

# Ficciones de la ley

raúl rodríguez freire



M I M E S I S

I-MATERIALIDADES

Ficciones de la ley

© raúl rodríguez freire

© mimesis ediciones

Diseño: raúl rodríguez freire y

Mary Luz Estupiñán Serrano

Diagramación: Guido Olivares

Impresión: Alerce Talleres Gráficos

Ediciones mimesis

Santiago, Chile

[edicionesmimesis.cl](http://edicionesmimesis.cl)

[mimesisediciones@gmail.com](mailto:mimesisediciones@gmail.com)

ISBN: 978-956-6130-06-2





**PRESENTACION: MAS ALLA DE  
“DERECHO Y LITERATURA”**

**9**

**LAS MASCARAS DE LA LEY**

**37**

**DEL DERECHO A LA LITERATURA: BOCCACCIO  
Y LA (RE)CODIFICACION DE LA NOVELA**

**65**

**DE CABRAS, TEOREMAS Y LEYES  
FICCIONES A LA DERIVA**

**109**

**LEY, FIGURA DE LA FICCION**

**139**

**NOTAS**

**189**

**PRESENTACION: MAS ALLA DE  
“DERECHO Y LITERATURA”**

Creonte. — Y tú dime sin extenderte, sino brevemente, ¿sabías que había sido decretado por un edicto que no se podía hacer esto?

Antígona. — Lo sabía. ¿Cómo no iba a saberlo? Era manifiesto.

Creonte. — ¿Y, a pesar de ello, te atreviste a transgredir estos decretos?

Antígona. — No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses.

Sófocles, Antígona.

1. Asumiendo la voz y las normas esgrimidas por el poder al que se opone y resiste, Antígona justifica y lleva a cabo su desacato. Se trata de una apropiación que rechaza la autoridad en el momento mismo en que, a contrapelo, la asimila, actuando así en contra de la ley, puesto que esta se ha vuelto injusta y arbitraria.<sup>1</sup> Imitar la voz de otro fue uno de los modos en que la ficción emergió en la antigua Grecia. Dable de adquirir distintas formas, consiste en un trabajo sobre una materia moldeable que, gracias a la imaginación de algún artesano, logra un tipo de existencia capaz de intervenir sobre el mundo que le ha tocado en suerte. Apropiarse de la ley para solicitar justicia hace de Antígona una figura de la resistencia y de la literatura un discurso marcado por un carácter eminentemente político. El coraje que las atraviesa comporta, así, una decisión ética que, al sublevarse ante el orden instituido, se pone en relación con la virtud, entendiendo por esta una crítica radical de las leyes y normas establecidas, porque son injustas.<sup>2</sup> Una tensa relación, por tanto, se establece entre ley, literatura y justicia, sobre todo en aquellas obras que tienen al derecho como personaje y explicitan de distintas maneras tanto sus violencias, como sus ambivalencias. *Enrique V* abre con un proyecto de ley que perjudica los intereses económicos del arzobispo de Canterbury y del obispo de Ely, razón por la cual el primero promueve la guerra con Francia, esperando así no perder parte de sus propiedades. Y lo logra. Por cierto, no es que el proyecto sea razonable y busque alguna redistribución de la riqueza; más bien tiene como cometido aumentar las arcas del rey y, de paso, sostener “cien casas de caridad para alivio de leprosos y ancianos”.<sup>3</sup> Con todo, Enrique sí se comporta en determinados momentos como un rey a la altura de lo que las leyes no ofrecen, e incluso es capaz de suspender su derecho a ejercerlas, solo que la obra cierra con su contrato de matrimonio: la princesa Catherine ha sido

concedida como parte del botín que se lleva el reino victorioso. De manera que la ambivalencia, cuando no la ambigüedad, se hace aquí evidente pues atraviesa de distintas maneras todo el texto shakespeariano. Pero donde la virtud opera sin ambages es en el Michael Kohlhaas de Heinrich von Kleist, al punto que se puede decir, sin temor a equivocarse, que esta novela asume como problema las injusticias de la ley, injusticias que han sido provocadas precisamente por quienes sostienen las instituciones que han sido creadas para evitarlas: "A mi entender un expulsado es aquel al que se le niega la protección de las leyes –respondió Kohlhaas apretando los puños–; una protección que juzgo indispensable para poder prosperar ejerciendo mi oficio pacíficamente; ella es la causa por la que he buscado refugio con todo lo que me pertenece en esta comunidad; si se me niega esto, me expulsan al desierto, con los salvajes; me ponen en la mano, ¡cómo podéis negar esto!, el hacha para que me proteja a mí mismo".<sup>4</sup> Cuando quienes ejercen la ley le dan la espalda a Kohlhaas, un honrado tratante de caballos que ha sido víctima de los abusos de la clase dominante, y permiten además que su esposa muera en el momento en que ella ha creído oportuno intervenir por él ante las instancias legales que debieran haberle respondido favorablemente, además de defendido, entonces la justicia no está en el derecho, sino fuera de él, y para hacerla respetar es que también se apoderará de su voz y de sus procedimientos. Kleist, podemos observar, ha hecho del derecho el principal personaje de su relato. Lo acompañarán dos caballos, pero para conocer qué rol estos juegan recomiendo mejor su lectura. Lo relevante es que Kohlhaas y el resto de los actores son las marionetas de un derecho que hace con ellas lo que quiere. Ejemplos como estos podrían citarse en extenso, aunque no es necesario, solo quiero recordar que el derecho y la literatura, eso que hoy aún llamamos literatura, han mantenido

históricamente una estrecha relación, más estrecha de lo que se suele pensar, y distinta al modo en que se les suele considerar, aunque para abordarla este libro aventure un significativo movimiento. Se parte del peligro que la ficción literaria *representa* para el orden establecido –puesto que guarda la fuerza capaz de alterarlo, aunque también de mantenerlo. Solo que para este libro el orden de la *representación* excede el “hacer presente”, al ser aprehendido desde la capacidad performativa del lenguaje, materia de la ficción, tal y como aquí nos interesa. Con tal énfasis, sin embargo, no se quiere reducir la importancia de la literatura que impugna y cuestiona al derecho y la ley mediante la trama y sus personajes. Suplementando tales escrituras (y lecturas), este libro busca acentuar la noción misma de ficción *en* su vínculo con el derecho y el modo en que este, a su vez, pudo haber afectado la emergencia de lo que vendrá a llamarse novela, moviéndonos, así, o por lo menos eso espero, más allá del cristalizado vínculo entre derecho y literatura, centrado generalmente en el tratamiento que algunos escritores han hecho de aquel y sus formas.

2. Cuando se reflexiona sobre la relación de la ley y la ficción, se lo hace generalmente a partir de los términos derecho y literatura, y además considerando solo a esta última como ficción, a pesar de que el de ficción haya sido (y lo siga siendo) un término central en y para la historia del derecho, y ello más allá de considerar a la ley como tal. Repito: se lo suele hacer, pero en verdad no es mucho lo que se ha publicado *teniendo como eje la noción de ficción*. Una excepción importante, y que por ello mismo se debe celebrar, es *Teoría de las ficciones* de Enrique E. Marí (2002), libro aparecido poco después de su fallecimiento en el que, a partir de algunos ensayos publicados desde los años ochenta y de otros y nuevos desarrollos, entrega



un análisis, quizá el más importante luego de *La filosofía del como sí* de Hans Vaihinger (1911), acerca del estatuto de la ficción tanto en la literatura como en el derecho, pasando por la filosofía y las ciencias.<sup>5</sup> Por el contrario, los trabajos sobre la relación entre literatura y derecho son abundantes, sobre todo en el ámbito anglosajón, que cuenta con figuras de renombre como parte de su herencia, destacando John Wigmore y Benjamin Cardozo.<sup>6</sup> El primero ha llegado a ser considerado el fundador del afamado movimiento “Derecho y Literatura”, gracias a que, se dice, “inventó no tanto un nuevo género como un modo de conexión –las listas de *Legal Novels*– de campos de saber entonces separados: el Derecho y la Literatura”, y que tendrá su primera aparición pública en 1900 en *The Brief*, una revista profesional dedicada a los juristas.<sup>7</sup> El trabajo de Wigmore fue importante porque comenzó a recomendarle a sus colegas y estudiantes la lectura de novelas, en circunstancias en que el puritanismo dominante hacía desconfiar de ellas. Su lista venía clasificada en cuatro categorías, que recordaremos rápidamente: “A) novelas en las que se describe la escena de un juicio, incluyendo a veces un hábil interrogatorio; B) novelas en las que se retratan los rasgos típicos de un abogado o de un juez, o las formas de vida profesional; C) novelas en las que se delinear los métodos legales de persecución y castigo del delito; y D) novelas en las que algún punto de la ley, afectando los derechos o la conducta de los personajes, entra en la trama”. Entre los objetivos que se plantea con sus recomendaciones –que se extenderán en el tiempo, modificándolas o ampliándolas, incluyendo también otros tipos de “géneros”, más allá de la novela–, se encuentran: “informar al jurista de la representación del derecho que se hace el hombre común”; “imponer a la atención del jurista la aplicación de la ley y, consecuentemente, la consciencia de la necesidad de la evolución de la ley”; finalmente, “enrique-

cer el conocimiento del jurista sobre la naturaleza humana". Para eso es que Wigmore recomendará obras como *Tom Jones*, *Billy Budd*, *Hamlet*, el *Libro de Ester*, *Las ilusiones perdidas*, *El rebelde*, *El proceso*, *El mercader de Venecia*, *La muerte de Iván Ilich*, *Antígona*, *Matar a un ruiseñor*, *Almas muertas*, y un largo etcétera. Dado el momento en que Wigmore hizo sus listas, se comprende su interés en que un jurista conociera lo humano y su heterogeneidad a partir de la experiencia vicaria que dona la ficción literaria —aquí considerada, por cierto, como mera representación del derecho y sus formas. Pero lo que sorprende es que se asuma sin mayor problematización, hasta hoy, la supuesta desconexión entre dos "campos de saber entonces separados". No solo porque eso que aún llamamos literatura se debe al mismo derecho, que contribuyó tanto a su emergencia medieval (tal es una de las lecturas en este libro esgrimida), como a su moderna configuración (que no existiría sin, por ejemplo, el "derecho de autor"), sino porque si desde el derecho la relación se ve como un más o menos reciente evento significativo (algo más de un siglo), al revés no lo es porque la "literatura" nunca ha dejado de lado lo que vendrá a llamarse derecho, y ello, como mostrará *Ficciones de la ley*, por varias razones, siendo una de las más relevantes el hecho de que compartan la ficción como modo de estructurarse, si bien con distinto propósito y diferentes efectos.

3. En la escena contemporánea que se preocupa por esta relación, el Movimiento Derecho y Literatura tiene sin duda un lugar destacado, puesto que ha contribuido a ampliar los modos de acercamiento y comprensión, llegándose a catalogar en el medio angloestadounidense como *teoría crítica jurídica*. Entre sus bases se suele reconocer el libro de James Boyd White *The Legal Imagination*, publicado hace casi cincuenta años, en 1973.<sup>8</sup>

Es a partir de este trabajo que se tiende a reconocer el establecimiento de dos líneas fundamentales de desarrollo: la primera, que cuenta con mayor resonancia, es la del derecho *en* la literatura, circunscrita al ámbito de la representación, razón por la cual Shakespeare resulta un autor fundamental, así como también Kafka, el mismo Cervantes, Melville, entre otros. La segunda línea es la del derecho *como* literatura, que busca leer textos legales a partir de estrategias de lectura e interpretación tomadas de la crítica literaria, siendo el ámbito del lenguaje el que cobra mayor relevancia. En este punto el trabajo de Ronald Dworkin sigue siendo uno de los más destacados, aunque también podemos considerar a Stanley Fish e incluso a Pierre Legendre, que desde el psicoanálisis ha hecho importantes lecturas. Recientemente, dos franceses han incorporado una tercera línea. En *Imaginar la ley. El derecho en la literatura*, los magistrados Antoine Garapon y Denis Salas visualizan como un ámbito de trabajo el derecho *de* la literatura, centrado en cuestiones como los derechos de autor, la libertad de prensa, la producción literaria, etc.<sup>9</sup> Su libro, como se desprende del título, no avanza en esta tercera línea, pero la establece junto a las dos delimitadas por White, quien, por cierto, también termina trabajando en su importante libro cuestiones que se limitan al ámbito de la representación. Por último, François Ost, dramaturgo, filósofo y jurista, ha señalado la posibilidad de una cuarta línea, la del derecho *por* la literatura, consistente en la utilización de la literatura por parte de un actor jurídico, a fin de darle mayor resonancia a sus tesis o ideas,<sup>10</sup> pretensión que se acerca bastante a las intenciones de Wigmore, quien, con su saber, además contribuyó y no poco a la figuración de Ephraïm Tutt, personaje popularizado por Arthur Cheney Train. Sorprendentemente, repito una vez más, ninguna de estas líneas se ha interesado por indagar la estructura ficcional del derecho. Ost ha señalado que

hay que preocuparse por su inspiración común, pero ello, francamente, es no afrontar el problema.<sup>11</sup> La inspiración no conduce a la pregunta por las compartidas condiciones de posibilidad del derecho y la literatura. En su tercera edición, el famoso (aunque problemático) libro de Richard Posner, *Law and Literature*, intenta abordar el conjunto de estas líneas, pero tampoco se adentra en cuestiones históricas que permitirían comprender que la relación entre derecho y literatura va más allá del reflejo, que es a lo que se ha tendido a reducirla, centrándose en obras con abogados o jueces, cárceles o juzgados (o todo ello junto). Y cuando Posner recurre a la ficción, es para vincularla a la difamación, esto es, a la invención de falsedades, asumiendo, así, la más problemática de las comprensiones de ficción, y, por tanto, alejándose de ella. De manera que la preocupación por el empleo retórico del lenguaje en textos judiciales resulta uno de los pocos planos, sino el único, donde el análisis se distancia un poco más de los lugares comunes. Y es de resaltar que haya sido Cardozo quien impulsara esta preocupación, recordando, aunque sin nombrarlo, que Stendhal veía en el código napoleónico un ejemplo del estilo perfecto. Gracias a una carta que le envió a Balzac (1840), sabemos que a fin de componer “siempre de manera natural” *La cartuja de Parma*, “todas las mañanas leo dos o tres páginas del Código Civil”. Y un poco más adelante, concluye: “*La Cartuja* está escrita como el Código Civil”.<sup>12</sup> Balzac, sin embargo, no era del mismo parecer, y eso que su comedia humana está llena de letrados. En la misma línea de Cardozo se podría ubicar a Richard H. Weisberg, que en su libro *Poethics* (1992) apuesta por una “jurisprudencia literaria”. A su juicio, “la atracción que la ley siente por la ficción [i.e., literatura] se debe, en parte, al reconocimiento por parte del artista del medio común en el que se desempeñan el abogado y el novelista: la estructura narrativa y lingüística”. Weisberg no menciona en

absoluto la noción de ficción, más que como sinónimo de novela o de literatura. Para él, la propuesta “derecho y literatura” “simplemente busca entender el desproporcionado interés de obras de ficción en temas legales y figuras abogadiles, así como el proceso de investigación y racionamiento legal”.<sup>13</sup> Esta relación, para Weisberg, opera sobre intereses comunes tales como la ética, la retórica, la estructura y la forma, pero sobre este último punto nuestro autor no avanza o no profundiza, más allá de la preocupación por el estilo. No es poco, por cierto; y valoro profundamente su interés por dar cuenta de la importancia de la literatura para hacer del mundo un lugar más justo. Pero cuando se tiene claridad sobre la importancia de “la estructura narrativa y lingüística” con que opera la ley, se esperaría entonces que sus condiciones de posibilidad, que su forma, fueran explicitadas y trabajadas. Cuando Weisberg hace referencia a la sustancia poética (*Poetic Substance*), problema al que le dedica todo un capítulo, no se detiene en el ámbito de la producción, de la materia, sino que se desplaza, y rápidamente, hacia lo que llama el aspecto ético de la ley y para el cual acuña el término *poethics*, permitiendo que la producción se subsuma bajo el orden de la valoración moral: “aquí”, dice, “podemos ver a los textos literarios como una potencial mina de oro de conocimientos acerca de la ley”.<sup>14</sup> De manera que su interés se reduce a “detectar la visión substantiva que la literatura ofrece de la ley” para, así, pareciera concluirse, humanizar el trabajo de la ley. Reitero que encuentro loable la tarea que se propuso, a pesar del humanismo que recorre su libro, pero creo que podría haber profundizado en el ámbito de la producción para de esta manera comprender la radicalidad que atraviesa la ficción literaria, capaz de performar el mundo, sin necesidad de recurrir a otra autoridad que no sea el reconocimiento que sus lectoras y lectores le endilgan.<sup>15</sup>

4. Aventuro entonces que la relevancia de la ficción, en tanto ficción, ha sido lamentablemente desconsiderada por quienes se interesan en la relación del derecho con la literatura. Llama la atención y no poco, que incluso la cuestión de las ficciones legales no tenga la relevancia que le corresponde, así como tampoco un elemento clave en la formación de quienes se dedican al ejercicio del derecho y su diferencia interna: la invención de relatos con fines disciplinares instructivos, como el famoso caso de los exploradores de cavernas, el ensayo en el que, mediante un juicio ficticio, Lon L. Fuller expuso en 1949 las diferencias entre las distintas tendencias del derecho: iuspositivismo, textualismo, moralismo, iusnaturalismo y realismo jurídico. Le han llamado ensayo jurídico, aunque también es una ficción futurista, pues el caso tiene lugar en la ciudad imaginaria de Newgarth y en el año 4300. Por tiempo, solo mencionaré que el segundo ministro que interviene en la apelación al juicio que declaró a los exploradores culpables de asesinato (cometieron canibalismo para sobrevivir) es el iusnaturalista Foster, quien en su presentación recuerda que los sobrevivientes de la hecatombe llamada Gran Espiral lograron dejar atrás las “perplejidades que torturaban” a los antiguos, en clara alusión a Hobbes, Rousseau y Locke, gracias a que se reunieron voluntariamente y firmaron un contrato, este sí que real, que tendría por objetivo trazar la dirección del futuro gobierno.<sup>16</sup> (¡Cómo habrían envidiado Bouvard y Pecuchet un contrato como aquel!). No es casual que Fuller sea el autor de un (también problemático) libro dedicado a las ficciones legales, recogiendo, de varias lenguas, y discutiendo un problema que acompaña al derecho desde su misma emergencia, pero que cobra relevancia a partir de la codificación del derecho romano, dada la importancia que ahí tienen las *factio iuris*, como ha mostrado muy bien el trabajo de Ian Thomas, para quien las

instituciones son “montajes hechos de palabras”. Para Thomas, el derecho, como la poesía, es un arte (*ars*), que tiene por cometido la “puesta en forma de objetos sociales”, gracias a los cuales remodela la realidad.<sup>17</sup> De ahí que Fuller pueda afirmar que “apenas hay un campo del derecho en el que uno no se encuentre continuamente con estos conceptos de la imaginación jurídica”.<sup>18</sup> Pero no se trata solo de conceptos, sino también de figuraciones, y tal como estas aparecen en la literatura. En la senda de la imaginación legal, y a propósito de la cuestión de los daños morales, Dworkin ficciona al talentoso juez Hércules, “un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos”, que en múltiples ocasiones se enfrenta al también ficticio juez Herbert (en clara alusión a Herbert L.A. Hart).<sup>19</sup> Sin embargo, este ejercicio imaginativo no es nuevo, se podría decir que incluso atraviesa gran parte de la historia del derecho, sino a toda. Recordemos que Cicerón escribió un diálogo con el que se proponía justamente imaginar al mejor orador posible (aquel capaz de “ayudar a los suplicantes, levantar a los abatidos, proporcionarles seguridad, liberarlos de los peligros, y mantener a los hombres en concordia”<sup>20</sup>), al punto de hacer que uno de sus personajes señale: “Y en cuanto a lo que, Escévola, dijiste, que no hubieras tolerado –de no encontrarte en mis dominios– el haber dicho yo que el orador debía ser perfecto en todo tipo de conversación, en cualquier ámbito de la cultura, por Hércules que nunca yo hubiera dicho eso si yo mismo pensase que soy el orador ideal que trato de modelar” (*quem nunc fingo*, dice el texto en latín).<sup>21</sup> Por otra parte, de manera explícita, Craso, señala la necesidad de imaginar “causas” similares a “aquellas que se plantean en el foro”, esto es, como aquellas que se dan en la vida real. De manera que no solo se ficcionan *en el derecho* oradores o abogados, también casos, constituyendo esta una práctica central de la formación jurídica y que tiene

que ver, como señaló Legendre, que ha estudiado la función de la "casuística" en la conformación del derecho medieval, "con la aplicación particular de la ley". Se trata, dice, "de una simulación reglada y puramente abstracta" en la que "el jurista procede aquí como gramático; toma ejemplos tipo, [y] los hace variar hasta el infinito".<sup>22</sup> El caso (*kasus*), la casuística, dada su configuración y propósito (la pregunta por la justicia), dará lugar a lo que André Jolles llamó "forma simple", una forma, agrega, "que posee una tendencia a evolucionar en forma artística, en *Novelle*"<sup>23</sup> (género al que haré referencia en el segundo ensayo de este libro), desplazamiento que no hace sino mostrarnos de manera estrecha la condición ficticia de un método central para la formación legal, tanto así que Legendre le llama una "representación simulada de la institución", objeto de una "operación por la cual *ficticiamente* la realidad de todo acto humano se encuentra representada", a fin de contribuir a la formación de los futuros abogados.<sup>24</sup> Esta técnica, que aún se mantiene en las escuelas de derecho, no suele considerarse como lo que es, una ficción, "el argumento inventado de una declamación sin situación histórica específica", como veremos en el ensayo con que se cierra este libro, "Ley, figura de la ficción".

5. Otro punto en el que la ficción se vincula a la ley tiene que ver con la promulgación de leyes. Para Dworkin la interpretación es la que define a la práctica jurídica, y la propia comprensión del derecho mejoraría, señala, si se tiene en cuenta su desempeño en otros campos, sobre todo el literario.<sup>25</sup> Dworkin es un versado lector de crítica literaria, y la pone en práctica a la hora de comprender la lógica que opera tras la *creación de derecho*, problemática que, creo, ha estado al centro de los debates más importantes del siglo XX, y que ha hecho de la ficción



su nudo gordiano, incluso cuando, como en el caso del *kasus*, no se la nombra como tal. Cada vez que haya que “resolver casos particulares [que no están previstos de manera específica] en el marco de reglas generales” (la frase es de Hart,<sup>26</sup> pero en términos similares atraviesa la legislación de cada país que opera mediante el derecho), se tenderá a recurrir a la creación, a veces considerada explícitamente como ficción legal, y dado que los casos particulares pueden ser infinitos, no se la puede encontrar bajo una sola fórmula. Quisiera recordar algunas de sus más llamativas aplicaciones. La primera, bastante extraordinaria, por cierto, surge a propósito del término *vindiciae* (reclamaciones), y de ella tenemos noticias gracias a que Gelio la menciona en las *Noches áticas* (XX 10.7). Cuenta que cuando se ampliaron los límites de Italia, los pretores se encontraban abrumados por no poder desplazarse lejos de Roma, así que, en contra de lo establecido por la ley (las XII Tablas), los litigantes en un juicio que involucraba la propiedad de un terreno, acordaban llegar juntos al tribunal, trayendo cada uno un puñado de tierra, y “sobre ese terrón hacían las reclamaciones, como si se tratara de la finca entera”.<sup>27</sup> Las ficciones legales son soluciones para ciertos vacíos de alguna ley, atajos del pensamiento y, en este caso, también de un camino, aquel que los pretores, por exceso de trabajo, no podían recorrer. Otra famosa aplicación la recuerda Savigny, y tiene que ver con el tratamiento de la “ficción de la muerte” en el derecho romano. También se puede incluir aquí la liberación de un esclavo por obra del lenguaje, esto es, de una concesión imperial, que gracias a ella pasaba a ser considerado “como si hubiera nacido ingenuo”. El derecho civil romano, señaló Thomas, disponía de procedimientos mediante “los cuales los hombres se forjaban dioses (consagración), e hijos (adopción), cambiaban la vida en muerte (muerte civil) y la muerte en vida (restitución),

las personas en cosas (disminución estatutaria) y las cosas en personas (personificación). Otras herramientas servían además para abolir la distancia y el tiempo, para cambiar la ausencia en presencia. En suma, un arsenal inagotable de técnicas para evitar los obstáculos que la realidad ponía a la acción humana en el mundo”.<sup>28</sup> Algunas de estas técnicas, por cierto, fueron “recuperadas” por el nazismo,<sup>29</sup> dentro y fuera de Alemania.<sup>30</sup> Otras, como la personalidad jurídica (*persona ficta*), se perfeccionarían con el tiempo, hasta naturalizarse completamente bajo el orden neoliberal. Este libro no se detendrá en ellas, pero tratándose de la ficción, no podía dejar de mencionarlas. Además, es en torno a las ficciones legales y la creación del derecho donde se puede apreciar uno de los paralelos más sobresalientes entre la crítica literaria y la filosofía del derecho. Otro, por cierto, se da en las definiciones de derecho y de literatura. Estos paralelos se pueden establecer obviamente dada la materia común con la que ambas disciplinas trabajan: el lenguaje, que impide fijar definiciones.

6. Luego de este presuroso recorrido, quisiera enfatizar que *Ficciones de la ley* no surge del interés por determinar los modos en que la literatura representa al derecho, a pesar de que esta se trata de una línea determinante para pensar la justicia poética, problemática que espero abordar en otro momento. Lo que aquí presento pondrá el acento en la noción de ficción y su relación con la ley, así como en los modos en que se han afectado mutuamente en sus formas, razón por la cual no me detengo en las teorías de la ficción, que suelen pasar por alto su historia, privilegiando en su lugar el empleo del lenguaje.<sup>31</sup> Me centro entonces en aquello que, por lo que he revisado, las y los interesandos en el ámbito “derecho y literatura” han pasado por alto: la materialidad de la ficción, de la cual su etimo-

logía no deja dudas. En su presentación a un importante libro sobre algunas teorías de la ficción, Antonio Garrido Domínguez reconoce que “elaborar o dar forma a los productos de la imaginación” es una acepción “que se esconde” tras su etimología,<sup>32</sup> asumiendo así la comprensión de ficción elaborada por Wolfgang Iser, pero al acentuarse la noción de producción como resultado de la imaginación, se la desmaterializa. No quiero decir que no tenga nada que ver, al contrario, pero tal afirmación, como otras similares, está refiriendo *de manera exclusiva* una actividad del pensamiento, mientras que la ficción, como veremos, no puede pensarse alejada del cuerpo, ni siquiera de los dedos de quien la transforma en texto. De paso, al señalar que se trata de algo que “se esconde”, reinstala una noción metafísica de verdad, la verdad como desocultamiento, *Alétheia*, en cuyo nombre Platón proscribió a los poetas de la *polis*, instalando así un criterio de valorización que se ha extendido hasta nuestros días.

7. *Ficciones de la ley* le dará un rol importante al trabajo etimológico, en particular al término ficción, sobre todo porque es uno de esos términos que hoy refieren prácticamente lo contrario a lo que alguna vez significó. En parte, se propone criticar lo que desde hace un tiempo se entiende por ficción –en particular el modo en que la definen los diccionarios más comunes, ya sea el de la RAE o el de uso de María Moliner–, a fin de desestabilizar el lugar marginal y estereotipado en el que se tiene a la literatura (incluso dentro de los propios estudios literarios). De manera más sencilla, pretendo con ficción lo que Benveniste hizo con ritmo: reestablecer su potencia. Si ritmo significa hoy “orden acompasado”, sorprende saber que alguna vez fue todo, menos orden, del mismo modo que también sorprende saber que lleva siglos asumiendo lo que no

le corresponde, pues fue Platón quien anuló su fuerza. Como mostró Benveniste, ritmo (*ῥυθμός*, *rythmós*) “no significó jamás ‘ritmo’”, y tampoco se aplicó al movimiento regular de las olas, como por siglos se ha creído. Ritmo quería decir ante todo forma, de manea que su “significado constante” era (es) “forma distintiva; figura proporcionada; disposición”, lo que hacía del él una forma “improvisada, momentánea, modificable”. Para Benveniste, entonces, es dable “comprender que *ῥυθμός*, significando literalmente ‘manera particular de fluir’, era el término más apropiado para describir ‘disposiciones’ o ‘configuraciones’ sin fijeza ni necesidad natural y resultando de un arreglo que siempre está sujeto a cambios”.<sup>33</sup> Veremos que no es muy distinto lo que sucederá con ficción, que ha tenido desplazamientos impensados, por lo que espero que en estas páginas su fuerza pueda ser reestablecida. Por cierto, Benveniste también muestra que ritmo se vincula con figuración, forma (*schíma*) y giro (*tropo*), así como también con *dar forma*. A su vez, todos estos términos se relacionan, de distintas maneras, con coro (*chorós*), término cercano a soporte o superficie (*khôra*), como ha mostrado muy bien Jacques Derrida en distintas partes.<sup>34</sup> Y la ficción también se vincula a todos ellos, lo que da cuenta de que la etimología nunca será completa, y que tejer su red es una tarea interminable. En este libro se encontrarán algunos hilos, que no por pocos y sueltos dejan de ser relevantes para una historia por venir de la ficción.

8. Fue investigando sobre el origen de la universidad medieval que las ficciones de la ley comenzaron a llamarme la atención, en particular leyendo *Los dos cuerpos del rey*, de Ernst Kantorowicz, donde la *universitas* se constituye como *persona ficta*. Que *persona* es un término que proviene del teatro es algo bastante conocido. Por el contrario, ver la noción de ficción

vinculada al derecho me sorprendió, tal como lo hizo luego su vínculo con la economía, donde nos encontramos con el capital ficticio. Reparé entonces, por un lado, en que la ficción no es un término que se circunscriba a lo literario; por otro, que resulta extraño el hecho de que para la crítica y la teoría literarias no sea un término tan relevante, al punto de que no es fácil hallar una investigación detenida y rigurosa que dé cuenta de su historia y de su estatuto. Términos como ficción moderna, semántica de la ficción, ficción latinoamericana, ciencia ficción, ficciones de la animalidad, escritura de ficciones, entre tantos otros, operan prácticamente como sinónimos de literatura, término este que, sin embargo, conocemos relativamente bien.<sup>35</sup> Esta situación de ninguna manera es exclusiva de nuestra lengua. En inglés, *fiction* corresponde a lo que en español llamamos novela, cuestión que se complica aún más al reparar en que Samuel Johnson definió, en su ya clásico diccionario, *ficticio* como "falsedad" y, en su segunda acepción, "no real" y "no verdadero". Pero, ¿y ficción? El importante libro *La filosofía del como sí*, de Hans Vaihinger, tampoco entrega lo que uno esperaría, puesto que apenas refiere cuestiones generales de su etimología y se contenta con definirla como "lo conscientemente falso". Borges, que lo menciona en "Tlön, Uqbar, Orbis Tertius", le da una inflexión, haciendo del *como sí* un dispositivo performativo. Pero más allá de Borges, en general se suele considerar sin mayores aprensiones el trabajo de Vaihinger. Lejos de mí está el denostarlo, su erudición es envidiable, tan solo quiero señalar que para *Ficciones de la ley* no representó una referencia insoslayable, como se podría pensar. Con todo, sí hay un libro dedicado al problema de la ficción que aquí ha resultado fundamental, pero no precisamente por el modo con que la historiza, sino porque en él encontré por primera vez el término con el que los griegos se referían a la ficción, y que

me ha posibilitado pensarla materialmente: *plasma*. De hecho, el verbo plasmar continúa muy vigente, así como las nociones de plasticidad y plástico, puesto que comparten la raíz. En *História. Ficção. Literatura*, Luiz Costa Lima lo menciona, pero no repara en él, menos en sus implicancias, que son las que a mí me interesaron, pues *plasma* nos reenvía a lo material y corporal, haciendo así de la ficción algo real que se sustrae del ámbito de lo falso, que es con lo que frecuentemente se la vincula. De todas maneras, su libro entrega algunas referencias importantes, sobre todo para el término *fictio*. Costa Lima es en ello deudor de un trabajo que podría ser una excepción, el de Karlheinz Stierle titulado "Fiktion", donde se repasa su historia latina, hasta llegar a George Perec y *La vida. Instrucción de uso*.<sup>36</sup> Stierle también menciona la noción de plasma, señalando que con ella la Antigüedad tardía y bizantina referían novela, pero hasta ahí llega. A su vez, Stierle se encuentra en deuda con Käte Hamburger, y su importante libro *La lógica de la literatura*, clave para comprender la noción de *mimesis*. Aunque sobre la ficción, no va más allá de recordar la distinción entre *fictio* y *fungere*, que, por cierto, en alemán significa dedo, algo que tanto Stierle como Hamburger pasan por alto. De todas maneras, resalto el modo en que Hamburger se distancia tejanamente de Vaihinger, pues a su juicio, este "naufregó en el intento de definición de la ficción estética, por no recoger en el concepto de ficción la diferencia entre fingido y ficticio, es decir, por haber entendido la ficción exclusivamente como estructura del tipo 'como si'".<sup>37</sup> Para Vaihinger, en ningún otro lugar las ficciones son tan conocidas como en la jurisprudencia. Solo que él (así como también algunos juristas) la reduce a lo conscientemente falso. Bajo determinado escenario, considerar, por ejemplo, a un extranjero "como si" fuera un connacional sería un caso en el que se amplía ficticiamente el concepto de una ley.

Jamás se pasa por alto que se trata de un extranjero, todas y todos los implicados lo saben, pero se lo considera como tal a efectos de la circunstancia legal en la que se encuentra. La "base del método", dice Vaihinger, es la siguiente: "una vez que las leyes no pueden encuadrar todos los casos singulares en sus fórmulas, se contemplan algunos casos especiales de naturaleza no común como si estos pertenecieran a aquellas... se considera lo no acontecido *como si* hubiese acontecido".<sup>38</sup> De ahí que la ficción aquí tenga una función bastante magra, en vista de lo que en este libro revisaremos, pues "una aserción no verdadera", como señala Alf Ross, a la que se recurre para ampliar analógicamente las leyes, implica que la ficción se reduce a una proposición que se formula, pero no se afirma,<sup>39</sup> obliterando así su performatividad, que es donde radica su fuerza, y que es lo que entrevió Borges en su famoso relato, leyendo a Vaihinger a contrapelo.

9. Pero volvamos a Costa Lima, que tiene otro libro importante o tres más bien que ahora se encuentran reunidos bajo el título *Trilogia do controle*, libro que reúne su conocida obra *O controle do imaginário*, junto a *Sociedade e discurso ficcional* y *O fãgidor e o censor*. En ellos, la ficción aparece como sinónimo de imaginario, cuestión que me interesa de sobremanera, pero no los considero términos equivalentes, como ya mencioné, sino inextricablemente vinculados: la ficción permite lo imaginario y la imaginación. Sí concuerdo con que se la ha tratado de controlar, aunque si Costa Lima hubiera considerado la relación de la imaginación con el derecho y la ley como ficción, su libro habría adquirido una fuerza que no tiene, a pesar de tratarse de un trabajo importante para la teoría literaria. *Plasma* y ley es entonces lo que Costa Lima pasa por alto, términos que aquí se ponen en movimiento. En su introducción a la *Trilogia*, Costa

Lima cuenta que la primera versión de *O controle do imaginário* fue escrito en Brasil, “un país carente de bibliotecas”. La dictadura lo obligará al exilio, por lo que *Sociedade e discurso ficcional* y *O fingidor e o censor* serán escrito en Estados Unidos, y fundamentalmente gracias a la Biblioteca Central de la Universidad de Minnesota, a donde llegó a enseñar cuando tuvo que dejar su país. Si la dificultad que presentó la escritura del primer libro, como dijo, fue la falta de materiales bibliográficos, el de los otros fue su exceso, por lo que “el problema era ahora lo que debía privilegiar”.<sup>40</sup> Efectivamente las bibliotecas de las universidades de Estados Unidos o de Europa resultan impresionantes para alguien formado con apuntes y fotocopias y bibliotecas con estanterías cerradas. Pero, escribiendo desde una provincia de un país periférico como Chile, y ya entrados en la tercera década del siglo XXI, los problemas de Costa Lima no son los míos. La digitalización de un número importante (quizá incluso difícil de *imaginar*) de libros, algunos de hace varios siglos, junto a la proliferación de cientos de revistas especializadas publicadas a lo largo de las últimas décadas y a las que se puede acceder gracias a internet, dejan de lado las carencias bibliográficas, al tiempo que limitan los excesos. La biblioteca digital Internet Archive, Google Libros, Scribd y Libgen son hoy por hoy recursos indispensables y *a mano* para quien se adentre en etimologías y viejos, aunque también nuevos, libros, mientras Sci-Hub se encarga de las revistas contemporáneas. Cuando ello no resulta, alguna amiga o amigo que estudie o trabaje en universidades de la Ivy League, o cercana a estas, contribuirá a la investigación. Desde hace varios años Johan Gotera ha sido un paciente compañero de pdfs y de librerías, ya sea en Caracas, Nueva York, Boston o Chicago. María José Bruña, desde Madrid y Salamanca, también me ha ayudado a conseguir bibliografía imprescindible para este libro,



enviándomela amablemente a Chile. Pero como no todo se puede encontrar de manera digital, agregaría que contar con fondos de investigación que permitan comprar libros que se encuentran en librerías de Italia, Brasil o Estados Unidos, contribuyó a mejorar enormemente las condiciones del trabajo de investigación y lectura que dieron lugar a este libro. Aún más porque no puedo leer sin lápiz en mano, lo que cohíbe mi acercamiento a las bibliotecas. La lectora o el lector verá, en consecuencia, que *Ficciones de la ley* se debe también a la pasión por la lectura (y a los libros) y a mi compromiso por defenderla, tarea que nunca se hace en soledad.

10. El desafío que me animó entonces fue el de tratar de comprender la noción de ficción y sus implicancias, puesto que, si opera tanto en el derecho como en la economía, sin la tara de que se la entienda como “cosa fingida”, esto es, algo “simulado, insincero o falso”, entonces estamos ante un desafío enorme, pues las diversas crisis que atravesamos actualmente se deben, en gran parte, a la irresponsabilidad del derecho y la economía. “Es un contrasentido opuesto a la cultura, el entregar a un solo hombre un pedazo de nuestro planeta, de la misma manera que un paraguas o un billete de banco”, señalaba hace más de cien años Otto Von Gierke, a propósito del derecho privado, que tiene como antecedente la *persona ficta*; ese derecho le puede asegurar a una sola persona la libre y total dominación sobre “bienes” que no solo a los humanos sirven.<sup>41</sup> En Chile, el caso del agua es emblemático, al punto de que su privatización, en palabras de Rodrigo Mundaca, ha permitido que haya propietarios de territorios sin agua y propietarios de agua sin territorios.<sup>42</sup> De manera que es el derecho el que permite, por ejemplo, especular con el suelo y los minerales, con los ríos y los bosques, y no se suele decir formalmente que dicha especulación sea simulada, insincera o

falsa. Para reconocer la relevancia del lenguaje en el derecho y la formulación de las leyes, baste recordar el artículo 19 del Código Civil de Chile, que dice, a propósito de la interpretación: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Términos como literal o espíritu son suficientes para que un crítico literario levante las dos cejas al mismo tiempo, y la desconfianza no hace sino aumentar cuando pasamos al artículo 20, que indica que hay términos que el derecho emplea de manera común y corriente, pero que, bajo ciertas circunstancias, sus significados pueden adquirir una forma legal, por el simple hecho de que quien detente el poder (performativo) para ello lo ejerza: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal". Pero ¿qué se puede entender por sentido "natural y obvio", y por "significado legal" en lo referente, por ejemplo, a una materia como el "agua"? Por supuesto, uso estratégicamente aquí la palabra materia, un término al que la física o la química también pueden ayudar a complejizar. El derecho, entonces, hace de la ley un juego del lenguaje, una ficción *avant la lettre*. ¿Por qué entonces la denigración de la literatura? Me atrevo a señalar que es por su condición estructural, una condición que comparte precisamente con el derecho y la economía, razón por la que, desde el derecho, se la ha denostado, tratándosela como mera entretención, o, en caso de resultar disruptiva, acusándosela de atentar contra la civilidad. *Ficciones de la ley*, el primer volumen de una trilogía, busca entonces relevar el lugar de la ficción en el ámbito jurídico. Continuará otro que se preocupará de su elaboración en la economía, que ficciona futuros sobre nuestras deudas. Y espero concluir con la ficción literaria y

su relevancia para la democracia por venir. Por el problema asumido, este libro está demasiado apegado a la historia y la literatura europeas. El derecho nace en Roma, y la literatura (o por lo menos la noción de literatura que usamos) en la Europa moderna. Pero la ficción no tiene propiedad sobre territorio alguno, y si se la entiende como el trabajo de darle forma a una materia, esta trilogía deberá ser continuada con otra que muestre cómo los pueblos no europeos le pueden dar forma al mundo teniendo como eje la responsabilidad por lo viviente, más allá de lo humano. Brasil, México, Malí y Australia, por poner unos ejemplos, debieran así desplazar a los países que han moldeado el mundo bajo la lógica del capital, articulado al derecho. Pero esa es otra historia, una historia sobre la que lentamente comienzo a trabajar.

11. Los cuatro ensayos aquí reunidos se deben a lecturas y cursos ofrecidos en la universidad donde trabajo, lecturas y cursos que responden a una pasión por la lectura, que se alimenta de la amistad. Comienzo entonces agradeciendo la relevancia que intelectuales como Martha Nussbaum, James Boyd White y otros del Movimiento Derecho y Literatura le dan a la literatura. Si bien sus trabajos no han sido, por ahora, destacados en los primeros ensayos que dedico a esta problemática, es en ellos, más que en críticos y teóricos del campo, donde la literatura aparece como un medio indispensable no solo para la democracia, sino también para una ética que le haga frente al mundo en crisis que habitamos. En palabras de White, la literatura puede contribuir a otro modo de imaginar y *de vivir*, y en ello no puedo estar más de acuerdo. Si bien en sus nombres se reconoce una mirada liberal de la literatura (y del derecho), sería un error pasar por alto el importante rol que le asignan a la imaginación para nuestro aciago tiempo. Por otra parte, la

importancia de un pequeño texto de Peter Goodrich en el que da cuenta de la histórica rivalidad entre el derecho y el teatro, recordando de qué manera los oradores y luego los abogados se entrenaban con los actores, con quienes compartían algo más que el ejercicio de la representación, sí ha resultado de enorme relevancia, pues ha operado como aliciente para indagar sobre la actuación del derecho. En otro orden, agradezco la amistad de Julio Ramos, sin cuyos trabajos dedicados a la justicia y la letra difícilmente me hubiera embarcado en la exploración de la relación de la ficción con la ley. Por ello este libro le está dedicado. La preocupación más profunda por el teatro en el derecho es responsabilidad de Alejandra Sáez, que escribió una tesis de maestría que tuve el honor de dirigir, trabajo que es un claro antecedente de algunas de las ideas aquí pergeñadas. Finalmente, las investigaciones de Bernardita Eltit sobre los juicios de la Quintrala me ayudaron a continuar las lecturas, al tiempo que conocí otras, permitiéndome pensar los modos en que la ficción literaria nos dona una justicia que no pocas veces la ley nos arrebatara.

12. Este libro no pretende, de ninguna manera, agotar un asunto del que tan solo quiere llamar la atención. De manera que los ensayos aquí reunidos no constituyen la conclusión de un trabajo, sino su punto de inicio. Son las primeras exploraciones, aún provisionarias, pero no por ello, espero, menos importantes, de un *work in progress* que corre paralelo a la escritura de la nueva constitución de Chile, un escenario, por tanto, que incita la lectura de la historia y la filosofía del derecho, además de provocar la revisión del marco jurídico heredado de la dictadura. No se trata de denostar el trabajo del derecho, sino de comprender sus condiciones de posibilidad y lo que estas comparten con la materia literaria. Dos de los cuatro textos que

conformar *Ficciones de la ley*, fueron publicados con anterioridad: "De cabras, teoremas y leyes. Ficciones a la deriva" fue primeramente presentado en el coloquio "La memoria en la encrucijada del presente. El problema de la justicia / Memory at the Crossroads of the Political Present: The Question of Justice", Buenos Aires, abril de 2019. Este encuentro fue organizado por el International Consortium of Critical Theory Programs, y debo mi participación en él a Nelly Richard y a Leonor Arfuch, cuya muerte nos sorprendió no hace mucho y que lamento profundamente. Un año más tarde, fue publicado en español e inglés en *Critical Times*, gracias a la traducción de Ramsey McGlazer y al trabajo de todo el equipo tras la revista. Fue el interés por configurar una universidad sin condición, anclada hoy bajo la lógica del capital humano, el que azarosamente me llevó a leer de manera conjunta *Robinson Crusoe*, la historia de Alexander Selkirk y el embeleco neoliberal que insiste en que los pobres son flojos porque no trabajan, soportado, en parte, en los teoremas de Garrett Hardin, que leí por recomendación de Jacques Lezra, a quien le agradezco por ello. Sorprende en esta historia, por cierto, que la ficción (Robinson) haya desplazado a la realidad (Selkirk), como también el modo en que los lobos marinos (*seagods*) se transforman por obra del lenguaje en listos perros (*dogs*) que logran vivir a costa de las cabras más débiles. "Del derecho a la literatura: Boccaccio y la (re)codificación de la novela" apareció el primer semestre de 2021 en *Acta poética*, gracias a la invitación cursada por Esther Cohen y al trabajo editorial de Elsa R. Brondo. La aparición de la Covid-19 me llevó a leer o a releer textos sobre pestes y pandemias, por lo que el *Decamerón* apareció fácilmente. Pero la idea de este ensayo se dio gracias a una feliz coincidencia, dado que para un curso que daba en el Magíster de Estudios Culturales y Literarios de la PUCV, titu-

lado *Formas de la ficción*, paralelamente me encontraba relejendo *Ius. la invención del derecho en occidente*, de Aldo Schiavone, magníficamente traducido por Germán Prósperi, cuya generosidad intelectual bajo pandemia aprovecho aquí de agradecer. Pensar entonces la forma de la novela junto a la forma del derecho es algo que le debo también a la pandemia que aún atravesamos. Con otro título, "Las máscaras de la ley" fue leído en el coloquio "Justicia poética. Derecho, cárcel y ficción", organizado en octubre de 2021 por Bernardita Eltit y que contó también con la participación de Julio Ramos y Alejandra Sáez. Este ensayo no solo interroga el modo en que el derecho atacó frontalmente al teatro en la antigua Roma, también ofrece un intento de leer a Kafka con Hans Kelsen. "Ficción, figura de la ley", el último ensayo en escribirse, reúne viejas y nuevas lecturas, que, en conjunto, aventuran proponer posibilidades para pensar hoy al derecho y la literatura, a partir de la noción de ficción (*plasma*). El resultado de estos cuatro ensayos es un libro que pasa del ejercicio del derecho antes de Justiniano, se prolonga hasta el *Corpus Iuris Civilis* tras su relectura en la Italia del siglo XIII y XIV, avanza hacia la Inglaterra del XVII, releída en el XIX a partir de la creación de las *Poor Laws* por parte de Joseph Townsend, para volver de vuelta a los romanos y de ahí a los griegos. El resultado, repito, no es, por cierto, ni lo pretende, un cuadro, sino tan solo unas pinceladas dentro de una obra que aún está por realizarse. De distintas maneras, con sus conversaciones, revisiones y/o aportes bibliográficos, además de su amistad, Mary Luz Estupiñán, Evando Nascimento, Johan Gotera, Clara Parra, Hugo Herrera Pardo, María Stegmaier, Horst Nitschack, Miguel Valderrama, Nicolás López y Daniel López han resultado fundamentales para este libro. Finalmente, también agradezco al Fondo Nacional de Desarrollo Científico

y Tecnológico, por otorgarme el financiamiento (proyecto N° 1190711) para desarrollar esta investigación, que forma parte de un interés por ahondar en las condiciones de posibilidad de la ficción en el siglo XXI, y entregarla ahora a su lectura. A todas y todos, nuevamente, mi más sincero agradecimiento.

Viña del Mar, junio de 2022

## PRESENTACION: MAS ALLA DE “DERECHO Y LITERATURA”

1. Judith Butler, *El grito de Antígona*, trad. Esther Oliver, Barcelona, El Roure, 2001, pp. 27, 26.
2. Judith Butler, “¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault”, *Transform, Producción cultural y prácticas instituyentes. Líneas de ruptura en la crítica institucional*, trad. Marcelo Expósito, Madrid, Traficantes de Sueños, 2008, pp. 141-167.
3. William Shakespeare, “Enrique V”, *Dramas históricos*, trad. Elvio E. Galdolfo, Buenos Aires, Debolsillo, 2014, p. 858.
4. Heinrich von Kleist, “Michael Kohlhaas”, *Relatos completos*, trad. Roberto Bravo, Barcelona, Acantilado, 2011, p. 56.
5. Enrique E. Marí, *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.
6. Benjamin N. Cardozo, *Law and Literature*, Nueva York, Harcourt, Brace & Co, 1931.
7. Anne Simonin, “Make the Unorthodox Orthodox: John Henry Wigmore y el nacimiento del interés del derecho”, Antoine Garapon y Denis Salas, eds., *Imaginar la ley. El derecho en la literatura*, Buenos Aires, JUS-BAIRES, 2015, p. 49.
8. James Boyd White, *The Legal Imagination*, Chicago, University of Chicago Press, 1973. El trabajo de White es continuado en *Acts of Hope: Creating Authority in Literature, Law and Politics*, Chicago, Chicago University Press, 1994.
9. Antoine Garapon y Denis Salas, *Imaginar la ley. El derecho en la literatura*, trad. Ariel Dilon, Buenos Aires, Jusbaire, 2015.
10. François Ost, “Las cuatro corrientes que estructuran el ámbito derecho y literatura”, Oscar Enrique Torres, coord., *Derecho & literatura. El derecho en la literatura*, trad. Oscar Enrique Torres, Ciudad de México, Libitum, 2017, pp. 21-52.
11. Hay un libro relevante editado por Ost, junto a Laurent Van Eynde, Philippe Gérard y Michel Van de Kerchove (*Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001), donde se encuentra un excelente trabajo que no se dedica al ámbito de la mera representación del derecho. Su autor es Francesco Gregorio, que escribe sobre Platón y el lenguaje jurídico empleado en la ficción de la apología de Sócrates. Agradezco a Nicolás López la recomendación de este libro.
12. Stendhal, *Correspondance*, tomo 3, París, Gallimard, 1934, p. 399,
13. Richard H. Weisberg, *Poethics, and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992, p. x.



14. Weisberg, *Poethics*, p. 34.

15. La noción de autoridad que aquí empleo está en deuda con Hannah Arendt: "¿Qué es la autoridad?", *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, trad. Ana Poljak, Barcelona, Península, 1996 [1958], pp. 101-153.

16. Lon L. Fuller, *El caso de los exploradores de cavernas*, Santiago, Olejnik, 2018, p. 32.

17. Ian Thomas, *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, trad. Silvia de Billerbeck, Buenos Aires, UBA, 1999.

18. Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967.

19. Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008 [1986], p. 173. Hay otros vínculos interesantes para un libro como este, así como también nuevas teorías en el derecho. Pienso, por ejemplo, en aquella que lo considera un artefacto, una producción que resulta del lenguaje performativo, razón por la cual John L. Austin es para esta corriente una figura importante. Aunque también lo fue, por cierto, para Hart, dado que Austin influyó notablemente en la elaboración de su obra más importante, *El concepto de derecho*, donde el análisis del lenguaje ordinario austineano tiene un rol determinante. De todas maneras, espero que los ensayos aquí reunidos abran nuevas lecturas para tratar la relación entre ficción y ley, que es y no es la misma relación que se da entre derecho y literatura.

20. Cicerón, *Sobre el orador*, trad. José Javier Iso, Madrid, Gredos, 2002, p. 99.

21. *Ibid.* p. 117.

22. Pierre Legendre, *El amor del censor*, trad. Marta Giacomino, Barcelona, Anagrama, 1979 [1974], p. 114. Legendre entrega un ejemplo, ficcionado en el siglo XIII, que vale la pena citar: "Supongamos que un sacerdote casado, que tiene el derecho de unirse con su mujer, esté dando misa en el altar; en pleno oficio la esposa le demanda su deber marital, aquí y ahora. ¿Se la debe escuchar? Ciertamente no, pues en un caso semejante se debe esperar el fin de la misa y buscar otro lugar que sea propicio. Pero si esto no es posible, si por ejemplo no se puede salir de la iglesia o si hay peligro de muerte por los sarracenos, o por otros, en mi opinión pueden emparejarse en el lugar sagrado. He aquí mi criterio; se puede cumplir con el deber marital solamente allí donde se debe, en el lugar hecho para esto, salvo si hay peligro de fornicación inmediata", p. 115. Es llamativo el *kasus* que aquí se desea ficcionar para discutir sobre los deberes maritales, pero comprensible, si se ha de pensar que la ley no puede responder a casos particulares, sino probables.

23. André Jolles, *Las formas simples*, trad. Rosemarie Kempf Titze, Santiago, Universitaria, 1972, p. 175.

24. Legendre, *El amor del censor*, p. 117.

25. Ronald Dworkin, "Cómo el derecho se parece a la literatura", César Rodríguez, ed., *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, El siglo del hombre, 1997, pp. 143-180.

26. Hart, "El positivismo y la separación del derecho y la moral", Herbert L.A. Hart y Lon L. Fuller, *El debate Hart-Fuller*, trad. Jorge González Jácome, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 47.

27. Aulo Gelio, *Noches áticas*, II, trad. Manuel-Antonio Marcos Casquero y Avelino Domínguez García, León, Universidad de León, 2006, p. 268. Encontré esta referencia en una nota añadida por José Javier Iso a Cicerón, *Sobre el orador*, p. 105.

28. Thomas, *Los artificios de las instituciones*, p. 38.

29. Me refiero a la llamada *Noche de los cuchillos largos*, la purga promovida por Hitler en la que fueron asesinados entre el 30 de junio y el 1 de julio de 1934 alrededor de 85 personas, incluyendo a Ernst Röhm, cofundador y comandante en jefe de las unidades de asalto (SA), crimen que le permite consolidar su poder. Una vez concluida la purga, Hitler logró que su gabinete emitiera un conjunto de leyes que justificaran, a posteriori, la matanza. Una de estas leyes, señaló el historiador conservador Joachim Fest, "contenía el siguiente artículo: 'Las medidas llevadas a cabo los días 30 de junio y 1 y 2 de julio para sofocar los ataques de alta traición y a lesa patria, son legales como defensa propia del Estado'", *Hitler. Una biografía*, trad. Guillermo Raebel Guma, Barcelona, Planeta, 2005, p. 235. Así, los ministros de Hitler le otorgaban legalidad retroactiva a un crimen que marcará los debates sobre el derecho nazi.

30. Ver Alessandro Portelli, *La orden ya fue ejecutada: Roma, las fosas Ardeatinas, la memoria*, trad. Roberto Raschella, Buenos Aires, FCE, 2004 [1999].

31. Al respecto, ver Antonio Garrido Domínguez, comp., *Teoría de la ficción literaria*, Madrid, Arcos, 1997. Un libro que podemos considerar antecedente de este es: Dieter Henrich y Wolfgang Iser, eds., *Poetik und Hermeneutik X: Funktionen des Fiktiven*, München, Wilhelm Fink, 1983. Cuenta con textos de Hans Ulrich Gumbrecht, Wolfgang Iser, Richard Rorty, Max Imdahl, Hans Robert Jauss, Arthur C. Danto, Rainer Warning, entre otros.

32. Antonio Garrido Domínguez, "Teorías de la ficción literaria: los paradigmas", Antonio Garrido Domínguez, comp., *Teoría de la ficción literaria*, p. 11.

33. Émile Benveniste, "La notion de 'rythme' dans son expression linguistique", *Problèmes de linguistique générale*, vol. 1, Paris, Gallimard pp. 327-335, citas en pp. 332, 335. Este texto, lamentablemente,

fue descartado de la traducción al español de Siglo XXI. Agradezco a Hugo Herrera Pardo por habérmelo recomendado. Hugo lo encontró referido en un libro de Henri Meschonnic, *La poética como crítica del sentido*. Aquí Meschonnic elabora toda una teoría del ritmo, que vale la pena revisar.

34. En particular, ver Jacques Derrida y Peter Eisenman, *Choral L Works*, Nueva York, The Monacelli Press, 1997. Una parte de este libro se encuentra traducido: *Khôra*, trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Amorrortu, 2011.

35. Al respecto, ver Robert Escarpit, "La definición del término 'literatura'", Robert Escarpit, ed., *Hacia una sociología del hecho literario*, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1974, pp. 257-272. También Jacques Rancière, *La palabra muda. Ensayo sobre las contradicciones de la literatura*, trad. Cecilia González, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2009 [1998].

36. Karlheinz Stierle, "Fiktion", Karlheinz Barck, Martin Fontius, Friedrich Wolfzettel y Burkhard Steinwachs, eds., *Ästhetische Grundbegriffe. Historisches Wörterbuch in sieben Bänden*, vol. 2, Stuttgart/Weimar, 2001, pp. 380-428. Este texto fue traducido al portugués por Costa Lima: Karlheinz Stierle, *Ficção*, Río de Janeiro, Caetes, 2006. Al final del texto, Costa Lima agrega una nota señalando que su interés en traducirlo se debió a que el ensayo de Stierle es una de las "fuentes principales para la escritura de la segunda parte del libro *História. Ficção. Literatura*".

37. Käte Hamburger, *La lógica de la literatura*, trad. José Luis Arántegui, Madrid, Visor, 1995 [1955, 1977], p. 49.

38. Hans Vaihinger, *A filosofía do como se*, trad. Johannes Kretschmer, Chapecó, Argos, 2011, pp. 177, 179.

39. Alf Ross, "Ficciones jurídicas", Daniel Mendoça y Ulises Schmill, comps., *Ficciones jurídicas*, trad. Jean Hennequin, Ciudad de México, Fontamara, 2006, p. 122.

40. Luiz Costa Lima, *Trilogia do controle*, Rio de Janeiro, Topbooks, 2007 (3ª edición), p. 19.

41. Otto Von Gierke, *La función social del derecho privado y otros estudios*, trad. José M. Navarro de Palencia, Madrid, Comares, 2015, p. 19.

42. Rodrigo Mundaca, *La privatización de las aguas en Chile. Causas y resistencias*, Valparaíso, América en Movimiento, 2020 (3ª edición).