

UNA APROXIMACION A LA TEORIA DE LAS FICCIONES

ALFREDO PEREZ GALIMBERTI

1995

Sumario: 1. Introducción. 2. Falsedad, ficción, mito. 3. Lo verdadero y los rituales de la verdad. 4. Bentham y la ficción. 5. Perelman y la realidad lógico-jurídica. 6. La verdad y el sistema penal. 7. La construcción del hecho y el problema de la verdad. 8. La construcción de una ficción en la literatura. 9. Una ficción legal: "la reformatio in peius". 10. Aproximaciones

GNOSIS

De pronto se abre un ojo nuevo en la frente,
otro ojo en la nuca, sendos ojos en los parietales,
un ojo en la espalda, otro en el abdomen,
un ojo en la planta del pie.
Y todo se hace claro, obvio por fin:
la solapada materia del mundo,
la perversidad de lo real.

Horacio Castillo

1. Introducción.

Dos breves poemas de Horacio Castillo, "La Verdad y las Formas Jurídicas" de Michel Foucault y un trabajo de Enrique Marí sobre la teoría de las ficciones en Jeremy Bentham me impulsaron a ingresar en un tema tan cautivante como elusivo: las ficciones en el orden narrativo y en el derecho.

El alejamiento de los paradigmas de cielo e infierno, la increíble alongación del tiempo que nos impide relacionar hoy una vida humana con la del universo, las sombras que arroja la proximidad del fin de milenio, ponen en peligro las metáforas que nos han servido para darle sentido a nuestra relación con el mundo, y nos fuerzan a redoblar la apuesta en la fuerza creativa de la imaginación humana.

2. Falsedad, ficción, mito.

Las ficciones son recursos de la imaginación para interpretar la realidad, para narrarla. Artefactos de representación, de origen convencional, su utilidad se mantiene en la medida en que conservan este poder que se les confiere, y son abandonadas cuando lo pierden.

Este es el terreno de lo consciente. Las ficciones pueden degenerar en mitos cuando no se las considera conscientemente como tales, y en este sentido se tornan peligrosas, si se quiere hacer coincidir la realidad en el molde de una ficción a la que se ha quitado de la esfera

de lo convencional, y por lo tanto de lo racional. El mito tiene un ingrediente totalizador, porque opera desde un ritual, lo que supone explicaciones "totales y adecuadas de las cosas tal como son y como fueron"; y exige aceptación incondicional, mientras que en el terreno de las ficciones siempre se opera desde el "como si", y su aceptación es condicional, y vinculada a su utilidad para leer la realidad. "Nunca corremos el riesgo de creer que la muerte del Rey Lear, que tanto explica, sea "verdad".¹

Si bien el mito ha perdido terreno aceleradamente desde que en el Renacimiento se abrió paso el problema de la realidad, y con ello el del grado de verdad de los mitos, ellos siguen operando en la conciencia y en la cultura como modelos emocionales y espirituales.² Un interesante ejemplo es el mito de la crisis. Aceptamos sin cuestionamiento la idea de que nuestra época se encuentra en una relación extraordinaria con el futuro; que nuestra propia crisis es más importante que otras, que se trata de un punto capital en la historia de la humanidad, pero no parece que pueda existir una diferencia semejante entre nosotros y nuestros antepasados. La bomba atómica no es más real que un Anticristo tangible, o los ejércitos de los cielos; simplemente hemos descartado estas imágenes apocalípticas por otras.³

Falso es lo contrario a la verdad por error o por malicia. Por la "apariencia" se conecta con lo ficticio y lo simulado, pues equivale a ambos. Tanto lo falso como lo ficticio operan con la "apariencia de verdad", o "como si". Tal como dice Vaihinger, "una ficción es un arbitrario desvío de la realidad, un punto de transición para la mente, un lugar temporario de detención del pensamiento. Lo que distingue básicamente a una ficción es el expreso reconocimiento de su carácter de tal, la ausencia de cualquier reclamo de realidad"⁴.

3. Lo verdadero y los rituales de la verdad

El enunciado verdadero habla "de las cosas como son" y el falso "de las cosas como no son". Desde esta noción platónica, la verdad es forma, y como tal única, absoluta, inquebrantable, y con las restantes formas, como la belleza, la igualdad o la justicia, constituye el orden racional. O, como proponía Aristóteles, la verdad depende de su correspondencia con el objeto: "Decir de lo que es, que no es, es falso,

¹ Kermode, Frank, "El sentido de un Final. Estudios sobre la teoría de la ficción", Gedisa, Barcelona, 1983, p. 45.

² May, Rollo. "La Necesidad del Mito". Paidós, Barcelona, 1991, p. 30.

³ Kermode, Frank. Op. cit., p. 96.

⁴ Vaihinger, Hans. Citado por Enrique Marí en "La Teoría de las Ficciones en Jeremy Bentham", en "Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática", Hachette, 1987, p. 17 y ss.

mientras que decir de lo que es, que es, es verdadero".

Desde el idealismo platónico y el realismo aristotélico el problema de la verdad, aún con estas marcas originales, ha sufrido una problematización creciente en diferentes campos del pensamiento.

En la filosofía continental europea, Michel Foucault explora el problema de la verdad enlazado con el discurso del poder. De acuerdo con su visión, el lugar de la verdad no está en los enunciados o proposiciones sino en los discursos: cada sociedad produce históricamente sus propios rituales de verdad, el régimen de lo que acepta o rechaza como tal.⁵ Propone la hipótesis de que existen dos historias de la verdad: una especie de historia interna, que se corrige con sus propios principios de regulación y que es tratada en la historia de la ciencia, y una historia externa de la verdad, que nace de los prácticas empleadas por la sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber, y, en fin, relaciones entre el hombre y la verdad. Y explora la construcción de esta verdad en las prácticas judiciales desarrolladas en el campo del derecho penal.

Partiendo de Nietzsche, afirma la existencia de una "política de la verdad": ni la poesía ni la religión fueron dadas, sino inventadas, para establecer cierta relación de poder sobre los demás por medio de la palabra. Todo conocimiento es fruto de una invención.

En la Grecia arcaica, y luego en el Medioevo hasta los comienzos de la práctica de la indagación administrativa -el Domesday Book en Inglaterra- y religiosa, la verdad en el proceso penal no se investigaba, sino que se declaraba luego de una "prueba" de estructura binaria, que terminaba con una victoria o un fracaso. Este procedimiento no resolvía quién estaba en poder de la verdad, sino quién era más fuerte, quién tenía razón, y en suma, quién tenía "derecho". La "prueba" es reemplazada por la "indagación", procedimiento que tiende a recuperar lo manifiesto del "delito flagrante", donde la verdad se considera patente.⁶ Esta forma de saber se impone en todas las ciencias, desplazando a la alquimia y a la "disputatio" que respondían al modelo de la "prueba", para construir el saber moderno.

Foucault precisa que no hay saberes inocentes, que todo saber es poder, y que la indagación y el examen, modo éste del saber-poder de la sociedad correctiva, controladora o disciplinaria que explica a partir del panoptismo benthamita, están vinculados a las relaciones de producción y apropiación de bienes y ganancias en la

⁵ Marí, Enrique. "La verdad en la filosofía a fines de nuestro siglo", p. 36.

⁶ "Si se consigue reunir efectivamente a las personas que pueden garantizar bajo juramento que vieron, ... (y) establecer por medio de ellas que algo sucedió realmente. podrá obtenerse indirectamente a través de la indagación y por intermedio de las personas que saben el equivalente del delito flagrante". Michel Foucault, "La Verdad y las Formas Jurídicas", Gedisa, Barcelona, 1981, p. 82.

sociedad feudal y en la sociedad capitalista.

4. Bentham y la ficción

Jeremy Bentham mantiene una relación escabrosa con el concepto mismo de ficción. En una cáustica metáfora inicial se refiere al "pestilente aliento de la ficción"⁷. Pero debe entenderse que este ataque está enmarcado en la lucha en la que en ese momento está inmerso impulsando la filosofía positivista en diferentes campos contra el metapositivismo iusnaturalista representado por Blackstone. En efecto, aquel denuedo está contenido en el "Fragmento sobre el Gobierno", de 1776, crítica de la obra de Blackstone "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra". Pero Bentham basaba su filosofía moral y jurídica no en la verdad, sino en la utilidad, justificación final de toda práctica, por lo que resultaba paradójal la posibilidad de una contradicción entre verdad y utilidad.

En un nivel lingüístico, alejado ya de las contingencias políticas, Bentham no remite las ficciones al orden de la mendacidad, de la arbitraria falsedad y de lo confuso, sino que las valora como entidades reales del lenguaje, cuya necesidad está relacionada con la génesis y el desarrollo del discurso. Y es de esta perspectiva donde la teoría de las ficciones de Bentham es revalorizada por Lacan: las ficciones no en el sentido de quimeras fabulosas, sino entendidas como aparatos lingüísticos, montajes de los motivos y deseos presentes detrás de los intereses. Las ficciones no serían entonces instrumentos contingentes de uso, sino la médula y el tejido de la estructura de la verdad.

5. Perelman y la realidad lógico-jurídica.

En "La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica",⁸ Chaim Perelman afirma que la realidad jurídica es determinada por el legislador. Fuere cual fuere la "decisión" del legislador -debería llamarle "creación"- ésta no constituye nunca una ficción, aunque se aparte de la realidad del sentido común, o de las cosas "como son". Así, al concederle personalidad jurídica a las asociaciones, el legislador no establece una ficción jurídica, aunque la asimilación de un grupo de personas a una persona física sea contraria a la realidad psicológica y moral.

Pero si el juez concede a un grupo de personas el derecho de estar en justicia, careciendo de personalidad jurídica, recurre a una ficción. De esta ficción, que llama jurisprudencial, da como ejemplo la creada por los jueces ingleses en el siglo XIX, para evitar en algunos casos la aplicación de la pena de muerte. Esta debía ser impuesta a todo

⁷ Las referencias al pensamiento de Bentham están tomadas del ensayo ya citado de Enrique Marí.

⁸ Perelman, Chaim. "La Lógica y la Nueva Retórica", Madrid, Civitas, 1988.

responsable de "grand larceny", es decir, de robo de una cantidad superior a los 40 chelines. Durante años los jueces estimaron en 39 chelines el valor de cualquier robo, hasta que en un caso, un juez se vio constreñido a fijar en 39 chelines el valor de 10 libras esterlinas, equivalente a 200 chelines. La ley estalló y debió ser modificada.⁹

En otro ejemplo, una mujer fue declarada no culpable por un jurado en Lieja, pese a haberse comprobado que conscientemente, y con la ayuda de un médico, había dado muerte a su hijo, el que había nacido en condiciones monstruosas a consecuencia de la ingesta de una droga de efectos todavía no conocidos. En este caso el jurado se aparta de la prescripción legal, pues la ley no distinguía entre el homicidio simple y el piadoso.

Perelman parte del concepto de "realidad jurídica", como el derecho dado, y dice que el recurso a la ficción jurisprudencial se presenta cuando esta realidad jurídica "constituye un freno inadmisibles para una buena administración de justicia". El malestar que el recurso a la ficción representa, cesa cuando el legislador modifica la ley, o el tribunal de casación varía su interpretación. La ficción deja ya de ser tal, pues es incorporada al marco de realidad normativa a través de una norma que opera sus mismos efectos. En el primer ejemplo, estableciendo penas más benignas para los robos; en el segundo, admitiendo la eutanasia para casos extremos.

La misma justificación del empleo de la ficción por la preservación de la paz social contra la regla de derecho injusta la expresa respecto de un ejemplo tomado de la jurisprudencia francesa. Alrededor de 1900, en la Alcaldía de Montrouge, el tercer adjunto del Alcalde casa varias parejas, acto que debió haber sido llevado a cabo por el segundo adjunto, a quien le correspondía por orden escalafonario. El Fiscal demandó la nulidad de aquellos matrimonios, con lo que los esposos devinieron concubinos y los hijos bastardos. El caso llegó a la Corte de Casación, que reconoció la legalidad de los matrimonios, creando la ficción del "funcionario de hecho", y otorgando validez a sus actos respecto de los administrados que acudieron a él de buena fe creyendo que detentaba tal investidura.¹⁰ Cita aquí a Casamayor, de donde toma el ejemplo, con la frase: "la realidad hizo retroceder a la ficción".

Los ejemplos dados ofrecen numerosos inconvenientes, pues Perelman equipara los conceptos de "ficción" y "falsedad".¹¹ Al tratar las relaciones entre verdad y justicia, atribuye el término "ficción" a la obra de un jurado que por preocupaciones de equidad califica falsamente los hechos, y éste sería el caso del segundo ejemplo. Y anota, que no es éste el único caso en que el derecho concede mayor importancia a otros valores diferentes de la verdad. Con lo que viene a equiparar la verdad con la verdad legal, es decir: "todo lo que es legal es

⁹ Perelman, Chaim. Op. cit., p. 88.

¹⁰ Perelman, Chaim. Op. cit., p. 221.

¹¹ Perelman, Chaim. Op. cit., p. 189.

verdadero".

Si esta afirmación se redujera a la tautológica "la verdad de una ley es una ley", no cabrían objeciones. Pero si pretende que la ley "siempre dice de lo que es, que es", debería concluir en que la ley siempre dice lo que es verdadero, con lo que nunca podría ser modificada, pues alteraría la realidad verdadera. El pensamiento de Perelman involucra entonces dos planos de realidad: uno ontológico o de realidad natural, y otro normológico o de realidad jurídica, terreno falseado por las "ficciones interpretativas" del juez.

Si en el primer ejemplo la ficción hizo retroceder a la "realidad legal", y resultaba indispensable por un principio de humanidad; si en el segundo la ficción -sin desafiar a la ley, al igual que en el caso anterior- la ignoró por compasión, en el tercero no es la realidad la que derrota a la ficción, sino al contrario: la nueva ficción del "funcionario de hecho" que la Corte construye para el caso permite la solución del conflicto y la supervivencia de la ley. Esta es una de las llamadas "ficciones de concordancia", a las que el derecho es tan afecto, puesto que evita las lagunas legales y forma una suerte de tejido conjuntivo integrativo del sistema.¹²

6. La verdad y el sistema penal

Partiendo provisionalmente de la definición aceptada de la verdad como "la correspondencia entre la representación ideológica del objeto y la realidad", o "la concordancia del pensamiento con el objeto pensado", la primer pregunta a formularse es si ciertamente el sistema judicial aspira a la obtención de esta verdad como finalidad prevalente. Esta pregunta está necesariamente vinculada a la determinación de los alcances de la pretensión colectiva respecto de la equidad, y es necesario intentar primero una respuesta a este interrogante.

Las ficciones preservan nuestra integridad, nuestro sentido de identidad, defienden nuestra vulnerabilidad. Sin la aptitud de imaginar no hallaríamos modo de sintetizar y representar, y la vida se nos haría intolerable. A tal punto llega Mach cuando señala que *"los conceptos de cosa y Yo son ficciones provisorias que no existen en forma aislada. Lo que llamamos yo no es sino un complejo de sensaciones"*. Y esta construcción nos permite mantener la estabilidad que no es inmovilidad, sino lentitud relativa de los cambios.¹³ *"La naturaleza es una*

¹² Kermode, Frank. "La física de los estoicos, la tipología bíblica, la teoría cuántica de Copenhague, son todas diferentes, pero todas recurren a las ficciones de concordancia y postulan complementariedades. Tales ficciones satisfacen una necesidad. Parecen realizar lo que Bacon dijo que podía lograr la poesía: Dar alguna muestra de satisfacción a la mente, cuando la naturaleza de las cosas parece negársela". Op. cit, p. 66.

¹³ Marí, Enrique. "Robert Musil y la crisis del Reino de Kakania",

triste cosa, sin sonidos ni fragancias; todos estos atributos son puramente humanos, forman parte de nuestra manera de sentir el mundo exterior". ¹⁴

La sociedad articula mecanismos de compensación para que cada cual internalice cuáles son los valores relevantes reconocidos, y en qué casos uno cede en favor de otro. Así es que construye instituciones como la judicial, prometiendo que ella se hará cargo de resolver los conflictos que se presenten entre los miembros de la sociedad, dando a cada uno lo suyo y afianzando el valor justicia. Es una verdad sabida que esta afirmación implica una ficción: que la institución habrá de investigar "todos" los hechos, desentrañándolos, y otorgando los castigos prefijados. Pero puede pensarse que desde siempre la sociedad conoce que el objetivo final es imposible, y que la institución cumple adecuadamente su cometido cuando consigue llevar a un número significativo de los componentes de la sociedad el sosiego y la seguridad que necesitan para su equilibrio psicológico, asumiendo un rol determinante en el proceso de socialización para la inducción a la conformidad con el orden dado. Sería insoportable la "injusticia del mundo" sin la contención emocional que proporciona la existencia de una persona o un ente a quien se le adjudica la misión de realizar la justicia.

El éxito o fracaso de la institución judicial desde la perspectiva del control social no dependería, en suma, del cumplimiento de sus fines declarados, sino de la vigencia de su representación simbólica. ¹⁵

Si este objetivo relativizado escapara de la ficción para trascender al mito de que la justicia, como valor, es realizable acabadamente, la insatisfacción con el sistema sería completa, y se nos haría consistente la percepción de la "perversidad de lo real" con que nos amenaza el poema.

7. La construcción del hecho y el problema de la verdad

En el marco de la construcción judicial de la verdad no puede aceptarse sin más la existencia de "los hechos" como una entidad natural, constituida desde su producción, y que sólo debe ser identificada en su objetividad. La filosofía de la ciencia ha alzado un

en "El Rodaballo", Buenos Aires, mayo de 1995, p. 45.

Mach, Ernst. "Análisis de las Sensaciones". Alta Fulla, Barcelona, 1987, p. 3.

¹⁴ Sábato, Ernesto. "Uno y el Universo", Sudamericana, 1970, citando a Whitehead.

¹⁵ Sobre la problemática del sistema penal, Vázquez Rossi, Jorge. "¿De qué nos protege el sistema penal?". Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1992-A-79.

Virgolini, Julio. "El control social y su articulación en el sistema penal", en "El Sistema Penal Argentino", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

nuevo paradigma, donde se afirma una "intimidad conceptual entre lo que consideramos hechos y el lenguaje en que los afirmamos, o al menos entre los hechos y el tipo de entidad lógica que designamos con enunciados".¹⁶

No sólo se presentan en los enunciados que se expresan en lenguaje observacional las peculiaridades designadas como "ambigüedad", "textura abierta", o "zona de penumbra", que se predicán de los enunciados deónticos, sino que la carga de emotividad presente en la reconstrucción histórica del proceso judicial es significativa, pues el proceso de construcción del supuesto de hecho que realiza el juez contiene una inexcusable carga de subjetivismo, que viene a sumarse al subjetivismo, con implicancias emocionales aún más fuertes, de las observaciones que llegan al proceso por vía de los testigos, terceros afectados, interesados o vinculados de algún modo al tema del proceso.

Cuando los individuos reclaman de la institución que realice la justicia, u obtenga la verdad, más allá de las posibilidades concretas que la realidad cultural determina, pierden conciencia de la "convención", y le exigen lo que sólo cabe exigir al mito.

La declarada finalidad del procedimiento penal como el hallazgo de la verdad objetiva, denominación dada a la verdad histórica objetiva, sólo debe ser considerada como un ideal.¹⁷ En puridad, el objetivo del procedimiento penal está cumplido aunque no se arribe al conocimiento de la verdad, y ese fracaso sea claramente conocido. Este es el caso de la absolución por duda. Cuando en el universo psicológico del juez el material de reconstrucción histórica legalizado no alcanza para construir un juicio de certeza, positivo o negativo, sobre el objeto de investigación, la duda llevará a la absolución. La finalidad social y jurídica del procedimiento judicial se habrá alcanzado, y la decisión será perfectamente válida, aún desde el punto de vista jurídico.¹⁸

Modernamente, el procedimiento judicial es un método de investigación histórica regulado jurídicamente mediante un control de legalidad y racionalidad. Con el primero se excluyen medios de prueba axiológicamente disvaliosos, y se garantizan el debido proceso y el derecho de defensa. Con el segundo se procura que se respeten las reglas del pensamiento correcto, tanto lógicas (identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente) como científicas y de experiencia que cumplimenten los requisitos de validez.

Los conceptos de verdad formal y verdad material o real, aunque aparenten esencial diferenciación no son más que formas

¹⁶ Ibáñez, Andrés Perfecto. "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal". DOXA, N° 12, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1992, p. 264, con cita de Hanson.

¹⁷ Clariá Olmedo, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal", T° I. Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 482 y ss.

¹⁸ Maier, Julio. "Derecho Procesal Penal Argentino, T° 1b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 574, con cita de Roxin.

distintas del procedimiento judicial. Hay diferentes maneras de delimitar la hipótesis acerca de la cual se predicará la verdad o falsedad: en el sistema inquisitivo, con intervención decisiva del tribunal; en el procedimiento penal adversarial, como en el civil, de acuerdo a las proposiciones de las partes. También distintas serán las formas de decidir cuando la verdad no se obtiene: *in dubio pro reo* en el proceso penal, *in dubio pro operari* en el laboral, *secundum probata partium* en el civil. Finalmente, también difieren los procesos de acuerdo con la facultad del tribunal de incorporar prueba, presente en el procedimiento penal inquisitivo y mayormente excluida del civil.

Aunque se enuncien mayores pretensiones, "la verdad en el proceso penal es estrecha, parcial y restringida".¹⁹ Estas limitaciones están dadas por el fin para el que se desea conocer la verdad, que no es otro que la punición. Mediante reglas formales y materiales del derecho procesal y del derecho penal se recorta el conflicto social utilizando conceptos limitativos y definiendo así el "caso penal", estructura ficcional y herramienta conceptual para la actuación de los fines de la ley.

9. Una ficción legal: "la reformatio in peius"

El derecho, "vasto montaje de ficciones"²⁰, ofrece algunos ejemplos paradigmáticos. Uno de ellos lo constituye la garantía de la "reformatio in peius".

La nulidad debería volver las cosas al estado anterior al acto anulado, pues es sabido que lo que es nulo no puede producir efecto alguno. Pero el derecho puede arbitrar la resurrección del pasado, y la ultractividad de lo inexistente. Anulada una sentencia por la Corte, eliminado el acto, la lógica sistemática indicaría que el tribunal debería poder resolver de acuerdo con las pretensiones originales de las partes. Pero sucede que la nulidad no elimina el acto, sino que lo priva de sus efectos inmediatos, y le asigna el de operar como límite al fallo que se dicte en el futuro.

La apelación a la categoría de "realidad normológica" es aquí un recurso válido, y así podrá aceptarse la afirmación de Maier: "La nulidad es un concepto o categoría jurídico representativo de la declaración de invalidez de un acto para producir efectos jurídicos, y, por ende, no predica ni significa la inexistencia del acto (categoría perteneciente a otro mundo) como si él no hubiera ocurrido."²¹

Por ello es que la sentencia anulada por el tribunal de alzada es límite para impedir una sentencia más gravosa. Y esa

¹⁹ Maier, Julio. Op. cit., Tº 1b, p. 574.

²⁰ Siperman, Arnoldo. Introducción a "Derecho y Psicoanálisis", p. 12. Ver nota nº 4.

²¹ Maier, Julio. "Función normativa de la Nulidad", cit. por De la Rúa, Fernando, en "Teoría General del Proceso", Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 230.

limitación se mantiene ya sea que la nulidad se decrete por pedido de la defensa, o de oficio si la posibilidad de conocer de la sentencia no fue oficiosa sino por recurso de la defensa. Finalmente, también se mantiene como límite si el conocimiento del tribunal lo ha sido por imperio legal en un recurso de consulta como el establecido en el artículo 179 inciso 2º de la Constitución del Chubut.²²

Pero no es plena la coincidencia en cuanto a los fundamentos del principio. 1) Hay quienes creen que se trata de un absurdo jurídico, como Gerber. 2) Otros, como Manzini, piensan que es irracional, e incluso contrario a una eficaz política penal. Si lo mantuvo en su Código de 1930 fue por "motivos de oportunidad", respondiendo a reclamos de equidad, opiniones y sentimiento de la población en el momento histórico. 3) Florián da una razón práctica: si pudiera empeorar el resultado por recurso de la defensa, éste se limitaría por temor a sufrir un perjuicio mayor. 4) El nazismo lo suprimió por Ley del 28 de Junio de 1935, recuerda Beling, pero resulta un contrasentido lógico que a alguien puede perjudicar la propia actividad. 5) Alcalá-Zamora y Levene lo basan en "razones de justicia". 6) Artemio Moreno dice que cumple funciones de "estabilidad, moderación y certidumbre".²³

El principio se condensa en la afirmación de que la actividad de la defensa no puede acarrear perjuicios para quien se defiende. "A él no le importan fórmulas vacías, sino el concreto resultado de justicia que procura", dice con razón De la Rúa, para quien la cuestión se ubica en el plano de las garantías constitucionales como expresión de la defensa.²⁴

8. La construcción de una ficción en la literatura

ANQUISES SOBRE LOS HOMBROS

Todos llevamos, como Eneas, a nuestro padre sobre los hombros.

Débiles aún, su peso nos impide la marcha,
pero luego se vuelve cada vez más liviano,
hasta que deja de sentirse
y advertimos que ha muerto.

Entonces lo abandonamos para siempre
en un recodo del camino
y trepamos a los hombros de nuestro hijo.

²² Art. 179. El Superior Tribunal de Justicia tiene la siguiente competencia: ...2. Conoce y resuelve en pleno, sin substanciación, de las causas criminales en que se prive de la libertad por más de diez años, en la forma y modo que la ley establece.

²³ Cfr. De la Rúa, Op. Cit, p. 213 y notas.

²⁴ Op. Cit., p. 232.

En el poema del epígrafe, Castillo escoge la historia de Eneas que recupera Virgilio. En efecto, según los romanos, sólo dos familias troyanas fueron perdonadas por los griegos: una fue la de Atenor, protegida por Odiseo y por Menelao. Este colgó en su puerta una piel de leopardo para señalar que debía ser respetada; de Atenor se dice que luego fundó la ciudad de Padua. La otra familia fue la de Eneas quien, como Atenor, había instado a los troyanos a entregar a Elena y a acordar una paz justa con los griegos.

Dice la leyenda que Agamenón presencia cuando Eneas, sin cuidarse de los enemigos, se pone al venerable Anquises sobre los hombros y se encamina a la puerta Dardánica. Admirado, ordena no se le moleste. Eneas en sus viajes llega al Lacio, funda la ciudad de Lavinio y muere en batalla, siendo transportado al cielo luego de dejar inaugurada la estirpe de Roma.

Sin embargo, otras historias se cuentan: 1) Eneas está en Frigia cuando Troya cae. 2) Eneas defiende Troya hasta el final, y luego se retira a la ciudadela de Pérgamo. Tras una segunda resistencia valiente, aprovecha la oscuridad para enviar a sus hombres al monte Ida y luego los sigue con su familia, las imágenes sagradas y sus tesoros. Habiendo obtenido luego condiciones honorables de los griegos, pasa luego a Tracia y muere allí o en Orcómeco, una ciudad de Arcadia. 3) Neoptólemo, hijo de Aquiles, lo captura en la lucha y lo lleva cautivo a bordo de su nave como botín de guerra, reteniéndolo allí hasta que los dardánidas pagan su rescate.²⁶

Estas historias legendarias son intercambiables en sus valores de verdad. No hay ninguna casualidad en el hecho de que la leyenda oficial que incorpora el mundo romano a su mitología sea la primera: Eneas se marcha de Troya con dignidad, poniendo en salvo a su padre y a los dioses penates, desdeñando su propia salvación. La leyenda había inspirado a los poetas, en Grecia y en la cultura etrusca, pero cuando Virgilio hace de ella el tema de la Eneida, construye una epopeya nacional y revela su poder: nace de ella una nueva mística, en la que el régimen imperial de Augusto encuentra su justificación.²⁷

Borges, en "El Jardín de los senderos que se bifurcan", ofrece una muestra magistral de la construcción de ficciones en el orden narrativo. Ts'ui Pen dice recluirse para construir un laberinto y escribir una novela. Sus descendientes lo denostan: nadie halla el laberinto y la novela es caótica. El enigma se resuelve cuando alguien comprende que

²⁵ "Materia Acre", Cármina, Buenos Aires, 1974.

²⁶ Graves, Robert. "Los Mitos Griegos", tº 2, p. 429. Alianza, Madrid, 1993.

²⁷ Grimal, P. "La Mitología Romana", en "Mitologías, del Mediterráneo al Ganges", Tº 1, p. 197, Planeta, 1973.

Ts'ui Pen ha escrito un libro que no es infinito, sino que no desdeña ningún porvenir. "En todas las ficciones, cada vez que un hombre se enfrenta con diversas alternativas, opta por una y elimina las otras. Ts'ui Pen opta, simultáneamente, por todas". Cada vez que el sendero lleva a una bifurcación en el tiempo, la palabra mágica que no se articula, los dos porvenires coexisten, simultáneos, para abrirse en otras diadas de futuro, sin fin.

El protagonista, descendiente de Ts'ui Pen, ha sido llevado a casa de Sthepen Albert, donde comprende finalmente la gloria de su antepasado, por el encadenamiento de una necesidad y de un hecho casual, y debe cumplir con el propósito que de antemano tenía fijado. La revelación convierte en cruel aquella casualidad, pero la muerte de Albert es irrevocable, aunque provoque a su matador una "innumerable contrición".

Es que esa muerte es necesaria para crear una nueva ficción que es preciso crear: el matador es un espía que señalará a un lejano burócrata de la guerra, que debe bombardear una ciudad llamada Albert.

10. Aproximaciones

Ficciones, poderosos artificios de explicación, de ordenamiento del universo, de articulación del sujeto con el mundo y con el tiempo. También, diseños de la realidad pergeñados por el hombre con completa conciencia de su precariedad. Las ficciones cobran poder cuando deliberadamente éste se les otorga, por la especial disposición de "confiar sin creer". Así aceptamos que la sentencia nula impida agravar la pena por parte de un nuevo tribunal que dicta una nueva sentencia. Así aceptamos que Eneas continúe llevando su carga llena de sentido de un tiempo a otro.

Hasta nuestro tiempo, cuando el poeta desde el paradigma cultural del siglo XX pronuncia un verbo impracticable para Virgilio. Pero al igual que él, se apodera de una ficción del pasado, ya despojada de su poder, y construye un nuevo artificio de urdimbre de la realidad: nos notifica de nuestra condición y nos invita a confiar en el futuro.