

# **EL DISCURSO CONTRAFÁCTICO EN LA FUNDAMENTACIÓN DE FALLOS EN CAUSAS JUDICIALES POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD: AVANCES SOBRE UNA INVESTIGACIÓN EN PROCESO**

Edgardo Gustavo Rojas (Lic. en Trabajo Social – Prof. y Lic. en Letras)

[egustavorojas@hotmail.com](mailto:egustavorojas@hotmail.com) - Centro de Estudios e Investigaciones Lingüísticas – UNLP

Eje temático propuesto: Memoria y Transdisciplina

## **1. INTRODUCCIÓN**

Esta comunicación busca socializar algunos avances en la elaboración del proyecto de tesis “La dimensión contrafáctica del discurso jurídico: Estudio exploratorio sobre las manifestaciones y las funciones de los enunciados contrafactuales en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, cuyo objetivo general es realizar una contribución a la lingüística cognitiva y a los estudios del discurso mediante la construcción de un sistema conceptual sobre el discurso contrafáctico en los textos de especialidad propios del derecho. Dado que el estatuto de verdad de los enunciados contrafácticos ha sido ampliamente problematizado en distintos campos de estudio, nos preguntamos en qué medida y de qué forma este tipo de emisiones se inscriben en fallos de gran relevancia política, social y cultural como los que nos ocupan, enfocando la atención sobre su contribución a la dimensión argumentativa de las resoluciones judiciales.

Dado que considerar la muestra construida para llevar a cabo el estudio en forma integral excedería los alcances de este trabajo, hemos seleccionado un texto representativo del corpus. Se trata del fallo dictado por la en la Causa “Simón, Julio Héctor y Otros” el 14 de Junio de 2005, cuyos efectos más relevantes fueron la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final y –Leyes 23521 y 23492, respectivamente– y la plena constitucionalidad de la Ley 25779 que declaró la nulidad absoluta de dicha legislación. En una primera exploración del fallo distinguimos doce enunciados contrafácticos (Van Dijk 1980, Ducrot 1982, Alarcos Llorach 1994, Montolio 1999, Harding 2004, RAE 2010), entre los cuales se encuentra el que transcribimos seguidamente:

**...si los jueces, en la etapa inicial en que se encuentra el proceso, hubiesen calificado los hechos como crímenes contra la humanidad y acto seguido declarado extinguida la acción por prescripción o amnistía, hubiesen incurrido en una contradicción manifiesta con las propias bases de su pronunciamiento y, consiguientemente, en una palmaria violación del derecho penal internacional.**

CSJN, “Simón, Julio Héctor y Otros”, voto de la Dra. Argibay, pág. 122.

Se ha demostrado que los enunciados contrafácticos como el que remarcamos en el fragmento presentan múltiples dimensiones problemáticas tanto para su caracterización como para su interpretación desde el punto de vista lingüístico, discursivo y cognitivo (Sweetser y Dancygier, Harding 2004). Para los fines de esta presentación, nos detendremos a analizar cómo este tipo de construcciones discursivas, en el marco de la argumentación jurídica, ponen en juego: (1) concepciones acerca del lenguaje y su relación con la realidad; (2) tensiones entre la ley y la representación de los hechos fácticos; y (3) inscripciones de un sujeto enunciator –la “comunidad jurídica”– en su propio discurso.

## **II. ACERCA DEL LENGUAJE COMO “REFLEJO” DE LA REALIDAD**

Durante la segunda mitad del siglo XX se ha categorizado al lenguaje jurídico como un tecnolecto o variedad diastrática de la lengua, es decir, una variedad que obedece a criterios de estratificación y diferenciación social (Hernández Campoy y Almeida 2005), cuyas manifestaciones serían los textos jurídicos. Actualmente, se considera que es un lenguaje de especialidad (Mattila 2006, Cucatto 2011a) cuyo producto son determinados textos con propósitos específicos, dado que en la evolución de las sociedades complejas los usos del lenguaje tienden a especializarse en los colectivos profesionales y las instituciones.

La comunicación lingüística ha sido presentada recurrentemente como un “acto de fe” (García 1988 y Reyes 1996) por diversas razones. Respecto del tema que nos ocupa, la “fe” del destinatario de un acto discursivo como una resolución judicial implica dar por supuesto que el responsable de la enunciación “dice” algo acerca de la realidad. Si bien este supuesto subyace al uso del lenguaje en toda situación que amerita cierto grado de verosimilitud, resulta particularmente significativo en el caso del lenguaje jurídico, toda vez que una de sus características deseadas es la “objetividad” (Montolio 2000 y 2010). Desde el punto de vista comunicativo, por lo tanto, se puede afirmar que la función predominante del discurso jurídico debería ser la función referencial del lenguaje, pero... ¿es efectivamente así?

Recordemos que un condicional material resulta falso sí y solo sí el antecedente es verdadero y el consecuente es falso, de lo cual se desprende que todo condicional contrafáctico –con la forma “si A entonces B, pero no sucede que A”– resulta verdadero, no obstante lo cual distintos sujetos suelen atribuir distintos valores de verdad a un mismo enunciado de este tipo (Palau 1980 y 2004, Yoris Villasana 2008). Sucede que el discurso argumentativo del derecho recurre al llamado “razonamiento del sentido común” que es, por definición lógica, “derrotable” (Yoris Villasana 2008), por lo cual se ha propuesto sustituir la noción de verdad, para este tipo de enunciados y discursos, por nociones como las de asertabilidad, verosimilitud o virtualidad.

Por definición, entonces, los enunciados contrafácticos no “reflejan” y/o representan la realidad y/o el mundo fáctico. Al mismo tiempo, ponen en entredicho la tricotomía significado/significante/referente que postulan los estudios formalistas del lenguaje (Hernández Campoy y Almeida 2005). De hecho, uno de los problemas que han ocupado a la lógica filosófica, en la cual se inspiran los estudios formalistas del lenguaje, y a la ciencia lingüística en general, ha sido lo problemático que resulta asignar valor de verdad y explicar la situación del referente para este tipo de enunciados (Van Dijk 1980, Ducrot 1982, Montolio 1999, Palau 1980 y 2004), dado que trazan referencias hacia un plano de conceptualización que mal podría considerarse un “reflejo de la realidad”.

Si consideramos el ejemplo que presentamos previamente, es fácil apreciar que el discurso no refiere una serie de hechos empíricos sino, antes bien, una “realidad” imaginada. La exclusión de la imaginación en la tradición intelectual más formalista y positivista halla sus fundamentos en el supuesto de que “la historia real” tiene lugar sin intervención de lo imaginario, concepción que progresivamente han abandonado las ciencias sociales en las últimas décadas por entender que lo simbólico es un ámbito estratégico de importancia capital para la acción política (Baczko 1984). Así lo demuestran los fragmentos que transcribimos en la medida que ejemplifican cómo el órgano judicial de mayor jerarquía en nuestro país basa una decisión tan trascendente sobre el tratamiento de los crímenes de lesa humanidad, precisamente, en una serie de situaciones contrafácticas.

La irrupción de lo imaginario en el discurso con pretensiones de objetividad pone en juego algunas “heterotopías” que inquietan, no por la coexistencia de lo imaginario y la representación de lo real, sino por desnudar la lógica del lugar donde se produce esta

coexistencia, es decir, el lenguaje (Foucault 1966). No se trata de una irrupción del azar, que es uno de los “peligros conjurados” en la producción discursiva sujeta al control de la práctica legal, ni un debilitamiento de la “voluntad de verdad”, que es el procedimiento externo más acuciante en la delimitación del discurso que ejerce el poder (Foucault 1970). En efecto, todos los miembros de la corte, único órgano judicial con potestad para limitar el poder instituyente del legislador en nuestro contexto, recurren al giro imaginario del discurso contrafáctico, de forma tal que mal podríamos considerarlo un efecto del azar.

### III. LOS HECHOS, LA LEY Y “LA TRAMPA”

Usualmente, los condicionales contrafácticos se definen como estructuras bimembres compuestas por dos segmentos, llamados prótasis y apódosis, entre las cuales puede establecerse una relación de causalidad, implicación o premisa-conclusión (Montolio 1999, Sweetser y Dancygier 2000, Harding 2004, RAE 2010). El fragmento del fallo que transcribimos en la introducción establecía esta relación de implicación entre dos “hechos” –una acción de los jueces hubiese implicado una violación del derecho–, pero no deberíamos caer en la trampa de suponer –como la concepción puramente referencial del lenguaje supone– que las emisiones contrafactuales únicamente relacionan o conectan hechos “por afuera” del lenguaje. Veamos un nuevo ejemplo:

Piénsese que **si por vía de hipótesis estos indultos no hubieran tenido lugar, es claro que no podría afirmarse tan fácilmente que las leyes impugnadas convertían a los hechos investigados en impunes, y por tanto violatorios de la Convención.** ¿Pueden entonces esas leyes devenir inconstitucionales por el dictado de otra norma? Como pauta hermenéutica cabe plantearse que bien pudo el legislador que votó por las leyes de "punto final" y "obediencia debida", considerar que con su sanción no se producía la situación de impunidad que condenan los tratados internacionales adoptados.

CSJN, “Simón, Julio Héctor y Otros”, voto del Dr. Carlos Fayt, pág. 101.

Este enunciado no establece relaciones de implicación entre acontecimientos, dado que opera en lo que podríamos llamar otro nivel de conceptualización o plano cognitivo. En este caso, la conexión se realiza entre un razonamiento explícitamente hipotético y una acción discursiva; más precisamente, una afirmación: “...si por vía de hipótesis estos indultos no hubieran tenido lugar, es claro que no podría afirmarse tan fácilmente...” Así como la contrafactualidad implica la irrupción de lo imaginario en el discurso, este tipo de enunciados sobre “el decir” de los sujetos supone otra irrupción, la del lenguaje hablando

sobre sí mismo, desdoblamiento que desestabiliza el dispositivo –lingüístico, discursivo– que le sirve de soporte: “se desvanece el lenguaje en tanto tabla espontánea y cuadrícula primera de las cosas, como enlace indispensable entre la representación y los seres” (Foucault 1966). El ser, aquí, en todo caso, es el mismo lenguaje.

Este tipo de construcciones discursivas han sido denominadas como condicionales de la enunciación, ilocutivos o metalingüísticos (Montolio 1999), para diferenciarlos de los condicionales del enunciado, es decir, aquellos que establecen relaciones entre hechos, como era el caso del primer ejemplo. Lo que interesa resaltar aquí es que este último ejemplo refuerza los reparos que venimos señalando sobre las remisiones del lenguaje hacia la realidad: si tales remisiones resultan problemáticas cuando se trata de “conectar” hechos, cuánto más se daría esta situación de contrariedad cuando el lenguaje se representa a sí mismo, estableciendo relaciones entre situaciones explícitamente hipotéticas y una entidad meramente discursiva como el acto de “afirmar”.

Si nos preguntamos en qué medida los enunciados contrafácticos son representativos de una “mentalidad o cultura jurídica” (Cucatto 2011a y 2011b), debemos recordar que los enunciados condicionales impregnan el discurso legal y la formulación de leyes desde los primeros registros históricos (Montolio 2000 y 2010), de lo cual se desprende que la “cultura jurídica” se basó desde la más remota antigüedad en la consideración de situaciones hipotéticas que pudieran suscitarse en las comunidades para las cuales fueron formulados dichos marcos normativos. Esta recurrencia del enunciado condicional, asimismo, ha sido interpretada como un indicador de la economía, diversidad y sutileza de los significados que esta figura del discurso puede comunicar (Sweetser y Dancygier 2000).

Por otro lado, en el estudio sobre la cultura legal se ha llegado a considerar que “cualquier sistema legal que pretenda ser viable debe ingeniárselas para conectar la estructura «en caso de/entonces» de la existencia, en la medida en que es imaginada localmente, y el curso «ya que/por tanto» de la experiencia...” (Geertz 1983). Este dato no resulta menor para nuestros propósitos, por dos razones: en primera instancia, porque recupera la relación conflictiva entre el lenguaje y la realidad o experiencia; en segundo lugar, porque confirma la recurrencia del período condicional a través de la estructura “en caso de/entonces”, extendiéndola a toda manifestación del discurso jurídico.

#### IV. CUANDO LA CORTE DICE “YO”

La teoría del discurso sobre los procesos de identificación reúne las concepciones postestructuralistas sobre el significado aportadas por Barthes, Derrida, Lacan, Foucault y Deleuze, para quienes los discursos son portadores de fijaciones históricas, y por lo tanto contingentes, de relaciones diferenciales, de lo cual se deduce que toda pretensión de “objetividad” social es un resultado provisional de tales fijaciones. Dicho enfoque supone una expansión de las nociones de texto y textualidad como instancias que posponen o esparcen el significado por una trama discursiva: así, el análisis de la cultura siempre se encuentra en un “área de desplazamiento... Siempre hay algo descentrado... que escapa y evade el intento de alcanzarlo” (Hall 1992). Veamos otro ejemplo:

Este es el fundamento por el cual el Congreso Nacional, más allá del nomen juris, mediante la ley 25.779 quita todo efecto a las leyes cuya constitucionalidad se discute en estas actuaciones. *Si la ley 25.779 no se hubiese sancionado, sin duda que serían los jueces de la Nación y esta Corte Suprema quienes hubiesen debido cancelar todos los efectos de las leyes 23.492 y 23.521.*

CSJN, “Simón, Julio Héctor y Otros”, voto del Dr. Raúl Zaffaroni, pág. 101.

La dimensión contrafactual e imaginaria del discurso puede interpretarse como contrapartida necesaria o “afuera constitutivo” de la realidad representada en el texto, y cuando el sujeto enunciador irrumpe en la cadena discursiva –“esta Corte Suprema”– entra en el mismo juego de las diferencias. De hecho, existe una categoría recurrente en el discurso legal –la de “lo/s justiciable/s”– que opera como “lo otro”: la voz de “la Ley” solo puede hablar de “los temas justiciables” –aparece cinco veces en el fallo que analizamos– y el dispositivo legal siempre se opone/se instituye a partir de ese otro/sujeto “justiciable”. De acuerdo a Geertz, esto obedece a “una visión general de que las cosas de este mundo y los seres humanos entre ellas, están dispuestas en categorías, ya sean éstas jerárquicas o coordinadas, pero todas bien definidas, y en las que los asuntos no categorizables alteran la estructura entera, por lo que deben corregirse o borrarse...” (Geertz 1983).

Es en este punto que nos asalta la “lógica de la diferencia” y la “figura de la *différance*” (Grossberg 1966), movimiento que instituye diferencias y al mismo tiempo las posterga, que anticipa el significado y lo restablece de manera retrospectiva en un mismo acto. La figura de la *différance* no solo designa las diferencias que para Saussure constituían el valor de los signos, sino además su carácter “diferencial”, el ser diferente de

esas diferencias, es decir, la solidaridad o la fuerza que conserva el sistema (Bennington 1994 y Johnson 1997). Si lo real forma sistema con lo imaginario, lo fáctico con lo contrafáctico, y la Justicia con lo justiciable, es por este movimiento o proceso de diferenciación diferida y diferencial.

Cuando la corte dice “esta Suprema Corte” en la dimensión contrafáctica del discurso que podemos atribuirle –la noción de autor choca con esta lógica interpretativa, como así también la idea de continuidad que esta noción supone (Foucault 1969 y 1970), como veremos pronto– entra en el mismo juego de las diferencias, en la misma lógica del significante (Miller 1966). Es la puesta en acto de la *différance*, como lógica y como figura representativa de esta lógica, donde el término dominante –la corte– se define en oposición con el término dominado –el sujeto justiciable– que representa al mismo tiempo su inestabilidad y posibilidad de constituirse como identidad dominante, pero siempre “en proceso” (Grossberg 1966, Hall 1996). En otras palabras, la pregunta por la identidad de quien dice “yo” o “esta Corte Suprema”, es también una pregunta que nos enfrenta a la discontinuidad, a la lógica de la escritura y a la “huella vacía” del autor (Foucault 1969).

El discurso jurídico es un ejemplo paradigmático de aquello que se entiende por “función de autor” en el discurso postestructuralista; de hecho, podrían remplazarse todos los integrantes “empíricos” que conforman la corte sin que ello altere aquello que el discurso identifica con el significante “Corte Suprema”, porque la función de autor/sujeto excede la realidad empírica y pertenece al significante. Estamos, por lo tanto, ante una nueva y última trampa del lenguaje: las identidades son “puntos de adhesión temporarias a las posiciones subjetivas que nos construyen las prácticas discursivas” (Hall 1996), aunque las concepciones esencialistas de las identidades sociales siempre intentaron ver en el discurso una mera representación transparente o “reflejo” de estas identidades. Una última trampa, pero no por ello menos efectiva ni menos compleja que las precedentes.

El significado queda siempre en suspenso porque la búsqueda del significado solo puede dar con huellas de algo que lo precede y lo sucede en la serie de significantes que “en tanto sistema de diferencias, es siempre juego de presencias y ausencias” (Derrida 1967b, Eagleton 1983, Bennington 1994, Johnson 1997). La lógica de la *différance*, como principio de estructuración, se complementa así con la noción de “huella”; en francés, *trace*, y en la obra de Derrida, asociada a su anagrama *ècart*, es decir, distancia, separación,

intervalo, desvío: “La huella es, en efecto, el origen absoluto del sentido en general. Lo cual equivale a decir, una vez más, que no hay origen absoluto del sentido en general. La huella es la diferencia que abre el aparecer y la significación” (Derrida 1967a).

La identificación del sujeto con su representación en el discurso es siempre condicional, contingente, un proceso de articulación o sutura (Hall 1996); la sutura es el nombre de la relación del sujeto con aquello que “lo nombra” o reemplaza en el discurso en ese preciso lugar donde se produce su ausencia, vale decir que “quien dice «yo» pone en juego la función de suturación” (Miller 1996). Sin espacio para desarrollarlo aquí, proponemos considerar en otro lugar que la sutura es el anverso de la huella, intervalo y desvío, y que la falta es, entonces, la huella de aquellas ausencias que están formadas también por ausencias, porque, en definitiva, no hay en el discurso más que huellas.

## **V. OBSERVACIONES FINALES**

El siguiente razonamiento puede resultar extenso pero sintetiza lo que intentamos demostrar: (1) si asumimos el estrecho vínculo que existe entre las construcciones condicionales y la “cultura jurídica”; (2) si consideramos, además, que la sentencia judicial es “la figura característica de la retórica legal” (Geertz 1983); (3) si tenemos en cuenta, al mismo tiempo, la cantidad y diversidad de condicionales contrafácticos que encontramos en el fallo que citamos y, finalmente, (4) si aceptamos que el análisis de la cultura es una práctica interpretativa en busca de significaciones (Geertz 1973 y 1983), podemos llegar a la siguiente conclusión: la exploración de los significados que comunican los condicionales contrafácticos del discurso legal puede arrojar luz sobre algunas dimensiones de la llamada “cultura jurídica” (Cucatto 2011a y 2011b) y su impacto en las decisiones judiciales.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA**

Alarcos Llorach, E. (1994) *Gramática de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe.

Baczko, B. (1984) *Los imaginarios sociales*. Buenos Aires: Nueva visión, 1991.

Bennington, G. (1994) *Jacques Derrida*. Madrid: Cátedra.

- Cucatto, M. (2011a) “Algunas reflexiones sobre el lenguaje jurídico como lenguaje de especialidad: más expresión que verdadera comunicación”. En: *Revista Virtual Intercambios N° 15*. UNLP.
- Cucatto, M. (2011b) “Discurso Jurídico y conexión. El caso de las sentencias penales”. En: *Actas del V Coloquio de Investigadores en Estudios del Discurso y II Jornadas Internacionales de Discurso y Disciplina*. Universidad Nacional de Villa María.
- Derrida, J. (1967a) “El afuera es el adentro”. En: *De la gramatología*. México: Siglo XXI, 1984, pp. 57-85.
- Derrida, J. (1967b) “La estructura, el signo y el juego en el discurso de las ciencias humanas”. En: *La escritura y la diferencia*. Barcelona: Antrophos, 1989.
- Ducrot, O. (1982) *Decir y no decir*. Barcelona: Anagrama.
- Eagleton, T. (1983) “El postestructuralismo”. En: *Una introducción a la teoría literaria*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 133-156.
- García, E. (1988). “Lingüística Cartesiana o el Método del Discurso”. En: *Lenguaje en Contexto 1*, pp. 5-36.
- Foucault, M. (1966) *Las palabras y las cosas*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1985.
- Foucault, M. (1969) “¿Qué es un autor?”. En: *Conjetural IV*, 1984, Trad. Hugo Savino.
- Foucault, M. (1970) *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets, 1980.
- Geertz, C. (1973) *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 19-40.
- Geertz, C. (1983) *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona: Paidós Básica, 1994, pp. 195-262.
- Grossberg, L. (1966) “Identidad y Estudios Culturales. ¿No hay nada más que eso?”. En: Hall, S. y Du Gay, P. (eds.) *Cuestiones de Identidad*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2003, pp. 148-180.
- Hall, S. (1996) “¿Quién necesita «identidad»?”. Hall, S. y Du Gay, P. (eds.) *Cuestiones de Identidad*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2003, pp. 13-39.
- Harding, J. (2004) *Simple regrets: counterfactuals and the dialogic mind*. Maryland: Faculty of the Graduate School of the University of Maryland.
- Hernández Campoy, J. y Almeida, M. (2005) *Metodología de la investigación sociolingüística*. Málaga: Comares.
- Mattila, H. (2006) *Comparative Legal Linguistics*. Wiltshire: Ashgate.

- Miller, J. (1966) *Matemas II*. Buenos Aires: Manantial, pp. 53-65.
- Montolio, E. (1999) “Las construcciones condicionales”. En: Bosque, I. y Demonte, V. (Eds.) *Gramática descriptiva de la lengua española. Tomo III*. Madrid: Espasa Calpe, pp. 3643-3730.
- Montolío, E. (2010) “Discourse, Grammar and Professional Discourse Analysis: The Function of Conditional Structures in Legal Writing”. En: Giannoni, D. y Frade, C. (eds.) *Researching Language and the Law*. Bern: Peter Lang AG, 19-48.
- Montolío, E. (2000) “Les estructures condicionals i la seva relevancia en les formulacions legislatives, administratives y jurídiques”. En: *Revista de llengua y dret* (34), pp. 67-91.
- Palau, G. (1980) “Condicionales Contrafácticos: condiciones de verdad y semántica de mundos posibles”. En: *Crítica Vol. XII*, N°34. México D.F.: UNAM.
- Palau, G. y col. (2004) *Lógicas condicionales y razonamiento de sentido común*. Barcelona: Gedisa.
- Real Academia Española (2010) “Construcciones condicionales y concesivas”. En: *Nueva gramática de la lengua española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.
- Reyes, G. (1996) *El ABC de la pragmática*. Madrid: Arco Libros.
- Sweetser, E. y Dancygier, B. (2000) “Constructions with if, since, and because: Causality, epistemic stance and clause order”. En: Couper, E. y Kortmann, B. (eds.) *Cause. Condition. Concession. Contrast*. Berlin: Mouton de Gruyter, pp. 111-142.
- Van Dijk, T. (1980) *Texto y contexto*. Madrid: Cátedra.
- Yoris Villasana, C. (2008) “Relaciones entre historia y verdad. Uso de los condicionales contrafácticos”. En: *LÓGOI Revista de Filosofía* N° 14.