ellas es

su perspectiva no implica una adaptación de las categorías intelectuales existentes. En este terreno entran algunos análisis retóricos de textos legales, que consideran a estos últimos al modo de textos literarios sin ahondar en la problemática institucional que plantea el ámbito jurídico (ver FIELDING, I.: "Rhetorical Context and the Judicial Opinion: A Case Study of *Ben-Shalom v. Marsh*", *Legal Studies Forum*, Vol. XVII, Nº 4, 1994; FJELSTAD, P.: "Legal Judgment and Cultural Motivation: Enthymematic Form in *Marbury v. Madison*", *Southern Communication Journal*, Vol. 60, 1994, págs. 22-32; ROUNTREE, C.: "Instantiating 'The Law' and its Dissents in *Korematsu v. United States*: A Dramatistic Analysis of Judicial Discourse", *Quarterly Journal of Speech*, Vol. 87, Nº 1, 2001, págs. 1-24). Otros tratan el papel de la retórica en el ámbito de la actividad jurídica, pero lo hacen desde una perspectiva eminentemente centrada en la utilización para fines jurídicos de los instrumentos retóricos (ver SAUNDER, K. M.: "Law as Rhetoric, Rhetoric as Argument", *Journal of Legal Education*, Vol. 44, Nº 4, 1994; SCALLEN, E.: "Judgment, Justification and Junctions in the Rhetorical Criticism of Legal Texts", *Southern Communication Journal*, Vol. 60, 1994, págs. 68-74; cf. WETLAUFER, W.: "Rhetoric and Denial in Legal Discourse", *Virginia Law Review*, Vol. 76, Nº 8, 1990). Si bien estos trabajos aportan elementos valiosos para la comprensión de las relaciones entre derecho y retórica, su enfoque no constituye una real amalgama disciplinar, sino simplemente una exploración desde una disciplina sobre los contenidos de otra, configurando una suerte de colonización epistemológica. Un caso parcialmente distinto, que también hemos dejado fuera de esta clasificación, son los trabajos que tratan la relación de derecho y retórica desde una perspectiva puramente histórica (cf. HOHMANN, H.: "Judicial Legitimacy and Legal Interpretation in the Debate Between *Brutus* and *Publius*", *Southern Communication Journal*, Vol. 60, 1994, págs. 75-86; HOHMANN, H.: "Logic and Rhetoric in Legal Argumentation: Some Medieval Perspectives", *Argumentation*, Vol. 12, 1998, págs. 39-55; HOHMANN, H.: "Rhetoric and Dialectic: Some Historical and Legal Perspectives", *Argumentation*, Vol. 14, 2000, págs. 223-234). En este caso, hemos dejado de lado su análisis porque su enfoque resulta eminentemente teórico y con débiles conexiones con la problemática jurídica contemporánea. Pareciera que estos últimos trabajos encajan mejor en el campo de historia de la retórica que en el de *Retórica y derecho*.

⁹ MANGABEIRA UNGER, R.: "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, Vol. 96, Nº 3, 1983.

formular una crítica del formalismo y objetivismo. El formalismo puede ser caracterizado como una fidelidad a un método de justificación legal opuesto a la existencia de conflictos de carácter abierto e indeterminado *a priori*. En ese sentido, el formalismo implica el uso de motivos impersonales, políticas y principios como un componente indispensable del razonamiento legal. El objetivismo, por su parte, es entendido por Mangabeira Unger como el convencimiento de que las fuentes jurídicas autorizadas representan un esquema defendible de asociación humana. En oposición a estas dos tendencias, para CLS las leyes son el producto de conflictos de poder contingentes o de presiones prácticas carentes de una base de corrección objetiva. La segunda preocupación de la teoría legal concierne “el uso puramente instrumental de la práctica legal y de la doctrina legal para propagar objetivos de izquierda”.¹⁰ El movimiento de CLS ha tendido a deslegitimizar la autoridad de los abogados como los exclusivos traductores y guardianes del derecho, generando tres importantes consecuencias: a) abrió un debate sobre el papel del derecho en la sociedad; b) forzó la necesidad de una explicación de las prácticas legales discursivas por el pensamiento dominante; c) motivó una persistente cualificación del derecho como un discurso de poder.¹¹

Pero a pesar de estas raíces comunes, el movimiento de CLS está lejos de conformar un todo unificado y muchas tendencias diferentes han sobrevivido en su seno, probablemente debido a las múltiples genealogías que explican su desarrollo. Duncan Kennedy, uno de los más prominentes teóricos del movimiento, ha tratado de catalogar estas distintas tradiciones en cuatro grandes líneas de pensamiento que hunden sus raíces en las corrientes filosóficas de la modernidad y explican, no sólo los CLS, sino también la más amplia gama de pensamiento crítico. La primera teoría que se encuentra implícita en muchos teóricos del CLS es la del *organicismo*, que es descrito como una “estrategia que trata de mostrar que algo que puede ser visto como un ‘todo’ es mejor entendido como una ‘parte’”.¹² El organicismo

¹⁰ *Ibidem*, pág. 567.

¹¹ Cf. LUCAITES, J. L.: “Between Rhetoric and ‘the Law’. Power, Legitimacy, and Social Change”, *Quarterly Journal of Speech*, Vol. 76, 1990, págs. 435-466.

¹² KENNEDY, D.: “A Semiotics of Critique”, *Cardozo Law Review*, Vol. 22, 2001, pág. 1149.

puede ser racionalista, como cuando es construido como un sistema que tiene leyes propias, o puede asumir formas irracionales, por ejemplo, cuando es “espontaneista” o “vitalista”. Lo esencial en lo que Kennedy llama organicismo es la tendencia a traspolar nuestra experiencia en un ámbito de la realidad a otros, realizando inferencias de coherencia en el sistema. Así, en lo jurídico, el organicismo se manifiesta cuando el orden legal es explicado como determinado por causas culturales o cuando se ve al sistema jurídico no como un todo autónomo, sino como un instrumento funcional a otros objetivos más abarcativos (por ejemplo, la reproducción del sistema capitalista). La segunda genealogía teórica tratada por Kennedy es la que él denomina “anti-normativismo” (*antinomianism*), y ella engloba la tendencia a desconfiar de las leyes ya que la mayoría de las elecciones que los seres humanos realizan no pueden ser justificadas sobre la base de reglas ya existentes. Esta línea de pensamiento se nutre de los existencialistas (de Kierkegaard a Sartre, pasando por Nietzsche y Heidegger) y encuentra expresión en las teorías políticas y sociales que resaltan la importancia del carisma (Max Weber) así como el decisionismo (Carl Schmitt). Todas ellas resaltan la indeterminación de las soluciones prefijadas por el sistema y la consiguiente importancia del acto mismo de decisión como determinativo de las soluciones a implementar. Al decir de Kennedy, “es raramente reconocido que [...] la moderna teoría legal americana está obsesionada con este problema”,¹³ especialmente en su consideración de la capacidad decisoria en cabeza de los jueces y su falta de legitimidad democrática.

Antes de continuar con esta sintética delineación de fuentes teóricas que Kennedy realiza, es importante recordar que ellas no necesariamente son concordantes ni confluyen en una sola postura. Más bien, lo que este autor quiere hacer notar son los tonos que subyacen en muchas de las posturas legales y que son raramente reconocidos por sus mismos autores. Generalmente, estas raíces marcan el tono de una posición sin trasladarse necesariamente a un razonamiento explícito. Al estar implícitas y no ser discutidas, muchas veces conviven en tensiones irresueltas. Un claro ejemplo de este tono es la tercera genealogía que este autor conceptualiza como *Estructuralismo Paranoico*, entendiéndolo por ello que “somos juguetes de fuerzas cuya existencia y verdaderas relaciones son negadas por el discurso ‘nor-

¹³ *Ibíd.*, pág. 1167.

mal' del mundo, contribuyendo de ese modo a la reproducción de la condición negada".¹⁴ Los grandes nombres de esta teoría son, en planos diferentes, Marx, Freud y Foucault. La contracara de esta teoría es la necesidad de iluminación, ya que hace que no podamos confiar ni en nosotros ni en los demás, hasta que alguien –los autores– nos muestre el verdadero camino. En este sentido, Kennedy destaca el factor psicológico que subyace en estas posiciones y la cultura de sospecha que generan. Finalmente, la cuarta genealogía es la *Semiótica*, sea en la postura racionalista de Saussure y Kohler, o en la más irracionalista de los deconstructivistas. El lenguaje se presenta aquí como un sistema cerrado que tiende a separarse del mundo circundante, y justamente por esa característica de estar separado de una realidad material que lo determine es enteramente manipulable por el hombre. Estas cuatro genealogías conviven como un gran telón de fondo de la mayor parte de las posturas críticas y se combinan entre sí de formas diversas, conformando numerosos proyectos críticos. Dada su omnipresencia en nuestra base genética intelectual, es importante conservarlas como un marco que será necesario para apreciar mejor a algunos autores a los que nos referiremos en las páginas siguientes.

El proyecto de una crítica retórica del derecho es construido sobre la base que acabamos de delinear, implicando ello que la noción misma es reconfigurada y situada en el centro de las funciones sociales de reproducción y reforma.¹⁵ Lucaites señala cómo la retórica se ha mantenido generalmente apartada del campo legal a pesar de su origen común, "intimidada por el vocabulario técnico del discurso legal contemporáneo".¹⁶ En este sentido, la instancia crítica abierta por CLS funciona como un impulso que tiende a superar estos obstáculos. Pero no es suficiente, dice Lucaites, ya que

los estudios retóricos se aproximan al análisis del derecho con una teoría pragmática del discurso, pero sin un enfoque crítico acerca de las

¹⁴ *Ibidem*, pág. 1169.

¹⁵ Cf. SANDMANN, W.: "Critical Legal Studies and Critical Rhetoric: Toward a Reconceptualization of the Acting Human Agent", *Legal Studies Forum*, Vol. XVII, N° 4, 1994.

¹⁶ LUCAITES, *ob. cit.*, pág. 445.

implicancias de la relación entre ambos. CLS ofrece un enfoque crítico sobre el derecho, pero le falta una teoría pragmática del discurso, llevando ello a una explicación impotente de cómo el derecho, en una sociedad liberal-democrática, puede ser transformado en orden a alcanzar su potencial radical. La obvia solución para esta dialéctica es buscar una categoría trascendental de análisis que pueda animarnos a integrar los estudios retóricos y los CLS en un híbrido que abreve en las fortalezas de ambos.¹⁷

Siguiendo esta directiva, la mayor parte de los esfuerzos de los teóricos de *Derecho y retórica* han estado dedicados a construir un enfoque que pueda remediar las deficiencias de CLS. Como analizaremos seguidamente, éste ha sido el objetivo de Marouf Hasian Jr., hasta ahora el más prolífico académico en este ámbito. En las huellas de Lucaites, Hasian intenta edificar una “conciencia retórica” que se mueva más allá de la simplista desmitificación de las estructuras legales existentes mediante la agregación de una fase constructiva. Este autor propone que “en lugar de ver el derecho como un sistema cerrado basado en la acumulación gradual de principios claros y reglas, o como una pantalla de humo que adormece a las masas, debemos tratar a las formaciones legales como ‘fragmentos’ que permiten a los críticos trazar reconfiguraciones discursivas que se adapten a las cambiantes condiciones sociales”.¹⁸ En su postura, la llamada a interrogar lo dado por supuesto se complementa con un rol activo del crítico retórico, que tiene que reconstruir la decisión judicial mediante la investigación de argumentos formulados por críticos y audiencias, y no preservados en las páginas de los archivos judiciales.¹⁹

Hasian, Condit y Lucaites²⁰ desarrollaron conjuntamente este argumento y conceptualizaron la idea del derecho como coexistente con una cultura retórica en evolución, entendiendo esto último como

¹⁷ *Ibidem*, pág. 446.

¹⁸ HASIAN, M. Jr.: “Myth and Ideology in Legal Discourse: Moving From Critical Legal Studies Toward Rhetorical Consciousness”, *Legal Studies Forum*, Vol. XVII, N° 4, 1994, pág. 349.

¹⁹ Cf. HASIAN, M. Jr.: “Critical Legal Rhetorics: The Theory and Practice of Law in a Postmodern World”, *Southern Communication Journal*, Vol. 60, 1994, págs. 44-56.

²⁰ Cf. HASIAN, M. Jr.; CONDIT, C. y LUCAITES, J.: “The Rhetorical Boundaries of ‘the Law’”, *Quarterly Journal of Speech*, Vol. 82, 1996, págs. 323-342.

los usos lingüísticos accesibles para aquellos que quieran dirigirse a una audiencia específica en una situación histórica dada.

La cultura retórica evoluciona al adaptarse a las cambiantes exigencias sociales, políticas y económicas, y el derecho es, inevitablemente, una rama de esa cultura. Desde esta perspectiva, entonces, el derecho no es ni un inmutable principio fundacional, ni una implacable y sobredeterminada ideología dominante, sino un componente en la evolución orgánica del orden social que continuamente se (re)constituye a través del discurso público.²¹

Esta aproximación marcó los siguientes trabajos de Hasian, construyendo una retórica del derecho incardinada en un discurso público más amplio. Por consiguiente, en su trabajo más reciente, combinará una crítica más estricta de las decisiones judiciales²² y estudios de teorías legales²³ con un complejo análisis histórico acerca de cómo las decisiones judiciales son socialmente construidas y argumentadas a través de la interacción del discurso y las condiciones materiales.²⁴ Este marco se ha trasladado también a sus últimos análisis sobre el papel que la memoria juega en el ambiente de la argumentación legal.²⁵

²¹ *Ibidem*, pág. 372.

²² Cf. HASIAN, M. Jr.: “Judicial Rhetoric in a Fragmentary World. ‘Character’ and Storytelling in the Leo Frank Case”, *Communication Monographs*, Vol. 64, September, 1997, págs. 250-269.

²³ Cf. HASIAN, M. Jr.: “The Domestication of Legal Argumentation: A Case Study of the Formalism of the Legal Realists”, *Communication Quarterly*, Vol. 46, Nº 4, 1998.

²⁴ Cf. HASIAN, M. Jr.: “Jurisprudence as Performance: John Brown’s Enactment of Natural Law at Harper’s Ferry”, *Quarterly Journal of Speech*, Vol. 86, Nº 2, 2000; HASIAN, M. Jr.: “Legal Argumentation in the Goodwin-Malthus Debates”, *Argumentation and Advocacy*, Vol. 37, 2001, págs. 184-197; HASIAN, M. Jr.: “Critical Legal Theorizing, Rhetorical Intersectionalities, and the Multiple Transgressions of the ‘Tragic Mullata’, Anastasie Desarzant”, *Women’s Studies in Communication*, Vol. 27, Nº 2, 2004.

²⁵ HASIAN, M. Jr.: “In Search of ‘Ivan the Terrible’: John Demjanjuk and the Judicial Use of Ironical Argumentation”, *Argumentation and Advocacy*, Vol. 39, 2003, págs. 231-253; HASIAN, M. Jr.: “Legal Argumentation...”, *ob. cit.*

b) Derecho y literatura

Cuando Christopher Columbus Langdell se convirtió en el decano de la Escuela de Derecho de Harvard en 1870, el derecho empezó a dejar de ser visto como un arte para pasar a ser considerado una ciencia, una disciplina académica especializada que se caracterizaba por su lógica, su metodología y su objeto propio. La influencia de los cambios generados por esta figura durarían hasta la década de 1960, cuando, como consecuencia de una serie de procesos interrelacionados –el nacimiento de teorías legales alternativas, la explosión de disciplinas complementarias al derecho y el colapso de la confianza en la habilidad de los abogados para solucionar por sí mismos los problemas más importantes del campo legal–, la concepción Langdelliana comenzó a resquebrajarse.²⁶ *Derecho y literatura* es uno de los muchos campos –junto con *Law & Society*, *Law & Economics*, etc.– que surgieron como una reacción contra el pretendido estatus autónomo del derecho. La motivación que los cultores de esta nueva tendencia compartían era el deseo de “humanizar” el sistema legal y sus aplicadores, “algo que podía ser conseguido yendo más allá de las limitaciones del pensamiento normativo, llegando hasta el oculto repositorio de valores culturales de la literatura, o más ampliamente, las humanidades”.²⁷ Algunas incipientes expresiones de esta escuela se retrotraen hasta principios del siglo xx, pero el movimiento contemporáneo se puede considerar iniciado por la publicación en 1973 del libro de James Boyd White, *The Legal Imagination*.²⁸

Existen tres grandes corrientes dentro el movimiento de *Derecho y literatura*: a) una aproximación humanista que se centra en la educación de los practicantes del derecho, buscando resaltar la fuerza iluminadora de la literatura para el campo legal; b) un enfoque hermenéutico cuyo núcleo está en la teoría literaria, y que busca enriquecer la interpretación y argumentación legales con los métodos

²⁶ Cf. POSNER, R.: “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, Nº 4, 1987, págs. 761-780.

²⁷ PANTAZAKOS, M.: “Ad Humanitatem Pertinent: A Personal Reflection on the History and Purpose of the Law and Literature Movement”, *Cardozo Studies in Law & Literature*, Vol. 7, 1995, pág. 33.

²⁸ Cf. WHITE, J. B.: *The Legal Imagination*, Chicago: University of Chicago Press, 1973.

derivados de la crítica literaria; y c) una línea narrativa que se ocupa de las historias contadas por los clientes, los abogados, los jueces y hasta la doctrina misma.²⁹ La primera corriente está dedicada, casi con exclusividad, al análisis de obras de literatura, y busca ver cómo el derecho es representado en ellos y cuáles son las posibles conexiones entre el mundo literario y el jurídico. El programa de esta orientación es muy similar a lo que luego llamaremos *Derecho y cultura popular* –*Law & Popular Culture*–, por lo cual deferiremos su tratamiento para la sección correspondiente. Mientras en esta tendencia la función retórica implica una cierta traducción de los contenidos del campo jurídico al literario –o sea, como el mundo del derecho es representado literariamente– y, por lo tanto, la comunicación es un vehículo de transmisión externo a la naturaleza del derecho, en las dos corrientes restantes la interrelación entre los dos mundos asume una función constitutiva. Al dedicarse a escudriñar la naturaleza del campo legal mediante su comparación con la literatura y aplicar los métodos literarios a la materia jurídica, estas corrientes realizan un trabajo interdisciplinario que llega al centro de la definición de lo legal. Como veremos a continuación en los trabajos de James B. White, el derecho es pensado como actividad esencialmente literaria.

White ve al derecho como un proceso retórico y literario, una actividad de habla e imaginación que tiene lugar en un mundo social que se parece a una conversación.³⁰ En este contexto, “el Derecho establece las condiciones sobre las que esta clase especial de charla se desarrolla, tanto al definir sus lugares y ocasiones como al establecer sus recursos, sus plazos y sus prácticas –en el sentido más amplio, creando su lenguaje–”.³¹ El derecho, en consecuencia, no es una realidad objetiva, sino algo que los actores legales crean al hablar el lenguaje de sus audiencias, un lenguaje que es específico de una cultura. El objetivo de este discurso es persuadir a esas audiencias de un modo creativo: “Al hablar el lenguaje del derecho, el abogado debe estar siempre preparado para cambiarlo: agregando o descartando una distinción, admitiendo una nueva voz, proclamando una nueva

²⁹ Cf. BARON, J. B.: “Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity”, *The Yale Law Journal*, Vol. 108, N° 5, 1999, págs. 1059-1085.

³⁰ Cf. WHITE, J. B.: “Imagining the Law”, en SARAT, A. y KEARNS, T. R. (eds.): *The Rhetoric of Law*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1996.

³¹ *Ibidem*, pág. 37.

fuentes o autoridades, entre otras formas”. Como él mismo declara, el abogado “está siempre diciendo no sólo *así es como este caso debe ser decidido*, sino también *así –en este lenguaje– es la forma en que sobre este caso y sus similares se debe conversar en nuestra cultura*”.³²

White, en lo que puede llamarse una visión aristotélica de la retórica,³³ ve la profunda conexión entre el derecho y la retórica como algo constitutivo:³⁴

El derecho es más útilmente visto no como un sistema de reglas, como usualmente lo ven académicos y filósofos, sino como una rama de la retórica, y [...] la clase de retórica de la cual el derecho es una especie es más útilmente vista no como ciencia fallida o como el innoble arte de la persuasión, como usualmente la retórica es vista, sino como el arte central por medio del cual la comunidad y la cultura son establecidos, mantenidos y transformados. Así considerada, la retórica es connatural al derecho y, como éste, tiene en la Justicia su objetivo último.³⁵

Su visión del “derecho como retórica” está fundada en cuatro elementos: I. sus métodos y maneras no son los del razonamiento científico; II. trabaja mediante persuasión; III. mantiene y transforma la cultura y IV. es social e institucionalmente constitutivo.³⁶ Para cumplir las tareas que esta visión requiere, los abogados deben aprender a trabajar como traductores, transmitiendo significados en formas que comuniquen efectivamente tanto a audiencias especializadas como no especializadas. El traductor debe transformar las particularidades de un caso de “carne y hueso” en discurso jurídico, proveer razones claras y líneas para la comunidad jurídica, y luego debe traducir este discurso legal en un texto moral y político que sea significativo para la comunidad en general.³⁷

³² WHITE, J. B.: *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison: The University of Wisconsin Press, 1985, pág. 34.

³³ Cf. SARAT, A. y KEARNS, T. R. (eds.): ob. cit.

³⁴ Cf. FREEMAN, J.: “Constitutive Rhetoric: Law as a Literary Activity”, *Harvard Women's Law Journal*, Vol. 14, 1991, págs. 305-325.

³⁵ WHITE, J. B.: “Law as Rhetoric, Rhetoric as Law”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 52, 1985.

³⁶ Cf. WHITE, J. B.: “Imagining the Law”, ob. cit.

³⁷ Cf. DELLAPENNA, J. W. y FARRELL, K.: “Law and the Language of Community: On the Contributions of James Boyd White”, *Rhetoric Society Quarterly*, Vol. 21, 1991, págs. 38-58.

Muchos autores dentro del campo de *Derecho y literatura* comparten la concepción de White acerca de la naturaleza literaria del derecho, pero ella está implícita en su aplicación de los métodos de la crítica literaria para solucionar los problemas legales de interpretación normativa y constitucional.³⁸ Levinson y Mailloux sostienen que “entre la teoría legal contemporánea y la literatura hay menos distancia que la que muchos suponen, ya que los practicantes de una y otra disciplina están unidos por la omnipresente ansiedad generada por lo que ha sido descrito como *la pérdida del sentido de hacer y hablar en nombre de algo o alguien reconocido e incuestionablemente válido*”.³⁹ En este contexto, el fenómeno del poder adquiere relevancia central. ¿Quién controla el significado de un texto —el autor, el lector—, las palabras del texto, las convenciones de lectura?⁴⁰ En un giro interesante, muchos de los problemas enfrentados por las diferentes tendencias de la crítica retórica contemporánea son revisitados en el campo del derecho y la retórica, ya que ambos han sido influenciados por los recientes desarrollos en crítica literaria.

Por ejemplo, la teoría del género literario es usada por Robert Ferguson para describir la sentencia judicial como un género caracterizado por la voz monologante, el modo interrogativo, el tono declarativo y una retórica de la inevitabilidad.⁴¹ Ferguson destaca que una cosa que un juez nunca admite en el momento de decisión es la libertad de decisión: ésta es una conclusión lógica de la situación y de los deberes de su función. Debido a esto, la voz monologante no es la del juez-individuo, sino aquella de “la figura más abarcativa que está imbricada en la maquinaria social de toma de decisiones”.⁴² La real creatividad del juez, comenta Ferguson, no está en las respuestas que da, sino en las preguntas que formula. Estas últimas son en esencia retóricas, porque lo que es preguntado, lo es con una respuesta en mente, siendo el proceso que lleva de la pregunta a la respuesta parte del proceso ritual del acto de juzgar. En este sentido, el tono es de-

³⁸ Cf. LEVINSON, S.: “Law as Literature”, *Texas Law Review*, Vol. 60, N° 3, 1982.

³⁹ LEVINSON, S. y MAILLOUX, S. (eds.): *Interpreting Law and Literature. An Hermeneutic Reader*, Evanston, IL: Northwestern University Press, 1998, pág. 158.

⁴⁰ Cf. BARON, J. B.: “Law, Literature...”, ob. cit.

⁴¹ Cf. FERGUSON, R.: “The Judicial Opinion as Literary Genre”, *Yale Journal of Law & Humanities*, Vol. 2, N° 1, 1990.

⁴² *Ibidem*, pág. 207.

clarativo, porque no hay dudas respecto de las respuestas que las cuestiones plantean. Todos estos elementos llevan a una retórica de la inevitabilidad, donde las cosas presentes o futuras son vistas en relación con su pasado: “que el pasado controla el presente en este descubrimiento de la norma es una premisa. Lo que *fue* y lo que *es* se juntan en la expectativa juzgadora de lo que *debe ser*”.⁴³

La teoría narrativa es otro terreno en donde derecho y retórica se encuentran. Ha existido últimamente una especie de renacimiento de la narratividad que se debió a una necesidad de superar algunos dualismos tradicionales como los de hecho-valor, intelecto-imaginación y razón-emoción.⁴⁴ La narrativa trasciende estas categorizaciones conceptuales y brinda una oportunidad para el tratamiento de cuestiones complejas como las presentadas en el contexto jurídico actual. En opinión de Minow al describir la teoría de H. Arendt,

la narración de historias –*storytelling*– puede quebrar la ilusión de que las ciencias sociales crean, en servicio de una administración racional, la ilusión de que el mundo es un apacible hogar. La narración de historias invita al narrador y al oyente a confrontar embarazosas y complejas realidades –y lo hace en una forma que promueve la comunicación y el pensamiento sobre cómo conectar el pasado y el futuro pensando en lo que hay que hacer. En lugar de asumir la posición de que sólo los expertos entienden y actúan en el mundo político, el teórico político que cuenta historias piensa acerca de la política en una forma que se mantiene fiel a la capacidad de los ciudadanos para actuar juntos.⁴⁵

La narración es vista así como una forma de traducir el derecho para los públicos externos, democratizando el proceso legal. En el campo del derecho, las historias son vistas como una narración que engarza en una cultura argumentativa.⁴⁶

⁴³ *Ibidem*, pág. 214.

⁴⁴ Cf. FISHER, W. R.: *Human Communication as Narration: Toward a Philosophy of Reason, Value, and Action*, Columbia: University of South Carolina Press, 1989.

⁴⁵ MINOW, M.: “Stories in Law”, en BROOKS, Peter y GEWIRTZ, Paul (eds.): *Law’s stories: narrative and rhetoric in the law*, New Haven: Yale University Press, 1996, pág. 33.

⁴⁶ Cf. BROOKS, P. y GEWIRTZ, P.: *ob. cit.*

William Lewis combina género y teoría narrativa al comparar al derecho con la tragedia⁴⁷ y con el realismo romántico.⁴⁸ Señala el problema que representa la colisión de una aproximación literaria y las necesidades pragmáticas de la comunidad:

Las comunidades establecen su identidad a través de narrativas románticas que se proyectan atrás, hacia el pasado, y adelante, hacia el futuro, y el derecho provee un marco irresistible para establecer y reestablecer las concepciones necesarias de tradición, responsabilidad, inteligibilidad e identidad. La todavía irresuelta pregunta es cómo mantener la visión romántica necesaria para el arte de construir comunidades (de la cual derivan la importancia de la narrativa y el derecho) y, al mismo tiempo, reconocer la opresión de la autoridad, la realidad de las desigualdades y la existencia de disensos. Este conflicto está en el corazón del derecho y representa su tragedia esencial: la constitución de la comunidad es la mayor fortaleza del derecho y, al mismo tiempo, su máximo defecto.⁴⁹

Al estudiar estos enfoques basados en el género literario, Lewis plantea algunos de los límites del campo de *Derecho y literatura*, ello es, su habilidad para explicar la realidad del poder y darle un estatus teórico adecuado.

c) Teoría legal y análisis del discurso

Desde la publicación, hace casi medio siglo, de *La Nueva Retórica* de Perelman y Olbrechts-Tyteca,⁵⁰ las cuestiones de interpretación y argumentación jurídica han pasado al frente de la teoría legal. Probablemente, las razones de ese desarrollo estén en la aparición de la figura del juez como un poderoso actor legal en el ámbito europeo de la posguerra y la necesidad de controlar su evidente poder discrecio-

⁴⁷ Cf. LEWIS, W.: "Law's Tragedy", *Rhetoric Society Quarterly*, Vol. 21, Summer 1991, págs. 11-21.

⁴⁸ Cf. LEWIS, W.: "Of Innocence, Exclusion, and The Burning of Flags", *Southern Communication Journal*, Vol. 60, Fall 1994, págs. 4-21.

⁴⁹ LEWIS, W.: "Law's Tragedy", ob. cit., págs. 19-20.

⁵⁰ Cf. PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, ob. cit.

nal.⁵¹ Esta cuestión, de perenne actualidad en el ámbito norteamericano, generó en Europa una serie de trabajos que intentaron delinear una teoría normativa de la argumentación legal.⁵² Con diferentes características, todos estos trabajos se ocuparon de lo que se presentaba como el mayor problema de la filosofía del derecho y generaron un nuevo campo de estudio. Si bien en la mayoría de los trabajos mencionados –a diferencia del original de Perelman y Olbrechts-Tyteca– la retórica no ocupa un lugar destacado, el contexto intelectual en el que se inscriben comienza a estar abierto a los fenómenos comunicativos. En este sentido, fue en ese clima en el que se generaron nuevas aproximaciones retóricas al fenómeno del derecho, entre las cuales nos ocuparemos especialmente de describir la de Peter Goodrich.

Este autor trata de quebrar el aislamiento en que se encuentra el campo legal, desarrollando una retórica del derecho “capaz de indicar y especificar las dimensiones políticas del lenguaje legal y, más aún, capaz de explicar sus cualidades aparentemente no-comunicativas en referencia a las relaciones de poder dentro de las cuales el texto legal (como escritura) está inscripto”.⁵³ De este modo, busca oponerse a una práctica de la argumentación y la retórica normativa

preocupada por generalizar más allá de su contexto pragmático y material, que mientras parece describir un objeto real nos lleva inexorablemente al juego hermético y circular de las normas legales; mientras el derecho es indudablemente investido con una peculiar “fuerza” concreta o función, su método argumentativo y su retórica justificatoria codifican una relación con lo social de manera tal que nunca puede ser verificada o falsificada.⁵⁴

⁵¹ Cf. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2da ed., Madrid: Trotta, 1997; THURY CORNEJO, V.: *Juez y división de poderes hoy*, Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2002.

⁵² Cf. AARNIO, A.: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel: Dordrecht, 1987; ALEXY, R.: *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Clarendon, 1989; cf. FERRAJOLI, L.: *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma/Bari: Laterza, 1990; cf. GIANFORMAGGIO, L.: *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino: Giappichelli, 1986; cf. MCCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon, 1978; cf. RAZ, J.: *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson, 1975.

⁵³ GOODRICH, P.: “Rhetoric as Jurisprudence: An Introduction to the Politics of Legal Language”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 4, N° 1, 1984, pág. 90.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 122.

En otras palabras, su proyecto es construir una crítica retórica del derecho, pero una que esté fundada en un conocimiento social e histórico —puesta a una estricta técnica normativa— donde la interpretación jurídica y el texto legal puedan ser discutidos dentro del marco de la institución jurídica, y “el texto ritual y el significado ceremonial puedan ser confrontados por las prácticas sustantivas y llamadas a responder por lo que han hecho, por sus prácticas”.⁵⁵

El análisis retórico propiciado por Goodrich tiene sus fundamentos en forma de críticas políticas que intentaron evaluar la relación y corrección del uso del lenguaje en su contexto específico, así como evaluar el contenido del discurso en relación con su valor para la comunidad histórica inmediata. Está basado en la premisa de que todo discurso es naturalmente dialógico y, consecuentemente, es entendido mejor en su específico contexto de uso antes que en los términos lingüístico-normativos de las variadas formas de exégesis. El objetivo principal de Goodrich es descorrer el velo de la polisemia —el carácter inherentemente tropológico— de todo uso del lenguaje:

Esta tarea adquiere un carácter esencialmente radical en relación con las instituciones legales y sus textos, precisamente porque el método jurídico y la interpretación legal postulan el carácter unitario del lenguaje jurídico y el carácter monológico del juicio legal como notas legitimantes esenciales del discurso jurídico. El análisis del derecho como retórica tiene que desafiar las pretensiones de estatus privilegiado del discurso legal, en todos los niveles y en todas las apariencias que asume.⁵⁶

En consecuencia, su proyecto apunta al centro de la teoría legal, al discutir las estructuras internas del derecho de acuerdo con cómo las mismas están expresadas en su retórica. Estas estructuras no pueden ser vistas en la superficie: uno tiene que profundizar en la historia para conocer su origen. El programa teórico de Goodrich se nutre de una investigación histórica que lo lleva a descubrir la preexistencia de las formas dogmáticas de las instituciones legales. En este sentido, el autor señala que “si la autobiografía provee el léxico y

⁵⁵ GOODRICH, P.: “Historical Aspects of Legal Interpretation”, *Indiana Law Journal*, Vol. 61, 1986, pág. 334.

⁵⁶ Ídem.

la estructura narrativa, los afectos y los antagonismos del inconsciente individual, es la historia social la que provee la estructura inconsciente de las instituciones”.⁵⁷ Su instrumento para conocer ese inconsciente será precisamente la retórica, pues, en su opinión, es “una forma pre-moderna del psicoanálisis”.⁵⁸ Este camino lo llevará, en su momento, al estudio histórico de formas jurisprudenciales alternativas, como el que realiza en *Law in the Courts of Love*. Allí, comienza una “historia del inconsciente jurídico. Una historia de jurisdicciones anexadas o denegadas por el fantasma de un derecho todopoderoso, una historia de disciplinas marginalizadas por el sueño de una jurisdicción común y unitaria, una narrativa de prácticas históricas cuya realidad es negada por una historia aún más poderosa: la de la ciencia del derecho”.⁵⁹

La retórica del derecho está estrechamente relacionada con la teoría jurídica, siendo la primera el instrumento mediante el cual un derecho unitario fue construido. Goodrich sitúa el centro de su explicación en la naturaleza teológica de la interpretación y la práctica autoritaria a la que dio lugar cuando la forma escrita asumió el monopolio del significado.⁶⁰ Ésa es la razón por la que Goodrich declara que la retórica del derecho clásica ha sido una retórica de denuncia, marcada por la figura de la *antirrhesis* –“una forma de discurso por el cual el orador rechaza la autoridad, opinión o sentencia de una persona, debido a su error o malevolencia”–.⁶¹ Es al leer el lenguaje legal como un signo o índice de las estructuras narrativas reprimidas y de las variadas formas discursivas confrontativas que constituyen la historia y la estructura del razonamiento jurídico cuando descubrimos la verdadera naturaleza del derecho. Así, por medio de una crítica retórica del derecho, podremos descubrir la multiplicidad de aproxi-

⁵⁷ GOODRICH, P.: “*Jani anglorum*: signs, symptoms, slips and interpretation in law”, en DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter y HACHAMOVITCH, Yifat (eds.): *Politics, Posmodernity and Critical Legal Studies. The legality of the contingent*, London: Routledge, 1994, pág. 112.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 107.

⁵⁹ GOODRICH, P.: *Law in the Courts of Love*, London & New York: Routledge, 1996, pág. 3.

⁶⁰ Ver GOODRICH, P.: “Historical aspects of...”, *ob. cit.*

⁶¹ GOODRICH, P.: “Antirrhesis: Polemical Structures of Common Law Thought”, en SARAT, A. y KEARNS, T. R. (eds.): *ob. cit.*, pág. 59.

maciones al derecho que fueron oscurecidas por una visión unitaria que ha sido consolidada, a través de los siglos, por la educación jurisprudencial. Ésa es la razón por la que Goodrich no busca dar una batalla en el plano de la teoría, sino contribuir con “una metodología específica de estudio legal y una reformulación de la modalidad adecuada de educación legal, que permita la lectura opuesta de textos legales”.⁶²

Resumiendo, la propuesta de Goodrich es ambiciosa al tomar la relación entre derecho y retórica como constitutiva e interrogar a la segunda a través de lo que descubren sus formas comunicativas. Las características contemporáneas del derecho son tales porque la retórica clásica construyó al derecho de esa forma, prohibiendo la oposición, consolidando la autoridad, construyendo consenso en un texto escrito unificado. La crítica retórica de Goodrich se basa en un método deconstructivo cuyo objetivo es permitir visiones alternativas del fenómeno jurídico. Por consiguiente, los fundamentos de sus investigaciones remiten a un concepto de derecho como un campo plural, un lugar de disenso más que de consenso.⁶³ En sus escritos posteriores, este autor va a proponer la constitución de una “gaya ciencia del derecho” –*gay science of law*–, “un sistema novedoso de pensar el derecho, un salvaje –y en ese sentido, amenazador- suplemento a la prosa de la razón escrita”⁶⁴. Así, busca recobrar las dimensiones afectivas y pasionales del Derecho, las cuales han estado ocultas bajo el manto de proclamada racionalidad, pero, sin embargo, continuamente se manifiestan en el mundo mediático de la comunicación contemporánea.⁶⁵ Goodrich intenta una vía compleja, que busca dialogar permanentemente con los desarrollos de la teoría legal, incorporando la comunicación como una dimensión central de su análisis.

⁶² GOODRICH, P.: *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, New York: St. Martin's Press, 1987, pág. 208.

⁶³ Cf. GOODRICH, P.: “Antirrhesis...”, ob. cit.

⁶⁴ GOODRICH, P.: “Gay science and law: rhetoric and the real in the cisalpine reception of the laws of love”, en HUTSON, L. y KAHN, V. (eds.): *Rhetoric and Law in Early Modern Europe*, New Haven: Yale University Press, 1999, pág. 95.

⁶⁵ GOODRICH, P.: “Anti-Teubner: autopoiesis, paradox, and the theory of law”, *Social Epistemology*, Vol. 13, N° 2, 1999, págs. 197-214.

3. Perspectivas en desarrollo

a) *Derecho y cultura*

Dentro del amplio campo que en los últimos tiempos ha comenzado a analizar el derecho desde una perspectiva cultural, los autores intentan relacionar los procesos formales e informales del derecho con la construcción de significados y símbolos relacionados con ellos, la mayor parte de las veces a través del estudio de los productos culturales masivos. El concepto central que nuclea este campo es, a nuestro entender, el de cultura popular, entendido en un sentido amplio, o sea, una comprensión de la experiencia jurídica de la gente común en la sociedad contemporánea. En esta área temática podemos incluir posturas muy diversas, que van desde un tratamiento etnográfico del derecho y su influencia en la vida cotidiana, hasta un análisis de series de TV de contenido jurídico. El punto común de las distintas aproximaciones está dado, en este sentido, por la mirada puesta en los aspectos no institucionales del derecho y sus contenidos simbólicos, apuntando al significado efectivo que lo jurídico tiene para el hombre común. Partimos, pues, de una base que dista de estar unificada. Más bien, encontraremos distintos retazos que dan cuenta de este problema y permitirán diseñar distintos escenarios futuros, pero no hallaremos un marco teórico ya construido. El panorama actual se parece más bien a una eclosión de expresiones que dan cuenta de la importancia de lo cultural en el derecho, pero lo hacen desde territorios epistemológicos sumamente disímiles. Este hecho hace que la misma existencia del campo se presente como algo escurridiza y que pueda ser analizada como una simple resonancia del “giro cultural” en la sociología Americana⁶⁶ o como una extensión de la perspectiva desarrollada en *Derecho y literatura* al campo del cine y los productos de TV. Sin negar estos factores, sin embargo, entendemos que bajo esta superficie hay una intuición importante acerca de las transformaciones acaecidas en la cultura y el derecho debido a la predominancia de los contenidos visuales y la existencia de una masificación creciente de los productos culturales.

⁶⁶ Cf. FRIEDLAND, R. y MOHR, J.: “The cultural turn in American sociology”, en *Matters of Culture: Cultural Sociology in Practice*, UK: Cambridge University Press, 2004.

El estudio del impacto de las construcciones culturales en las concepciones sobre lo jurídico constituye un medio poderoso para medir la efectividad de las instituciones legales, en una era en la que el Estado está perdiendo su posición como el monopolizador de la fuerza. En la era contemporánea, el Estado, para alcanzar sus fines, debe interactuar con los individuos y usar la fuerza al mismo tiempo que otro tipo de incentivos. Esta evolución deriva de las transformaciones democráticas de la cultura política en el siglo xx y la prevalencia de sistemas basados en la existencia previa de derechos individuales. Al mismo tiempo, el derecho ha ido emergiendo como un poderoso instrumento generador de cambio social, tornando inconsistentes las explicaciones mecanicistas respecto a sus efectos. La cultura comienza a jugar un papel fundamental en la legitimidad de los sistemas jurídicos y, por consiguiente, en su eficacia. Esta cultura, sin embargo, ya no es la “alta cultura” de las grandes obras literarias y artísticas, sino una cultura democratizada y masificada. Los instrumentos de la técnica han hecho que los productos artísticos sean reproducibles y así han entrado en el sistema capitalista como productos de consumo.⁶⁷ Estas complejas transformaciones del siglo xx y, especialmente, de sus últimas décadas, tornan necesaria una reevaluación de los medios mediante los cuales el derecho es comunicado y de cómo son formadas las percepciones jurídicas en la cultura popular. El derecho llega hoy a los ciudadanos mediante formas diversas, que van desde las estrictamente institucionales y formales (*v.g.*: educación cívica en el colegio, comunicación de una sentencia a través de un medio oficial), hasta informales (*v.g.*: películas tocando una problemática jurídica, experiencia directa al realizar un trámite público, etc.).

Existe una compleja urdimbre de entendimientos y sobreentendimientos acerca de la cultura popular presente, como telón de fondo, en los trabajos que se han hecho en el campo jurídico.⁶⁸ Así, se han generado tres grandes líneas de investigación que tocan el terreno de

⁶⁷ BENJAMIN, W.: “The work of art in the age of its technical reproducibility”, second version, en EILAND, H. y JENNINGS, M.W. (eds.): *Walter Benjamin: Selected Writings*, vol. 3, 1935-1938, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

⁶⁸ El ámbito estadounidense de estudios sobre cultura popular comprende objetos que van desde los arreglos espaciales y objetos del hogar, hasta la publicidad, películas y TV, pasando por la ropa, la vestimenta y los estilos culturales juveniles

la cultura popular. El primero proviene de la antropología y desarrolla una metodología etnográfica para acercarse a las concepciones de la gente común acerca de su comprensión y uso de los procesos del de-

(cf. MUKERJ, C. y SCHUDSON, M.: “Popular Culture”, *Annual Review of Sociology*, Vol. 12, 1986). Uno de los fundamentos intelectuales sobre los que se construyó este desarrollo ha sido el trabajo del antropólogo Clifford Geertz y su noción de la “descripción gruesa” –*thick description*– (GEERTZ, C.: *The interpretation of cultures; selected essays*, New York: Basic Books, 1973), al estudiar, por ejemplo, las riñas de gallos en Bali. Allí demostró cómo los objetos y las actividades pueden ser leídos como anteriormente lo habían sido los textos literarios, permitiendo al intérprete penetrar divisiones y tensiones de una sociedad que no eran advertibles desde su superficie. Desarrollos semejantes han sido realizados en el campo histórico y en el de la sociología de la cultura, contribuyendo todos ellos a la revalorización de los elementos culturales en el análisis político y social. La posibilidad de tener nuevos instrumentos metodológicos para interrogar objetos y la concomitante importancia de las explicaciones culturales produjeron el anteriormente citado “giro cultural” en los estudios sociales. La preeminencia del entendimiento del significado sobre la medición de datos cuantitativos ha sido el sello identificador de esta perspectiva. No obstante esta evolución, la naturaleza fragmentaria de este tipo de estudios ayuda a esconder algunas de las tensiones presentes en la definición misma de cultura popular. En este sentido, hay dos binomios conflictivos en este terreno: alta-baja cultura y cultura popular-cultura de masas. El primer binomio se refiere al lugar donde la cultura es creada. En este sentido, la Alta Cultura es una cultura de elite, institucionalmente establecida y que ha pasado todos los filtros necesarios para su suceso. Se supone que representa los altos ideales del artista y no está directamente relacionada con la vida cotidiana. Por el contrario, la baja cultura –o cultura popular, en este sentido– se origina en la gente común, sin un autor claro e individualizado, y se refiere no a los altos valores de la cultura, sino a preocupaciones cotidianas. El segundo binomio mencionado se relaciona con la forma de producción de la cultura, entendiéndose que la cultura popular se produce por la interacción directa de la gente común y la cultura de masas como un producto de las industrias culturales (la teorización más famosa de esta dicotomía puede verse en ADORNO, Th. W.: *The culture industry: selected essays on mass culture*, London, New York: Routledge, 2001). En este sentido, la cultura popular es auténtica, mientras que la cultura de masas está viciada por el sistema capitalista de producción. De este modo, la definición de qué es cultura popular está cruzada por estas dicotomías, las cuales interactúan en formas complejas. Mientras la primera distinción situaría a la cultura popular en un terreno de bajos logros artísticos, la segunda la hace confrontar ideológicamente con un modelo de consumo cultural capitalista. La amplia democratización de la vida pública durante el último siglo ha traído una revalorización de los productos generados “desde abajo” al mismo tiempo que ha sembrado una cierta desconfianza sobre el valor de lo producido por las elites. Si sumamos a ello un creciente interés por el estudio de la vida cotidiana

recho en la vida cotidiana.⁶⁹ En este sentido, el énfasis está puesto en la producción del derecho “desde abajo”, ello es, desde la formación de la conciencia legal de la gente común. El concepto central que ha aglutinado a esta perspectiva es el de *Legal Consciousness* –conciencia legal–, entendiéndose por ello tanto la capacidad y conocimiento que la gente tiene para usar los procedimientos legales como las ideas e imágenes que la gente tiene del derecho.⁷⁰ Esta perspectiva se concentra en los procesos interaccionales entre las personas y los oficiales legales o dentro de las comunidades a las que ellas pertenecen,⁷¹ dejando a la influencia mediática como una variable menor en sus investigaciones. La segunda línea de investigación comparte muchas de las premisas de este primer enfoque, pero incorpora como una variable fundamental a los medios de comunicación y su influencia sobre las concepciones del derecho. Su enfoque está más orientado, entonces, a un análisis de las industrias culturales, que a las interacciones personales de la gente común. La tercera línea –la más voluminosa y la que primeramente se relaciona con el título *Law & Popular Culture*– se concentra en estudios de casos que se basan en

–en oposición a los grandes acontecimientos–, la cultura popular ha adquirido un estatus que la ha hecho merecedora del interés académico e intelectual, produciéndose un límite cada vez más borroso entre ella y la alta cultura. Concomitantemente, este cariz democratizador enfrenta a la cultura popular con la cultura de masas, oponiendo el “verdadero” valor de los productos generados desde la espontaneidad popular a las obras generadas por la estructura cultural de los sistemas dominantes. En este segundo binomio, entonces, la misma imposición cultural que las clases altas ejercían sobre las clases bajas sería ejecutada por los medios masivos sobre las masas indefensas. Esta postura ideológica ha sido sumamente suavizada por las nuevas corrientes de “estudios de audiencia”, que dan cuenta de que el público está lejos de incorporar pasivamente los contenidos de la cultura de masas. Por el contrario, una larga tradición investigativa da cuenta de la utilización de sus contenidos para los fines de una producción cultural propia.

⁶⁹ Un buen ejemplo es el trabajo de YNGVESSON, B.: “Inventing Law in Local Settings. Rethinking Popular Legal Culture”, *The Yale Law Journal*, Vol. 98, Nº 8, 1989.

⁷⁰ Ver esta definición, por ejemplo, en ENGEL, D.: “How does Law matter in the Constitution of Legal Consciousness”, en GARTH, B. y SARAT, A. (eds.): *How does Law matter?*, Illinois: Northwestern University Press, 1998.

⁷¹ Ver GREENHOUSE, C.; YNGVESSON, B. y ENGEL, D.: *Law and community in three American towns*, Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1994.

el análisis de un filme, libro, serie de TV o algún otro producto de las industrias culturales masivas. En general, la perspectiva de estos estudios está tomada de las humanidades y asume el análisis de contenido como su metodología básica. Lo que tratan de hacer estos autores es ver cómo el derecho es representado en estos productos culturales, dejando generalmente de lado la problemática de su recepción efectiva —ello es, cómo esos productos impactan concretamente en el modo en que la gente experimenta el derecho—. ⁷²

Las dos primeras perspectivas a las que nos estamos refiriendo son las que tienen un fundamento teórico y metodológico más profundo, mientras que la tercera es más multiforme y carece de grandes teorizaciones. Por ello, a continuación, describiremos dos de los trabajos más representativos de las primeras líneas de investigación, con la esperanza de que esta recapitulación ilustre las complejidades del problema y las distintas posibilidades de análisis que abre para el tratamiento retórico del derecho. En este sentido, el libro de Patricia Ewick y Susan S. Silbey, *The Common Place of Law*,⁷³ es una de las expresiones más importantes de la perspectiva etnográfica y de los estudios que parten del hombre común, o sea, que resaltan la formación popular del derecho en contraposición a la institucional-formal o a la producida por los medios. El objetivo de estas autoras es conocer el significado que lo jurídico tiene en la vida cotidiana de los estadounidenses (pág. XI) y el método que han utilizado es el de recolectar historias y mantener conversaciones —más de 400 reportajes—, localizando su investigación en un terreno común entre la sociología, los estudios culturales y la teoría legal (pág. XII). La principal tesis de este estudio es:

⁷² Algunos autores, como L. FRIEDMAN (“Law, Lawyers, and Popular Culture”, *The Yale Law Journal*, Vol. 98, N° 8, 1989) y S. MACAULAY (“Images of Law in Everyday Life: the Lessons of School, Entertainment and Spectator Sports”, *Law & Society Review*, Vol. 21, N° 2, 1987; “Popular Legal Culture: An Introduction”, *The Yale Law Journal*, Vol. 98, N° 8, 1989), han intentado sentar las bases de una postura intermedia que incorpore los productos mediáticos como un factor relevante en la formación de la conciencia legal del hombre común, generando así una comunicación de doble entrada entre lo que la gente piensa del derecho y lo que los medios reflejan de esas concepciones, nutriéndose ambos extremos mutuamente.

⁷³ EWICK, P. y SILBEY, S.: *The Common Place of Law. Stories from everyday life*, Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

La legalidad no está sostenida solamente por la ley formal de la Constitución, las leyes, las sentencias judiciales o las demostraciones explícitas del poder estatal, como las ejecuciones. Por el contrario, la legalidad se sostiene en tanto se apoya e invoca los esquemas de sentido común de la vida cotidiana. Finalmente, sostenemos que el carácter múltiple y contradictorio del significado legal, más que una debilidad, es un componente crucial de su poder [pág. 17].

Ewick y Silbey se sitúan en la vereda opuesta a los estudios socio-legales habituales, ya que, al decir de estas autoras, estos últimos se basan en una perspectiva donde el derecho es producido formalmente e impuesto sobre la gente común (*top down approach*). Ellas proponen, en cambio, un enfoque desde “abajo” (*bottom-up approach*) donde el derecho emerge “desde los encuentros rutinarios entre los actores profesionales y no profesionales” (pág. 19). Avanzando en su razonamiento, podemos advertir que su visión considera al derecho como endógeno a la interacción social. Así lo afirman al referirse a la formación de la conciencia legal:

Si el derecho es ahora entendido como un componente interno de las situaciones sociales en vez de ser simplemente una fuerza autónoma actuando sobre ellas, debemos entender cómo y de qué manera esas mismas situaciones son construidas por algo llamado derecho. En otras palabras, al negar legitimidad a la distinción conceptual que está lingüísticamente implícita en la frase “derecho y sociedad”, nuestra pregunta teórica se traslada del seguimiento de las relaciones causales e instrumentales entre derecho y sociedad, al descubrimiento de la presencia del derecho en la sociedad. Para hacer esto, debemos entender cómo la legalidad es experimentada y entendida por la gente común en la medida en que se involucran, evitan o resisten el derecho y los significados legales. Éste es el estudio de la conciencia legal [pág. 35].

Las autoras reconstruyen tres narrativas diferentes que se refieren al derecho. “Ante el derecho” es la narrativa mediante la cual la legalidad es vista y expresada como si fuera una esfera separada de la vida social ordinaria. El derecho es formalmente ordenado, racional, imparcial y está constituido por un sistema jerárquico de reglas y procedimientos conocidos (pág. 47). “Con el derecho” describe las narrativas en las que el derecho es tomado como un juego, “una esfera limitada en la cual las reglas preexistentes pueden ser usadas y

las nuevas reglas inventadas para servir un amplio rango de intereses y valores” (pág. 48). Finalmente, “contra el derecho” revela una situación donde la gente se encuentra atrapada dentro de las redes del sistema jurídico o se halla enfrentada al sistema legal y, entonces, explota los intersticios de las prácticas sociales convencionales para resistir el poder del derecho (pág. 49). El cuerpo principal de su libro está dedicado a la transcripción y el análisis de múltiples entrevistas en las que aparecen este tipo de narrativas como expresión del uso que la gente hace del derecho. En este sentido, las contradicciones internas de las narrativas no son debilidades, sino las “bases para las invocaciones, rearmados, aplicaciones y transposiciones a través de estructuras (esquemas y recursos) que son expresadas en la vida diaria” (pág. 226). Uno de sus hallazgos más importantes, entonces, es la afirmación de que la distinción entre ideal y práctica constituye una falsa dicotomía. En efecto, para Ewick y Silbey, “la legalidad está compuesta de múltiples esquemas, y cada uno de estos esquemas de conciencia legal enmarca una relación particular entre ideales y prácticas, revelando su mutua interdependencia. La disrupción observada entre ambos es un espacio, no un vacío; es una de las fuentes del poder hegemónico del derecho” (pág. 248).

En la segunda tradición, Haltom y McCann escribieron su libro *Distorting the Law* para tratar de explicar los procesos de conocimiento legal referentes al caso de las reformas de los juicios de daños y perjuicios.⁷⁴ A diferencia de Ewick y Silbey, estos autores otorgan a las dinámicas de los medios de comunicación un papel central en este proceso complejo, dinámico y multidimensional (pág. 13). A través de las 300 páginas del libro, analizan las historias que los medios produjeron respecto de la reforma del derecho de daños y las confrontan con datos estadísticos y la opinión de expertos académicos. Analizan así la interacción entre las elites, las compañías y los medios en su ánimo de conformar un mensaje mediático sobre la necesidad de la reforma legal, y relacionan este proceso con la lógica propia de funcionamiento de los medios, una lógica que tiende al sensacionalismo y contribuye al mal encuadre legal de los casos en examen. Para Haltom y McCann, la forma de presentación de las noticias en los

⁷⁴ HALTOM, W. y MCCANN, M.: *Distorting the Law. Politics, Media, and the Litigation Crisis*, Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

medios exacerba el individualismo y la responsabilidad personal por sobre los factores comunitarios y sociales, proponiendo una visión sobre el derecho de daños que, en su opinión, dista de ser neutra. Partiendo de estas premisas, los autores intentan, a lo largo del libro, hacer un análisis del modo en que los medios construyen una visión del derecho (pág. 11).

Es importante enfatizar que nuestro objetivo principal en este libro es la producción masiva de conocimiento legal más que sobre las formas variables en que ese conocimiento adquiere significado en la conciencia legal de ciudadanos situados en contextos diversos. Reconocemos que las narrativas periodísticas, las historias acerca de accidentes, y las versiones manufacturadas de sentido común pueden ser construidas (distorsionadas, podría decir uno) para significar distintas cosas para gente diferente en situaciones diversas. [...] De todos modos, nuestro proyecto complementa en manera importante aquellos estudios que se centran en la conciencia legal de los ciudadanos. Nuestro estudio se centra en las formas complejas en que la jerga legal se desarrolla y circula entre los *policy-makers*, *lobbistas*, la “*intelligentsia*”, periodistas y otras elites [...]. Considerando el hecho de que estas historias profusamente difundidas figuran prominentemente en los archivos cognitivos a los cuales recurren los ciudadanos para construir significados legales, es esperable que las narrativas que nosotros identificamos tengan una gran relevancia. Finalmente, nosotros desarrollamos e ilustramos con evidencia muchas formas de pensar acerca del impacto del conocimiento legal masivamente producido. Dicho esto, nos parece que los juegos legales generados a través de los circuitos o la cultura mediática penetran e informan el lugar común del derecho en la experiencia cotidiana. El conocimiento legal manufacturado por los medios constituye y reconstituye al derecho mismo [págs. 12-13].

Estos dos libros encarnan marcos teóricos de gran importancia que ayudan a delinear algunas tendencias en este terreno y, en ese sentido, abren nuevas perspectivas para su conexión con el campo de la retórica y el derecho. Con enfoques diferentes, como hemos señalado, ambas apuntan a una visión del derecho en la que los fenómenos comunicativos tienen una importancia fundamental en la constitución de la conciencia legal. Sea que ellos se generen mayormente en la interacción social directa o a través de las imágenes e historias propagadas por los medios, las narrativas sobre el derecho constituyen

el basamento sobre el que construyen la experiencia jurídica de la gente común. En este sentido, ambos libros representan fértiles campos programáticos para la investigación jurídica y consideran a la cultura desde una perspectiva de gran hondura teórica.

Distinto es el caso de lo que podríamos calificar como la tercera rama dedicada a la cultura popular, que focaliza el problema en analizar el modo en que el derecho es representado en los productos culturales masivos desde una perspectiva más ligada a lo pedagógico y con menos implicancias teóricas. Así, la mayoría de los escritos en este terreno se concentra en el análisis de casos prácticos, adecuados para la práctica académica (*v.g.*: la discusión de un problema jurídico a través del análisis de una película). Este terreno ha tenido un crecimiento muy importante en la última década y resulta complementario de las perspectivas antedichas, ya que supone la influencia de la visión del derecho presente en la obra de los espectadores, pero dicho impacto suele estar ausente del análisis. La mayor cantidad de trabajos en este terreno proviene de profesores de derecho y asume una forma extremadamente casuista.⁷⁵ Contrariamente a lo que veíamos antes sobre la postura “constitutiva” de White respecto de *Derecho y literatura*, lo que aquí tenemos es un discurso externo sobre el derecho que confronta dos campos diferentes: el de la sociedad y el del derecho. La mayor parte de los trabajos son usados como un punto de entrada “heurístico” a la problemática jurídica, sirviendo como expresión y ejemplo de cómo la sociedad mira al derecho. En este sentido, las perspectivas son dos: a) aquellos que provienen del campo jurídico y tratan de puntualizar los errores en las representaciones mediáticas del derecho; y b) aquellos que se colocan en el lado de la sociedad, interpretando esas discordancias como expresiones de los deseos sociales respecto del derecho –así, las licencias narrativas no serían un error a marcar, sino un hecho cultural a interpretar. En uno u otro caso, el análisis puntual de estos productos culturales conlleva una gran riqueza crítica que debiera ser desarrollada en esquemas interpretativos de mayor alcance, que traten de dar cuenta de las representaciones sociales respecto del derecho. Esto, por el momento, sigue siendo una tarea pendiente.

⁷⁵ Ver, por ejemplo, ASIMOW, M.: *Law and popular culture: a course book*, New York: Peter Lang, 2004; DENVER, J. (ed.): *Legal Reelism. Movies as legal texts*, Urbana and Chicago: University of Illinois Press, 1996; y MACHURA, S. y ROBSON, P.: *Law and film*, Oxford, UK/Malden, MA, USA: Blackwell Publishers, 2001.

b) *Hermenéutica*

La conexión entre retórica, hermenéutica y derecho ha sido ignorada por la mayor parte de los académicos en el campo de *Derecho y retórica*. Algunos trabajos se han escrito relacionando los campos de retórica y hermenéutica⁷⁶ y otros conectando hermenéutica y derecho,⁷⁷ pero la interacción de las tres perspectivas parece estar completamente inexplorada. Así, esta sección busca describir un proyecto intelectual más que un campo ya constituido. La naturaleza misma del proyecto hermenéutico, al focalizarse en el proceso filosófico de interpretación, evita diseñar una metodología concreta. En este sentido, “la hermenéutica solamente nos hace reflexivamente conscientes de lo que está performativamente en juego durante la experiencia práctica de comprender”.⁷⁸ Como veremos en los siguientes párrafos, la hermenéutica tiene profundas implicaciones en relación con la naturaleza del derecho, pero es difícil traducirlas en instrumentos concretos que puedan ser utilizables en el campo de *Derecho y retórica*. Más bien, su lugar parece estar en el nivel constitutivo, ello es, explicando la esencia misma del proceso de interpretación del derecho como un fenómeno comunicativo. A pesar de que este proyecto no ha sido todavía acometido por los académicos, encontramos trazos de él en distintos trabajos. En las líneas siguientes intentaremos juntar las diferentes piezas y darle forma al mosaico.

El primer punto que hay que destacar es que Gadamer construye su teoría hermenéutica en oposición a gran parte de los desarrollos del racionalismo. En este sentido, argumenta que ningún entendimiento o significado es objetivo en el sentido cartesiano, ya que

⁷⁶ Por ejemplo, CHEN, Kuan-Hsing: “Beyond Truth and Method: On Misreading Gadamer’s Praxical Hermeneutics”, *Quarterly Journal of Speech*, Vol. 73, 1987, págs. 183-199; GROSS, A. G. y KEITH, W. M.: *Rhetorical Hermeneutics. Invention and Interpretation in the Age of Science*, New York: State University of New York Press, 1997; HYDE, M. J. y SMITH, C. R.: “Hermeneutics and Rhetoric: A Seen but Unobserved Relationship”, *The Quarterly Journal of Speech*, Vol. 65, N° 4, 1999; y JOST, W. y HYDE, M. J. (eds.): *Rhetoric and Hermeneutics in our Time*, New Haven: Yale University Press, 1997.

⁷⁷ Por ejemplo, LEYH, G. (ed.): *Legal hermeneutics: history, theory, and practice*, Berkeley: University of California Press, 1992.

⁷⁸ GADAMER, H. G.: *Verdad y Método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca: Ediciones Sígueme, 1977.

toda comprensión implica proyecciones de significado que surgen de la propia situación personal. Esto no significa que esté a favor de un enfoque subjetivista. Gadamer evita tal dicotomía al recurrir al concepto de tradición, una dirección dada que fija los límites del proyecto y la perspectiva del intérprete. Desde el horizonte en el que está situado, el intérprete realiza una proyección preliminar del sentido del texto como un todo. Luego, al penetrar con más detalle en el texto, esta primera aproximación es revisada, generando propuestas alternativas y testeando las nuevas proyecciones que surgen como consecuencia de estas nuevas posibilidades. El intérprete se ve compelido a dar cuenta de pasajes disruptivos en el texto y debe revisar sus primeras interpretaciones para dar cuenta de ellos. Eso hace que el significado original sea desafiado una y otra vez, a medida que los horizontes interpretativos cambian. Este proceso continúa hasta que hay una “fusión” de los dos horizontes –el del texto y el del intérprete–. Dada la naturaleza dinámica del horizonte interpretativo, el evento de comprender y el significado que se produce en consecuencia están en constante proceso de reforma. Gadamer desafía a los métodos interpretativos científicos, al calificarlos como caracterizados por una dogmática rígida y una actitud cerrada respecto de sus prejuicios. Este método niega la existencia de prejuicios y, al tomar esta actitud, los magnifica, ya que no reconoce su poder en la conformación del proceso interpretativo. Por el contrario, Gadamer piensa que el proceso tiene que estar abierto al reconocimiento y manejo de los propios prejuicios.⁷⁹

La aplicación de estas nociones al campo de la interpretación legal ha sido ampliamente debatida, principalmente debido a las dudas que genera la traducción desde el campo literario y religioso para el que fueron pensadas, al área de la institucionalidad legal.⁸⁰ Pienso que la respuesta a estas dudas no es de índole metodológica, sino ontológica. O sea, va a depender de nuestra concepción del derecho. La naturaleza de la verdad que podemos obtener como consecuencia de una decisión legal ¿es científica o humanista? La hermenéutica explica el proceso de interpretación y ataca la perspectiva científica y

⁷⁹ Cf. BAYNES, K.; BOHMAN, J. y MCCARTHY, T. (eds.): *After Philosophy. End or Transformation?*, Boston, MA: MIT Press, 1985.

⁸⁰ Cf. SHERMAN, B.: “Hermeneutics in Law”, *The Modern Law Review*, Vol. 51, N° 3, 1988.

técnica, considerando las decisiones del campo legal como decisiones situadas y retórico-argumentativas, en oposición al tipo de decisión general y silogística del campo científico. En este sentido, la hermenéutica formula una serie de cuestionamientos al estatuto científico del derecho, pero de un modo diferente al de los *Critical Legal Studies*. Cuando el pensamiento crítico apunta a este problema, lo hace desde lo que Paul Ricoeur llama una “hermenéutica de la sospecha”, “desmitificando el simbolismo por medio del desenmascaramiento de las fuerzas ocultas que están dentro de él”.⁸¹ Gadamer y Ricoeur dejan de lado la sospecha y apuntan a una perspectiva más confiada mediante la cual la verdad del texto pueda ser descubierta, dejando de lado el mero instrumentalismo interpretativo.⁸² Para ellos, el método debe ser coherente con la naturaleza del problema a resolver y está determinado por ella.

Las implicancias epistemológicas de la hermenéutica van al corazón de la decisión legal. La teoría legal decimonónica trató de conceptualizar las decisiones legales por medio de la creación de una ciencia del derecho separada de la política y de la economía. Como hemos visto en la parte dedicada a *Derecho y literatura*, este proyecto empieza a mostrar sus falencias en la segunda mitad del siglo xx, cuando el derecho comienza a ser visto desde la perspectiva de otras disciplinas y otros campos comienzan a emerger en el horizonte (*v.g.: Sociología del derecho, Derecho y economía, etcétera*). Centrándose en la naturaleza del proceso interpretativo, la hermenéutica trasciende estas distinciones disciplinarias y, de este modo, puede dar cuenta en forma más adecuada de las diferentes dimensiones de las decisiones legales. Así, la hermenéutica prepara el terreno para una aproximación fenomenológica al análisis del proceso de interpretación y argumentación legal. Dejando de lado prejuicios metodológicos, esta perspectiva contribuye a un entendimiento más profundo de la relación entre el derecho y la retórica en la interpretación y justificación. Tradicionalmente, el estudio del proceso legal estuvo impregnado de un acento en la persuasión, que tendió a ver a la retórica como un

⁸¹ RICOEUR, P.: “On Interpretation”, en BAYNES, K.; BOHMAN, J. y MCCARTHY, T. (eds.): ob. cit.

⁸² Cf. TAYLOR, C.: “Overcoming Epistemology”, en BAYNES, K.; BOHMAN, J. y MCCARTHY, T. (eds.): ob. cit.

medio de transmisión de un mensaje ya conformado. Contrariamente, la hermenéutica nos ayuda a ver la retórica como constructora del conocimiento legal por medio de la interrelación de los procesos de comprensión y explicación.⁸³

A causa de su misma naturaleza, el proceso interpretativo no es neutro, sino que tiene un objetivo. Garver nos recuerda que “un argumento legítimo es un argumento que busca la justicia, y los juicios acerca de su legitimidad tienen que tomar en cuenta esta naturaleza finalista”.⁸⁴ La hermenéutica traslada el foco de atención hacia los actores, sin diluir su responsabilidad en una jungla de normas y métodos. En este sentido, el proyecto hermenéutico es profundamente anti-moderno. Garver lo explica así:

En la retórica antifilosófica, solamente puede haber relaciones externas entre el argumento constitucional y la justicia. Aun cuando se considere que al final los argumentos constitucionales pueden resultar en una decisión justa (a causa de la mano invisible del sistema adversarial), no hay conexión intrínseca entre buenos argumentos y resultado justo. En la retórica sofista, intentaremos cualquier cosa, porque ganar es lo único. Los argumentos judiciales exitosos son los que determinan lo jurídico. Si quieren justicia, deben buscarla en otro lado. Los cultores del realismo legal ofrecen esta visión del argumento legal [...]. En la prudencia –opuesta a la retórica sofista y a la filosofía fundacional–, la interpretación constitucional y los argumentos tienen el valor autónomo de la legitimidad, pero esta autonomía no significa una protección respecto de la crítica ni una substitución de los valores artesanales por los sustantivos. La relación entre legitimidad y justicia es la relación práctica entre un principio interno y un objetivo, según lo teorizara Aristóteles.⁸⁵

Con estas distinciones en mente, podemos adoptar una mirada más profunda respecto de la función de la retórica en el proceso de decisión legal. Con este propósito, podemos dividir el proceso de decisión legal en dos: antes y después de que la decisión judicial es hecha. En la primera fase, la retórica actúa argumentativamente. Hay una

⁸³ Cf. RICOEUR, P.: ob. cit.

⁸⁴ GARVER, E.: “Rhetoric, Interpretation, and Prudence in the Interpretation of the Constitution”, en JOST, Walter y HYDE, Michael J. (eds.): ob. cit., pág. 183.

⁸⁵ GARVER, ob. cit., págs. 181-182.

evaluación de las diferentes alternativas que son discutidas retóricamente. Como afirma Billig, en la mente de una persona que está evaluando alternativas, hay una discusión interna que reproduce el modo en que se lleva a cabo una discusión pública.⁸⁶ Al final de esta fase del proceso, tenemos un número importante de otras posibilidades razonables. ¿Cómo decidimos cuál elegir? Como algunas de las diferentes posibilidades son igualmente razonables, la decisión no puede estar basada solamente en una argumentación lógico-racional. Esto es una consecuencia de la naturaleza del razonamiento legal y de cómo la aplicación de reglas generales se da en casos concretos: no hay una única solución al caso, sino varias distintas. La racionalidad estricta se transforma en razonabilidad.⁸⁷ Consecuentemente, elegimos una de las soluciones igualmente razonables sobre la base de lo que nos parece mejor (quizás debido a nuestra ideología personal, nuestros valores, nuestros intereses, nuestras emociones, u otros factores). Con esto no quiero decir que el acto decisorio es solamente una cuestión de voluntad. Es un acto de la razón —evaluando alternativas, argumentos y decidiendo su razonabilidad—, pero no solamente eso.

Una vez que la decisión ha sido tomada, la retórica busca persuadir a los otros de que la decisión es la mejor posible. Más aún, podríamos decir que la retórica trata de persuadir a los otros de que es la única decisión posible. Ése es el motivo por el cual la retórica de justificación tratará de asentar su decisión en la ciencia (como si, lógicamente, no hubiera otra solución posible al problema). En consecuencia, vemos que hay una tensión intrínseca entre la naturaleza del proceso decisorio y la naturaleza de la justificación.⁸⁸ Mientras el primero responde a la forma prudencial,⁸⁹ el segundo trata de presentarse como racional y necesario. En otras palabras, científico y silogístico. Esta naturaleza persuasiva de la justificación también tiene un costado argumentativo, ya que implica una confrontación de la decisión tomada con las decisiones tomadas en otras instancias o con las visiones (posibles o actuales) de otros actores relevantes en el proceso. En este sentido, la retórica de

⁸⁶ Cf. BILLIG, ob. cit.

⁸⁷ Cf. AARNIO, ob. cit.

⁸⁸ VAN EEMEREN, F. H. y HOUTLOSSER, P. (eds.): *Dialectic and Rhetoric. The Warp and Woof of Argumentation Analysis*, Kluwer Academic Publishers, 2002.

⁸⁹ Cf. GARVER, ob. cit.

la justificación legal muestra sus dos caras, persuasión y argumentación, ambas actuando de un modo constitutivo.⁹⁰ Esto es, la retórica informa el contenido de la decisión. Y lo hace en un medio institucional, no en un vacío.⁹¹

El papel de la retórica es confirmado por la literatura acerca de estrategias de escritura.⁹² En esta literatura, una posición mira el proceso como no-problemático. Trazando un paralelo con lo que mencionábamos en párrafos anteriores, para esta perspectiva, cuando una persona escribe, simplemente pone en el papel una idea que ya tenía en la mente. Otra postura es la asumida, en esta literatura, por los que ven el proceso de escritura como una compleja interrelación entre razonamiento, organización, evaluación de argumentos y escritura propiamente dicha.⁹³ Esta perspectiva ilumina algunos de los procesos que la hermenéutica busca resaltar, mostrando el papel que la retórica tiene en el moldeado del contenido de las decisiones. En otras palabras, no es que tenemos un producto terminado y luego tratamos de expresarlo, sea éste una idea o una decisión judicial. Por el contrario, cuando evaluamos una posible solución o idea, analizamos sus pros y contras, vemos sus fortalezas y debilidades y estudiamos la mejor forma de defenderla. Ello nos lleva a que la decisión final varíe de acuerdo con este proceso y pueda ser una versión mejorada de la inicial o una diferente. La retórica funciona así como una herramienta del proceso hermenéutico y asume el papel de modelador y controlador de las decisiones. Es en este sentido más profundo que la hermenéutica concede a la retórica un rol constitutivo en el proceso de toma de decisiones legales e ilumina los procesos de deliberación pública.

⁹⁰ JASINSKI, J.: "Instrumentalism, Contextualism, and Interpretation in Rhetorical Criticism", en GROSS, Alan G. y KEITH, William M. (eds.): ob. cit.

⁹¹ Cf. STECKER, R.: *Interpretation and Construction. Art, Speech, and the Law*, Oxford, UK: Blackwell Publishing, 2003; y ALEXANDER, L. y SCHAUER, F.: "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", *Harvard Law Review*, Vol. 110, Nº 7, 1997.

⁹² HOHENSHELL, L. M. y HAND, B.: "Writing-to-learn Strategies in Secondary School Cell Biology: A mixed method study", *International Journal of Science Education*, Vol. 28, Nº 2-3, 2006, págs. 261-289.

⁹³ Para un tratamiento exhaustivo del tema, ver BEREITER, C. y SCARDAMALIA, M.: *The psychology of written communication*, Hillsdale, NJ: Erlbaum and Associates, 1987.

4. Conclusiones

Comenzamos este artículo subrayando el hecho de que *Derecho y retórica* no existía, en el ámbito americano, como un espacio institucional formalizado. Sin embargo, la revisión de la literatura en el ámbito estadounidense nos muestra que, si no institucionalmente, materialmente el campo existe como tal y cuenta con muchos aportes valiosos. Es verdad que se trata de un campo en formación, al que concurren distintas tradiciones de pensamiento y contribuyen voces provenientes de distintos campos de especialización. Por ello, las distintas categorías reseñadas deberían ser consideradas como un lugar desde el cual se puede encarar la construcción de la disciplina *Derecho y retórica*. Del estudio efectuado se desprende, como factor común a todas las categorías, el tratamiento del derecho desde una óptica eminentemente comunicativa. Ya no nos encontramos ante la mezcla de dos campos distintos, sino ante la emergencia de un nuevo conjunto de métodos y temas que busca su configuración epistemológica. Más importante aún, las líneas de investigación reseñadas, plantean una serie de temas para la agenda futura del campo de *Derecho y retórica*.

En primer lugar, lo que desde distintas ópticas plantean todas las perspectivas estudiadas es la relación constitutiva que existe entre derecho y retórica. Hablar de retórica jurídica, en este sentido, implica preguntarse acerca de la naturaleza del derecho y especialmente acerca del proceso de creación del derecho, así como de su interpretación y argumentación. Así, entre otras posturas, hemos visto cómo el acento se ha puesto en el derecho como un discurso de poder que se enmascara a través de la retórica, o en el derecho como un lenguaje que se construye dialógicamente, o en un derecho que es co-creado por la audiencia mediante el proceso de recepción. De este modo, el estudio de la interacción entre Derecho y Retórica supone un diálogo interdisciplinar acerca de la naturaleza del derecho y del lugar que la comunicación juega en su creación. En segundo lugar, estudiar *Derecho y retórica* significa situarse frente al problema de la efectividad del derecho, en tanto y en cuanto el derecho no surte sus efectos si no es comunicado y no tiene verdadera legitimidad mientras no es conocido y aceptado por los ciudadanos. Así, la forma que asume la retórica jurídica es una condición esencial para la efectividad y legitimidad del ordenamiento jurídico.

Finalmente, el profundizar en los aspectos comunicativos del fenómeno jurídico implica situarse en el centro de tres núcleos de tensión, que se refieren al estatuto científico del derecho, a la naturaleza dada o creada del derecho y al ámbito autónomo de la esfera jurídica. Así, el estudio de *Derecho y retórica* implica trascender los límites que consideran al derecho como ciencia constituida según el modelo de las ciencias duras y lo aproxima a las humanidades. Analizar al derecho desde una perspectiva comunicacional nos hace desmitificar su objetividad y nos obliga a transitar nuevos caminos para lograr consensos que lo hagan válido. Ya no será el estatuto científico el que le otorgará su carácter privilegiado, sino su capacidad de generar deliberación y adhesión comunitaria. Esta revelación de los procesos comunicativos de constitución del derecho descubre la tensión entre los procesos de creación democrática del mismo y su conceptualización como un dato “objetivo” que limita su desarrollo. En otras palabras, si la ciencia no nos puede revelar la verdad objetiva e incontrovertible del derecho, pareciera que la pura “construcción” del fenómeno también plantea serios problemas para la fundamentación del derecho como orden vinculante. Esta tensión entre lo “dado” y lo “construido” es, al mismo tiempo, uno de los problemas sobre los que la aproximación comunicativa echa luz, generando, al mismo tiempo, herramientas para su armonización.

Por último, en virtud de estas mismas características, la comprensión del fenómeno jurídico obliga a la confluencia de saberes y perspectivas que permitan, justamente, reconocer su multidimensionalidad. De este modo, el derecho juega en el ámbito del poder, pero no es sólo poder. Al mismo tiempo, tiene una estructura que lo hace pasible de un conocimiento objetivo, pero no es una ciencia. Puede imponerse por la fuerza, pero necesita ser aceptado voluntariamente. Estas notas son las que hacen necesario un diálogo interdisciplinar que permita una comprensión global de las categorías en juego. Un primer paso en este sentido es el que intentamos dar en las líneas que anteceden.