

¿PUEDE EL DERECHO HACER LUGAR AL TRAUMA? VERDAD JURÍDICA Y VERDAD SUBJETIVA^{1; 2}

CAN LAW GIVE WAY TO TRAUMA? LEGAL TRUTH AND SUBJECTIVE TRUTH

PODE O DIREITO DAR LUGAR AO TRAUMA?

VERDADE JURÍDICA E VERDADE SUBJETIVA

Mariana Wikinski³

Resumen: Este artículo discute los conceptos de Verdad Jurídica y Verdad Subjetiva en su relación con el testimonio del trauma ante la Justicia. La práctica jurídica se rige predominantemente por el Derecho positivo, que se asienta sobre los pilares de la supuesta objetividad y la supuesta neutralidad de los operadores jurídicos. Esta posición epistemológica supone una determinada noción de Verdad que ignora el carácter político e histórico de su definición y, al mismo tiempo, ignora la noción de Verdad Subjetiva como verdad del sujeto. Esta confrontación epistemológica adquiere características cruciales cuando se trata de dar lugar al testimonio del testigo que sufrió el trauma, y sobre el cual debe brindar aclaraciones en juicio.

Palabras clave: Testimonio. Trauma. Verdad. Derecho. Subjetividad.

Abstract: This article discusses the concepts of Legal Truth and Subjective Truth in their relationship with the testimony of trauma before Justice. Legal practice is predominantly governed by positive law, which is based on the pillars of the supposed objectivity and supposed neutrality of legal operators. This epistemological position supposes a certain notion of Truth that ignores the political and historical character of its definition, and, at the same time, ignores the notion of Subjective Truth as the subject's truth. This epistemological confrontation takes on crucial characteristics when it comes to giving way to the testimony of the witness who suffered the trauma, and about which he must provide clarifications in court.

Keywords: Testimony. Trauma. Truth. Law. Subjectivity.

¹ Publicado en el libro "Trabajos de subjetivación en torno a la última dictadura militar". (comp. Julieta Calmels y Luis Sanfelippo). Ed Teseo. Bs.As, 2019.

² Artículo originalmente publicado em 2020, na edição 16 da SIG Revista de Psicanálise.

³ Psicoanalista. Autora del libro "El trabajo del testigo. Testimonio y experiencia traumática" (Ed. La Cebra, Bs.As., 2016) traducido al portugués como "O trabalho da testemunha. Testemunho e experiência traumática" (Ed. Annablume, 2019). Co. Compilaora del libro "Clínica Psicoanalítica ante las catástrofes sociales", Ed. Paidós, Bs.As. Ex presidenta y actual miembro de la Asociación Colegio de Psicoanalistas. Miembro del Equipo de Salud Mental del CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales (organismo de DDHH). E-mail: mwikinski@gmail.com.

Resumo: Discute-se, neste artigo, os conceitos de Verdade Jurídica e Verdade Subjetiva em sua relação com o testemunho do trauma frente à Justiça. A prática jurídica é regida predominantemente pelo Direito positivo, que é sustentado nos pilares da suposta objetividade e da suposta neutralidade dos operadores jurídicos. Essa posição epistemológica supõe uma determinada noção de Verdade que desconhece o caráter político e histórico de sua definição, e, ao mesmo tempo, desconhece a noção de Verdade Subjetiva enquanto verdade do sujeito. Esse confronto epistemológico adquire características cruciais quando se trata de dar lugar ao testemunho da testemunha que sofreu o trauma, e acerca do qual deve prestar esclarecimentos no tribunal.

Palavras-chave: Testemunho. Trauma. Verdade. Direito. Subjetividade.

Lo que necesita ser oído en la corte es precisamente lo que no puede ser articulado en el lenguaje jurídico.
(S. Felman, O Inconsciente Jurídico)

El reclamo de Justicia que sostuvo una porción mayoritaria de la sociedad en la Argentina postdictatorial, produjo desde 1985 un fenómeno infrecuente en otras regiones de Latinoamérica: el contacto del ciudadano común con un universo jurídico que – a veces como promotor y a veces como obstáculo – habría de tener en gran parte a su cargo la posibilidad de dar lugar a la consigna creada y sostenida desde la recuperación de la democracia: *Memoria, Verdad y Justicia*.

No ha sido este un reclamo generalizado en los procesos de justicia transicional⁴, por cierto. La palabra “Justicia” contenida en esta consigna puso en marcha mecanismos de lucha por parte de una sociedad que consideró que los tres términos se implicaban mutuamente, y que ninguno de estos tendría valor si no se acompañaba de la plena vigencia de los otros dos.

Una amplia porción de la sociedad, decíamos, dirigió entonces su mirada (en algunos períodos de un modo cotidiano) hacia ese universo antes ajeno, pero ahora usina de una narrativa, de una práctica y de decisiones que habrían de tener un alto impacto en el devenir de la Historia y en la memoria de los ciudadanos y las ciudadanas.

Dirigir hacia allí la mirada implicó interesarse por el sentido de las leyes, movilizarse para acompañarlas o repudiarlas, presenciar concretamente la escena en la que se desarrollaban los juicios o seguir esta escena a través de los medios, tratar de comprender el alcance de los fallos, interrogarse acerca de un lenguaje propio del ámbito de la Justicia pero que en situaciones ordinarias habría resultado desconocido. Las consecuencias de lo que allí se ponía en juego resultaban de una enorme importancia histórica, y sin duda la recuperación y vigencia de una Ley ordenadora, la superación y el sepultamiento del mundo a-jurídico que había impuesto la Dictadura Militar, representaban por fin la esperanza de dejar atrás un período oscuro de nuestra Historia⁵.

⁴ “Justicia transicional” es el conjunto de medidas que se toman en largos procesos de reordenamiento jurídico y político, luego del ejercicio de formas autoritarias de gobierno con suspensión de garantías, regímenes dictatoriales, políticas de genocidio, etapas de represión, o violaciones a los derechos humanos.

⁵ J. Calmels (2015) señala la importancia determinante de la existencia de un Estado sujeto a la Ley, como inscripción simbólica: “... salir de la escena del horror supone tres movimientos. Por un lado la interrupción de los hechos de violencia ... y, por otro, un movimiento del sujeto para pasar a otra escena. Pero junto a ello también es necesario un movimiento de las instituciones del Estado” (p. 93).

HISTÓRIA

Esta aproximación del “hombre común” al mundo de lo jurídico, no lo acercó sin embargo a su lenguaje ni le reveló las claves que podrían permitirle interrogarse acerca del pilar sobre el cual el Derecho erige su práctica: una aparente neutralidad que lo habilita para sostener una construcción representacional y discursiva inmune a las críticas, pura, superior, autorizada para el ejercicio de un poder incuestionable, como si la práctica del Derecho no fuera creada y ejercida por hombres y mujeres comunes, marcados por su época.

Esa Ley que se erige como “autoridad” frente al hombre minúsculo, deja de ser una pura abstracción en tanto su aplicabilidad incide de una manera directa en la vida social y en la Historia de un país. Pero pierde aún más su carácter abstracto cuando aparece en la escena concreta de un juicio y se encarna en el cuerpo y la voz de magistrados y partes, en el ritual, en la burocracia jurídica, en su lenguaje. Allí los antagonistas exponen sus argumentos y la apelación a la Ley se hace palpable, visible, audible. Esa escena, en la que han transcurrido todos los juicios por delitos de lesa humanidad cometidos en Argentina entre los años 1976 y 1983, representa dramáticamente – y aún lo hace – el juego de fuerzas que se despliega incluso después de 40 años en la búsqueda de memoria, de verdad y de justicia.

El universo jurídico contiene una lógica particular, ajena al ciudadano común, y es en especial el universo jurídico de inspiración positivista el que normativiza el vínculo del hombre con la Ley y el que establece las pautas que ordenan la recolección de pruebas, la declaración de los y las testigos, y el devenir completo del acto jurídico que culminará en el dictado de las sentencias. Hablamos de una Ley y de una Justicia que se imponen dando por sentado que operan como reguladoras de la violencia – y que nunca la producen –, que enuncian una verdad – y no que esa “verdad” es producto de una hermenéutica singular, y que ningún particularismo afecta su ejercicio.

En el ejercicio del Derecho tal como lo conocemos, ha quedado del lado del “lego” el esfuerzo de aproximarse a la “objetividad” de la lengua, la lógica y los rituales de aquello que genéricamente podríamos llamar la Ley.

LA SUBJETIVIDAD EN LO JURÍDICO

Son dos las perspectivas epistemológicas que rigen por un lado la lógica de lo jurídico (en su vertiente positivista) basada en el causalismo, la “objetividad” de la Justicia y la concepción del hombre como un ser racional e intencional en sus conductas, y por el otro la de aquellas disciplinas – como el psicoanálisis – que se proponen dilucidar los mecanismos que gobiernan la vida psíquica de los hombres. Dos géneros discursivos convergen o colisionan de un modo complejo en todas aquellas instancias en las que sería necesario que se produzca una confluencia.

Hemos descrito ya en el libro *El trabajo del testigo* los obstáculos subjetivos que este debe atravesar en la construcción de su testimonio.⁶

Nos aproximaremos esta vez al concepto de Verdad que atraviesa cada una de estas perspectivas epistemológicas, puesto que es el modo en el que esta es conceptualizada lo que se sacude y sufre quizás una dramática torsión cuando la víctima debe – en el contexto de un juicio – presentar testimonio acerca del trauma padecido.

⁶ M. Wikinski (2016)

Freud (1939) en su texto *Moisés y la religión monoteísta* (texto contemporáneo con las *Tesis sobre Filosofía de la Historia* de Walter Benjamin), plantea la diferencia entre la verdad material y la verdad histórico-vivencial y utiliza tres vocablos diferentes para referirse al concepto de Historia: *Geschichte*, para referirse al acontecer histórico real. *Historie* para referirse a la “historia conjetural”, la que se construye llenando lagunas. E *historich* para referirse a lo histórico vivencial, es decir cómo la historia es vivida. Esto nos confronta con la complejidad que se pone en juego en el psicoanálisis para explorar la inscripción del “acontecimiento real” en el psiquismo. La memoria, el recuerdo, la represión, el olvido, son abordados por la teoría psicoanalítica ubicando al acontecimiento real como una marca que necesariamente habrá de ser transfigurada, transformada, reinscripta bajo otra forma, dependiendo del equilibrio que logre establecer el aparato entre las fuerzas psíquicas puestas en juego.

La verdad histórico-vivencial será el tejido, la interpretación que el aparato psíquico podrá construir, una trama constituida por el entrecruzamiento de verdad material y verdad subjetiva, realidad material y realidad psíquica.

Es de este modo, en una dialéctica entre historia y arqueología como, según Laplanche (1983), se produce el recuerdo.

Historia como construcción de una trama narrativa que alude al acontecimiento, pero que al mismo tiempo no puede atraparlo *in toto* en su relato. Arqueología como el trabajo de elucidación y reencuentro con el recuerdo que permanece inscripto sin que podamos advertirlo.

Es inevitable un desacople: nada se olvida verdaderamente, como dice Laplanche. Pero también es cierto que nada se recuerda verdaderamente. Especialmente en la construcción del testimonio de lo traumático. La historia en su entramado inevitablemente inscribe lo recordado en la red del presente. La arqueología rescata el objeto intacto, pero en el mismo acto de descubrirlo lo resignifica (Wikinski, 2016, p. 81).

Siempre habrá un resto inaprensible. Pero sin embargo la Justicia le exige al testigo/superstes⁷ que ofrezca una imagen exacta del “acontecimiento vivido”, sin desfiguraciones, en coordenadas temporales precisas, y subordinando a todas las instancias del aparato psíquico, también sus propios aspectos inconcientes, al dominio de un pensamiento racional. Se lo solicita paradójicamente que, para probar que efectivamente ha sido una víctima, se comporte narrativamente como si no lo hubiera sido.

Si siempre, tal como lo plantea Ana Berezin (2010, p. 108) “... acontecimientos históricos y producciones fantasmáticas entran en una conjugación dialéctica, se interpenetran”, ¿de qué manera la verdad sostenida por la víctima, inevitablemente atravesada por el efecto traumático y desubjetivante de su experiencia, produce alguna determinación en el criterio de verdad que la Justicia establece, en tanto este resulta habitualmente fundado en pruebas incontrovertibles y objetivas? ¿Qué implicancias tiene para el testigo que declara en un juicio acerca de su propio sufrimiento traumático el enfrentarse con esa concepción de lo jurídico que de pronto resulta encarnada en la figura de aquel

⁷ El *superstes* es el testigo que ha de dar cuenta de una situación padecida por él mismos. El testis da cuenta de una situación padecida por un tercero.

que lo interroga y le solicita que diga “nada más que la verdad”, que le exige un discurso sin fisuras, sin quiebres, sin lagunas?⁸

Tan cierto es que el testigo no puede pretender sólo desde su testimonio construir verdad histórica, como que no debe exigírsele que lo haga. Y nos referimos a esa paradójica forma de “exigencia” que supondría objetarle la construcción de un relato subjetivo (Wikinski, 2016, p. 19).

¿Habrá alguna posibilidad de que el espacio de lo jurídico aloje los efectos del trauma? ¿O se trata del desencuentro de dos lógicas estructuralmente incompatibles?

Cuando hablamos de trauma, hablamos de aquello que no encuentra facilitado su acceso a la conciencia y a la palabra. Desde el momento en el que el aparato jurídico requiere abordar el trauma como efecto de un presunto delito, este resulta inevitablemente transfigurado, transcrito a otra lengua. Por eso planteábamos en el libro *El trabajo del testigo* que la víctima/testigo debe hacer el esfuerzo no sólo de transformar su experiencia traumática en materia lingüística, sino que además debe transformarla en materia jurídica.

Ese “teatro de la objetividad” que es representado en la escena del juicio, cuenta con protagonistas que lo conocen, lo definen y lo configuran, y protagonistas ajenos a él, como por ejemplo los y las testigos sobrevivientes. Estos últimos son precisamente los portadores del trauma. ¿Podríamos pensar que el Derecho deposita en estos testigos una exigencia de objetividad que no aplica sobre sí mismo?

Marcio Seligmann-Silva (2014), en el Prefacio al libro de Shoshana Felman *O Inconsciente Jurídico*, escribe:

Esa instancia que se quiere imparcial y digna de mediar en los conflictos entre las partes es, en verdad, ciega para las cuestiones subjetivas, para los traumas y dramas sociales que están allí, en el medio de la sala del tribunal, pero son al mismo tiempo obliterados y enmudecidos (Seligmann-Silva, 2014, p. 8, la traducción es mía).

A la complejidad que el concepto de Verdad presenta en términos psicoanalíticos, se añade su complejidad en términos jurídicos. Esto nos obliga a revisar los recursos hermenéuticos, la pretensión de objetividad, y los procedimientos que utiliza la Justicia para construir una versión acerca de los hechos que investiga y culminar luego con el dictado de una sentencia.

Desarrollaremos entonces a continuación una reflexión en torno de la construcción de la idea de Verdad, para luego detenernos en un análisis crítico acerca del ejercicio del Derecho, y el lugar del *superstes* en la escena jurídica.

⁸ M. Foucault (2010), en su libro *El Coraje de la Verdad* alude a la figura del *mártir tes aletheias*, alguien que en su propio cuerpo, en su vida, en su ascesis, sus renunciamentos, es testigo de la verdad. Por su parte R. Cover (2002) escribe: “La palabra ‘mártir’ proviene de la raíz griega *martys*, ‘testigo’, y de la raíz aria *smer*, ‘recordar’. El martirio funciona como un *re*-recordar, cuando el mártir en el acto de atestiguar, se sacrifica en nombre del universo normativo que es de ese modo reconstituido, regenerado o recreado” (p. 118).

LA IDEA DE VERDAD

HISTÓRIA

¿Qué es entonces la verdad? Un ejército móvil de metáforas,
metonimias, antropomorfismos, en resumidas cuentas, una
suma de relaciones humanas que han sido realizadas,
extrapoladas,
adornadas poética y retóricamente y que, después de un
prolongado uso, a un pueblo le parecen fijas, canónicas,
obligatorias.

(F. Nietzsche, Sobre Verdad y Mentira en sentido extramoral)

La creencia ingenua en la objetividad del método histórico
fue una ilusión. Pero lo que viene a sustituirlo no es
un insulso relativismo. No es arbitrario ni caprichoso algo
que somos nosotros mismos y podemos escuchar del pasado.
(H.G. Gadamer, Verdad y método II)

El epígrafe de Gadamer nos orienta en un pensamiento que cuestiona ya desde hace muchas décadas la supuesta virtud adjudicada a la “objetividad” en el desarrollo de algunas disciplinas científicas. No discutiremos aquí la falsabilidad del método en algunas ciencias vs. la no falsabilidad en otras. Pero aún si aceptáramos el encuadre epistemológico que valida algunos métodos en detrimento de otros, deberíamos preguntarnos cómo ocurre que la “ciencia jurídica”, enclavada sin duda en el contexto de las ciencias humanas, parece desprenderse de la sospecha que abarca a todas ellas, y se erige por momentos como si su Verdad fuera irrefutable.

Resulta imposible desentenderse de una mirada crítica para abordar el tema de la Verdad, y admitir que ni siquiera este concepto – que siempre alude a una “virtud” – está eximido de las determinaciones que producen en su definición los dominios del saber y las prácticas sociales, y que por ende y paradójicamente podría no ser fiable, honesta, “adecuada a la realidad de los hechos” y objetiva su definición misma.

Nada más escandaloso, entonces, que historizar la idea de Verdad – como lo hace Foucault – para poder reconocer en su derrotero las marcas de las condiciones históricas y políticas en las disputas acerca de su sentido y en la constitución del sujeto de conocimiento, es decir, de ese sujeto que cree aproximarse a un orden de Verdad.

No por casualidad en *La Verdad y las formas jurídicas*, Foucault (1980) se centra en las prácticas judiciales para emprender la historización de los diferentes modelos de Verdad y describir entonces cómo el sujeto de conocimiento resulta constituido por un orden político.⁹

⁹ En las conferencias que ofreció en el Collège de France entre los años 1983 y 1984 (reco-
gidas en el libro *El Coraje de la verdad*, op.cit), Foucault desarrolla el concepto de *parrhesía*
para referirse a un modo específico de enunciación de la verdad, consistente en un decir
todo lo que se piensa frente a otro calificado para esa escucha (siempre hay un otro), aún
poniendo en riesgo su integridad. Si bien este modo de enunciación de la verdad contiene
elementos en común con el decir testimonial (un otro calificado que escucha, e incluso el
riesgo puesto en juego), no se caracteriza por el carácter exhortativo que tiene el testimonio
ante la justicia. Hay un fondo de decir voluntario, del cual el testimonio carece. En nuestro
presente (y en lo personal), asocio el ejercicio de la *parrhesía* al de la palabra del colectivo
Historias Desobedientes, hijos de represores que deciden contar, hablar, decir lo que saben,
diferenciándose de su funesto origen y denunciando a sus progenitores.

HISTÓRIA

La tragedia de Edipo es analizada por Foucault para demostrar el pasaje de una concepción de verdad basada tanto en la mirada de los dioses y de los adivinos como en el ejercicio del poder, hacia la concepción de una verdad basada en el testimonio del hombre común, el pastor que vio, que recuerda, y por eso habla.

Puede decirse, pues, que toda la obra [Edipo] es una manera de desplazar la enunciación de la verdad de un discurso profético y prescriptivo de otro retrospectivo: ya no es más una profecía, es un testimonio. Es también una cierta manera de desplazar el brillo o la luz de la verdad del brillo profético y divino hacia la mirada de algún modo empírica y cotidiana de los pastores (Foucault, 1980, p. 40).

Así, en el pasaje de ese discurso que dice la verdad porque la anticipa, hacia ese discurso que la dice por lo que vio en el pasado, se abre un campo historizador, un campo en el que tiene valor el testimonio como palabra que no necesita ya de la flagrancia del delito para poder probarlo. Pero aún así la verdad no queda en ese momento adherida a la constatación, puesto que esos hombres comunes, los pastores, no dijeron algo diferente de lo que ya habían dicho los dioses.

En el Edipo de Sófocles ya no se trataba de una verdad fundada en el juramento a los dioses, como aparece en la obra de Homero, ni en el ejercicio del poder (el Rey Edipo en realidad nada sabe) sino en un saber sin poder (el de los simples pastores).

La “prueba” ofrecida en el derecho germánico a través de las ordalías – y así será hasta el siglo XI – no tenía que ver con el establecimiento de una constatación acerca de los hechos ocurridos, sino más bien con una prueba de inocencia que emanaba de los dioses. Tampoco durante el feudalismo la Verdad estuvo asociada al reconocimiento de los hechos y la obligación de presentar pruebas, sino a la fuerza política y al lugar social de quien la enunciaba. La “prueba” era la palabra de otros que atestiguaban acerca de la importancia social de quien era acusado, que de ese modo evitaba ser declarado culpable. Se trataba de un pacto binario, inocente o culpable, victoria o fracaso, y además se establecía entre dos, sin un tercero. La sentencia, pronunciada por un tercero no aparecerá sino hasta después del siglo XII.

La obra de Foucault combate un mito de Occidente que nace quizás con la tragedia de Sófocles: que el saber, es decir el conocimiento de lo que es verdadero, nada tiene que ver con el poder. Este mito opera en nuestro imaginario aún, suponiendo a la Justicia siempre en un lugar imparcial, despojado de intereses. Las condiciones políticas, expone Foucault, no son un velo para el sujeto de conocimiento, sino que lo constituyen¹⁰.

No habrá establecimiento de la Verdad en el territorio jurídico, ni en ningún otro territorio (tampoco el científico) que no esté determinado por el orden

¹⁰ F. Gros (2010) en el apartado *Situación del curso* del libro *El Coraje de la Verdad* (op.cit.) escribe: “Foucault insiste en la idea de que la identidad del decir filosófico estriba justamente, desde su fundación socrático platónica, en una estructura de llamada: no estudiar nunca los discursos de verdad sin describir al mismo tiempo su incidencia sobre el gobierno de sí o de los otros; no analizar nunca las estructuras de poder sin mostrar en qué saberes y qué formas de subjetividad se apoyan, y no señalar nunca los modos de subjetivación sin comprender sus prolongaciones políticas y las relaciones con la verdad de las que se sostienen” (pp. 354-345).

político. La idea de Verdad ha sido por ende objeto de arduos debates filosóficos, éticos, epistemológicos e ideológicos desde que el hombre se piensa a sí mismo.

La Verdad, que se autodefine siempre en un sentido immanente, que aparenta entonces no remitirse más que a sí misma, que nos deslumbra presentándose como dimensión última y ordenadora de una perspectiva totalizadora, oculta en su esencia su origen espurio, nos “miente”, no es más que una de las verdades posibles que se abre en nuestra lectura de la realidad, una entre otras, en un determinado momento histórico, desde un determinado ángulo, en el contexto de un determinado orden político¹¹.

Es en el encandilamiento que la idea de Verdad produce, donde radica probablemente el mayor de los malentendidos que habita en el mundo jurídico.

El efecto performativo y el verdadero ejercicio del poder que se producen desde el discurso jurídico radican a nuestro entender específicamente en el ocultamiento de su carácter hermenéutico, y en el encubrimiento de su capacidad para ejercer un control de tipo “imperial” sobre una producción totalizadora y unificadora de sentido. Y aquí radica también su violencia¹².

Sin embargo nos interesa recalcar, nuevamente apelando al epígrafe que abre este párrafo, que tampoco se trata de un relativismo absoluto que supondría dar valor a *cualquier* representación de la verdad, en función de su carácter subjetivo. “No es arbitrario ni caprichoso algo que somos nosotros mismos y que podemos escuchar del pasado”... escribe Gadamer. Y entonces, como pasado que nos constituye, y aún dentro de la complejidad que la idea de Verdad representa, reconocemos el “derecho a la verdad”, que deviene en deber del Estado de indagar acerca de lo sucedido en cada caso. Quizás el resultado sea una aproximación asintótica a la verdad histórica, pero esta aproximación resulta indispensable en todo proceso reparatorio. Como lo advierte muy lúcidamente D. Feierstein (2015), una mirada crítica sobre la compleja vinculación entre Derecho y Verdad, como imperativo ético, jamás debe autorizar a una renuncia jurídica al conocimiento de la verdad, ni liberar a los operadores jurídicos de su responsabilidad en esta búsqueda¹³.

¹¹ F. Nietzsche en su texto *Sobre Verdad y Mentira en sentido extramoral* (1873), da un paso más allá. Como “maestro de la sospecha” al fin, pone en entredicho la existencia misma de la Verdad, y su enlace con la palabra: “La cosa en sí (esto sería justamente la verdad pura y sin consecuencias) es también totalmente inaprehensible y en absoluto deseable para el creador del lenguaje. Este se limita a designar las relaciones de las cosas con respecto a los hombres y para expresarlas recurre a las metáforas más atrevidas. ¡En primer lugar, un estímulo nervioso extrapolado en una imagen!, primera metáfora. ¡La imagen transformada de nuevo, en un sonido articulado!, segunda metáfora. Y, en cada caso, un salto total desde una esfera a otra completamente distinta y nueva. ... En cualquier caso, por tanto, el origen del lenguaje no sigue un proceso lógico, y todo el material sobre el que, y a partir del cual trabaja y construye el hombre de la verdad, el investigador, el filósofo, si no procede de las nubes, tampoco procede, en ningún caso, de la esencia de las cosas”. En la misma línea, aplicada al proceso judicial, Calvo González (1998) plantea la distancia irreductible entre los “hechos” y el relato, es decir la única “realidad de los hechos” en el proceso judicial es la “narrativa”, que es distinta a los “hechos vividos” y constituye finalmente la “verdad judicial”.

¹² R. Cover (2002, p. 91) escribe: “La significación de los principios jurisdiccionales a través de los cuales los tribunales ejercen la violencia reside en que separan el ejercicio de la autoridad o violencia por parte del juez del acto primario de hermenéutica que ese ejercicio efectúa”.

¹³ “Siguiendo resultando llamativa la falta de elucidación sobre el imponente papel que puede jugar esta escena [judicial] en todo trabajo de elaboración de situaciones traumáticas. Apenas quienes provienen del ámbito psicoanalítico y algunos militantes de derechos humanos, so brevivientes de la experiencia concentracionaria o familiares de las víctimas han vislumbrado la importancia histórica de dicho proceso” (Feierstein, 2015, p. 257).

LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

¿No es tiempo de pensar al derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad?
(Francois Ost, citado por C. Cárcova,
Las Teorías jurídicas post-positivistas)

Es profusa la obra de juristas y filósofos del derecho que ponen en cuestionamiento la creencia axiomática en los pilares de objetividad, neutralización de la violencia y monopolio de la Verdad que parecen caracterizar al ejercicio del Derecho clásicamente. Proponen la confluencia de diferentes perspectivas disciplinares y discuten la línea que supone una división taxativa entre Derecho y Política, de modo que desacralizan y desnudan aquellos aspectos de la práctica jurídica que resultan habitualmente escamoteados y eludidos en el pensamiento doctrinario tradicional.

Esta perspectiva analiza los enlaces entre verdad, poder y subjetivación y sus entrelazamientos en la práctica concreta de los actos jurídicos, desde la producción de normas hasta sus efectos en la producción de subjetividad.¹⁴ En nuestro país la Teoría Crítica del Derecho está representada por Carlos María Cárcova, Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Christian Courtis, entre otros.

En la misma línea en la que Hayden White pone a trabajar y cuestiona el método de indagación de la Historia, planteando su construcción como una narración, como un relato acerca de los hechos, y en la misma línea en la que Thomas Kuhn pone en entredicho la verdad irrefutable y definitiva del conocimiento científico, la Teoría Crítica del Derecho advierte acerca de los aspectos ficcionales que rigen en el seno de las prácticas jurídicas.

Nos referiremos entonces brevemente a algunas de las cuestiones centrales que se discuten en el ámbito de la Teoría Crítica del Derecho: la actividad hermenéutica en la práctica jurídica, su performatividad, la construcción ficcional y narrativa, y la cuestión relativa a la confluencia de discursos disciplinares.

HERMENÉUTICA Y PERFORMATIVIDAD

Entre los estupendos poderes de la Corte Suprema de Estados Unidos, hay dos que de acuerdo con la lógica deberían ser independientes, y sin embargo están ligados. Uno – a través de la búsqueda articulada de principios – es el poder de interpretar la historia. El otro – a través de la decisión de casos – es el poder de hacerla.
(M. Howe, citado por R. Cover,
Derecho, narración y violencia)

Es precisamente en la desmentida de su carácter hermenéutico donde determinados discursos jurídicos se plantean a sí mismos como discurso

¹⁴ Silvia Bleichmar (1999) plantea una fecunda diferencia entre los conceptos *constitución del psiquismo*, vinculado a variables que trascienden los aspectos sociales, y *producción de subjetividad*, que alude a la construcción social del sujeto, su inscripción en un tiempo y un espacio históricos determinados.

oficial. Es decir, el ejercicio del poder inherente a la práctica jurídica no se agota en la inevitabilidad de su acción hermenéutica, sino en la desmentida del origen subjetivo de una determinada interpretación y su efecto performativo. Las palabras “hacen cosas”, escribe Gadamer (1998).

Pensar al derecho como una práctica social discursiva significa asumir que consiste en algo más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Que es al mismo tiempo, lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican y, además lo que a nivel de los súbditos opera como sistema de representaciones (Cárcova, 2009, p. 163).

Y luego Cárcova describe tres niveles en la estructura del discurso jurídico: el de las normas, el de las interpretaciones acerca de ellas (hechas por los “operadores del derecho”) y el de los súbditos. En este último nivel es donde adquieren eficacia “los elementos imaginarios, juegos ficcionales y los mitos operativos del derecho” (Cárcova, 2009, pp. 163-164).

Estos niveles pueden diferenciarse sólo con intención analítica, no son ‘lugares’ ni momentos definidos, sino instancias de producción de sentidos que se interceptan y reconstituyen, condensándose circunstancialmente en una decisión judicial, en una ley sancionada, en un contrato o en cualquier otro producto jurídico, para transformarse inmediatamente en una nueva fuente de sentido (Cárcova, 2009, p. 164).

La aplicación de la Ley no acontece por fuera de un “cuadro de subjetividades”, un “entramado de ficciones” (Cárcova) que poseen carácter performativo, que constituyen sentencia, cosa juzgada, jurisprudencia, fijación de los hechos en la memoria histórica. Una práctica discursiva que encubre su carácter hermenéutico, se ofrece a sí misma como expresión única de la Verdad.

Resulta inevitable señalar asimismo el efecto performativo en la construcción de la verdad histórica que posee la sentencia de un caso. Calvo González (1998) no sólo pone en duda la veracidad de los hechos tal como aparecen en la argumentación de las partes en un proceso, (puesto que son relatados con el único fin de lograr un objetivo específico en el juego de fuerzas) sino que además señala a la intención del narrador de obtener la “inmortalidad narrativa de la cosa juzgada” como uno de los resortes de la práctica discursiva. Finalmente vere (verdad)- dicto (dicho) no es más que la “verdad dicha”.¹⁵

¹⁵ G. Agamben (2005) escribe: “La realidad es que, como los juristas saben perfectamente, el derecho no tiende en última instancia el establecimiento de la justicia. Tampoco al de la verdad. Tiende exclusivamente a la celebración del juicio, con independencia de la verdad o de la justicia. Es algo que queda probado más allá de toda duda por la fuerza de cosa juzgada que se aplica también a una sentencia injusta. La producción de la res judicata [cosa juzgada], merced a la cual lo verdadero y lo justo son sustituidos por la sentencia, vale como verdad aunque sea a costa de su falsedad e injusticia, es el fin último del derecho” (pp. 16-17).

FICCIONALIDAD Y NARRATIVIDAD EN EL DERECHO

Si los hechos hablaran por sí mismos
 bastaría con “reproducirlos” en el juicio;
 pero sucede que los hechos son “mudos”
 y esto obliga a que para “oírlos” procesalmente
 se los deba reconstruir como una narración
 (J. Calvo González, La verdad de la verdad judicial)

Se trata pues de la verosimilitud de un “mundo posible”,
 como diría Eco, en el mundo posible de Hamlet
 o en el mundo posible de Lo que el viento se llevó
 o en el mundo posible del expte. 6345/05
 del Juzgado Civil X, Secretaría Y,
 caratulado “Pérez, Juan c. García, José s/ordinario”
 (C. Cárcova, Las Teorías Jurídicas Post- positivistas)

Narración y ficción. Dos términos afines a la literatura aparecen de pronto en la Teoría Crítica del Derecho vinculados a una disciplina que se erige a sí misma en el pináculo de la objetividad. Pero es su ineludible carácter hermenéutico lo que nos obliga a explorar la narratividad y la ficcionalidad presentes en sus prácticas.

Evocando a R. Dworkin, Carlos Cárcova plantea que así como ocurre en la historiografía, “la coherencia narrativa funciona como el principio de aceptabilidad racional que regula la experiencia jurídica” (Cárcova, 2009, p. 176). El juez construye un relato, “edita” los hechos, selecciona lo que considera relevante, construye una narración que contiene sus propias marcas subjetivas.

El carácter narrativo que adquieren el relato y la interpretación de los hechos que realiza el juez, tiene como punto de partida una obviedad que señala Calvo González (Cárcova, 2009), y que pareciera ser ignorada por el positivismo jurídico: los hechos pertenecen al pasado, estamos lejos de su verdad fáctica. ¿Cómo pretender entonces que no sean objeto de una *interpretación* en tanto siempre se reconstruyen como narración?

Es así entonces que no sólo la totalidad del aparato jurídico se sostiene sobre la base de dos ficciones (todos los hombres son iguales ante la Ley, y la Ley es conocida por todos), sino que además en el despliegue mismo del juicio se ponen en escena las “estrategias narrativas de verdad” (González, 1998) que construye cada una de las partes con el objeto de proponer una coherencia narrativa que sostenga la propia Verdad, y al mismo tiempo eche por tierra la del oponente. El juez entonces – y esta no es una aclaración menor – está lejos de sacar conclusiones a partir de la verdad fáctica: se ve obligado a sacar conclusiones acerca de la verdad del proceso (Cárcova, 2009). Si damos lugar a la idea de que en todo procedimiento judicial se pone en juego algún grado de ficcionalidad, deberemos afrontarlo con la misma “suspensión de la incredulidad” con la cual Coleridge nos propone aproximarnos al mundo de la novela.

El conocimiento y fijación de la “verdad histórica” quedarán supeditados a la construcción de aquello que resultó *verosímil* en el andamiaje constituido por el entrecruzamiento de los múltiples discursos desplegados en la escena del juicio, discursos que no necesariamente están determinados por la búsqueda de la verdad, sino por el cumplimiento de una estrategia procedimental y persuasiva con arreglo a fines, y que luego el juez interpretará, y editará para producir

sentencia. En ese trabajo de “edición” el juez se transformará a su vez en un nuevo narrador.

Las diferencias entre presunción y ficción, y lo ficcional en el Derecho – como lo desarrolla E. Marí (1987) – han sido puestos en debate ya en el siglo XVIII de la mano de los escritos de Jeremy Bentham. Excede ampliamente los objetivos de este artículo profundizar en estos desarrollos, pero sí tiene sentido recordar que el término *ficción* no siempre estuvo asociado a aquello alejado de la realidad o de la verdad, sino que fue reconocido como un recurso jurídico cuya utilización resulta adecuada en determinadas circunstancias.

Creo entender que la diferencia entre su función, definida en un determinado encuadre dentro la ciencia jurídica, y la función que le podemos atribuir desde la perspectiva crítica, radica en la desmentida de su existencia y uso en las prácticas doctrinarias que se encumbran a sí mismas como determinadas únicamente por la verdad de los hechos.

LA (NO) CONFLUENCIA DE DISCURSOS TRANSDISCIPLINARES EN EL DERECHO

El ejercicio de las prácticas jurídicas es objeto aún de algunas otras desmentidas, es decir cuestiones de efecto absolutamente determinante, pero no reconocidas, ni reveladas.

Partiremos de una afirmación: todo enunciado, sea explícito o no, es la respuesta a una pregunta. Los enunciados propios de la escena de lo jurídico tienen en ese sentido (como todo enunciado) una dimensión dialógica. “... la comprensión de un enunciado tiene como única norma suprema la comprensión de la pregunta a la que responde” (Gadamer, 1998, p. 58).

En el “juicio del siglo” (juicio a O. Simpson, en EEUU, en el año 1995) según la perspectiva de S. Felman (2014), se puso en evidencia la imposible confluencia entre teoría jurídica y teoría psicoanalítica. Felman plantea que el juzgamiento de Simpson intentó controlar el trauma, pero fue finalmente la estructura del trauma la que controló el juzgamiento. La autora recorre el desarrollo de los juicios de A. Eichmann y O. Simpson con un argumento como punto de partida: los juicios son ciegos en relación a lo traumático, y de este modo repiten el trauma y su estructura; y agrega que el siglo XX, siglo de las teorías del trauma, es también el siglo de los grandes hechos traumáticos de la Historia que han sido abordados con instrumentos jurídicos. Ubica el caso de K-Zetnik como expresión hiperbólica de la imposibilidad de alojar lo traumático en el escenario de lo jurídico, y plantea que se trata de “convertir esa imposibilidad narrativa en significado jurídico” (Felman, 2014, p. 213, la traducción es mía). Se recordará que en el desarrollo del juicio a Eichmann (en el que – a diferencia del juicio de Núremberg – se tomaban los testimonios como parte de prueba), el escritor K-Zetnik sufre un colapso al declarar acerca de su experiencia¹⁶. Colapso de la palabra, diríamos. Pero ¿cómo no enmarcar este colapso de la palabra, padecido por un escritor, en el contexto de un juicio en el que su verdad se ponía en entredicho?

Esto nos conduce a pensar cuál es la pregunta – sea o no formulada explícitamente – a la que responde ese particular modo de enunciado que es el testimonio de lo traumático.

¹⁶ La secuencia del juicio en la que se presenta la declaración y se produce el desmayo de K-Zetnik se encuentra en <https://www.youtube.com/watch?v=m3-tXyYhd5U>

La predominancia de una indagación acerca de los “hechos objetivos”, desplaza el eje del relato. No se espera de quien debe formular su testimonio que diga *lo que le ocurrió* (con las emociones que esto despierte, con el miedo, con el rencor, la culpa....) sino *lo que ocurrió* (una verdad sin emociones). Se encuentra entonces frente a una imposibilidad radical, puesto que la única referencia a la que pude aludir sin faltar a la verdad, es a la representación de la experiencia tal como está inscrita en el psiquismo. No es esto lo que se le demanda: se le formula una pregunta imposible de responder.¹⁷

Como se verá en el apartado en el que nos referiremos al alegato presentado en el juicio ESMA III, la inclusión de categorías no jurídicas, categorías más bien del orden de lo psíquico, habilitaría quizás la posibilidad de que se formulen las preguntas adecuadas.

Pero quizás sea un error suponer que – en tanto no sea evidente – *ningún* discurso extra-jurídico comanda el curso de la estrategia procedimental. Es posible conjeturar que alguna concepción del aparato psíquico, de la construcción de la memoria y el recuerdo, de la inscripción del trauma, orientan la indagación cuando se ejerce desde una práctica jurídica positivista. El problema es que no está explicitada o reconocida su incidencia, y por ende tampoco puede ser rebatida. Ese otro discurso resulta eclipsado e invisibilizado, oculto en los pliegues de lo jurídico, adquiriendo por eso mismo una potencia axiomática. Es quizás en el valor que se le adjudica al testimonio de lo traumático (o más bien a veces en el des-valor) en donde se perciben las costuras.

E. Mari (1993) analiza el texto de Foucault “Moi...Pierre Rivière” y remarca la desaparición – en el expediente que describe el caso – de los discursos ajenos al campo jurídico, discursos que determinan una trama, pero que resultan ocultos en tanto se hace necesario construir un objeto jurídico uniforme, homogéneo en términos semánticos, producto puro del pensamiento de los juristas, que debe relegar esos otros discursos al mero plano de discursos “auxiliares”. Refleja de este modo el juego de fuerzas entre los discursos en pugna para un determinado momento histórico.

No estamos muy lejos de algunas notables exclusiones en el discurso jurídico actual. Lo “verificable” será de algún modo sólo aquello que se buscó verificar. Quiero decir, no es posible encontrar respuestas a preguntas que no han sido formuladas. No habrá posibilidad alguna de que la respuesta “cree” la pregunta, si el lenguaje jurídico cierra sus compuertas al ingreso de otras lógicas y sólo escucha la respuesta que estaba esperando de antemano escuchar. Sólo el entrecruzamiento de saberes disciplinares de diferentes orígenes podría conmover la dirección de la indagación, y en ese sentido – quizás paradójicamente –, es alejándose de las pautas que rigen la producción discursiva en el Derecho, como podríamos aproximarnos a cierta noción de Verdad en el testimonio, por el mero hecho de dejarlo ser “palabra” cercana al emplazamiento que el trauma realmente posee en el psiquismo.

¹⁷ H. G. Gadamer (2012): “... cuando uno ha sido requerido como testigo en un tribunal, debe también hacer enunciados. De ellos, de lo que uno ha dicho ante el tribunal, se hace a continuación un protocolo que uno debe firmar. Queda fijado por escrito sin el contexto de la conversación viva. No puedo poner en duda que he dicho lo que recoge el protocolo. Por tanto, no puedo denegar la rúbrica. Pero, como pobre testigo, ya no puedo influir en absoluto en los contextos de habla en que surgió mi testimonio, ni tampoco en qué contexto de pruebas queda insertado con el fin de encontrar y fundar la sentencia. El ejemplo muestra con especial claridad qué es un enunciado que ha sido separado de su contexto pragmático” (p. 144).

El discurso jurídico debe comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión (Mari, 1993, p. 290).

¿Qué lugar tiene entonces el trauma en tanto concierne a una verdad absolutamente subjetiva, en tanto debe ser *dicho*, explicitado por el testigo/superstes para incidir en la narrativa acerca de lo ocurrido? ¿Podría acaso ser abordado por fuera de una mirada que contemple alguna confluencia disciplinar en el Derecho?

(ALEGATO) EN DEFENSA DEL VALOR DEL TESTIMONIO ANTE LA JUSTICIA. UN INTENTO DE DIÁLOGO TRANSDISCIPLINARIO

Si retomamos ahora en breve síntesis lo que venimos de desarrollar, llegaremos a la conclusión de que al Juez le es dado (porque es inevitable) interpretar, narrar, ficcionalizar... pero el testigo/superstes, para que su testimonio sea "creíble", debe atenerse a la producción de un discurso "objetivo", adecuado a la verdad histórica, despojado de su carácter traumático y de su carga emocional.

Hemos profundizado ya en el libro *El trabajo del testigo. Experiencia traumática y testimonio* (Wikinski, 2016), nuestras elaboraciones en relación a los cuatro obstáculos que el testigo debe atravesar para construir su testimonio: la narración de lo traumático, la vergüenza, el testimonio ante la justicia, y el hablar en nombre de otro.

En el juicio ESMA III, el Centro de Estudios Legales y Sociales (representado por la abogada Luz Palmás Zaldúa), presentó su alegato como querellante, retomando algunas de estas ideas e incluyendo un fragmento dedicado a remarcar la validez de los testimonios como prueba. Su condición de *única prueba* en este juicio y en todos los juicios por delitos de lesa humanidad (puesto que todos los documentos han sido eliminados) hacía indispensable la tarea de plantear ante los y las jueces los mecanismos psíquicos que requiere su construcción. Habíamos observado cómo en estos juicios los testimonios de los y las sobrevivientes fueron sistemáticamente puestos en duda (sobre todo de un modo estratégico por las defensas de los imputados, por supuesto), en tanto presentaban fracturas, fallas en el recuerdo, diferencias con testimonios presentados hace 30 años o en juicios anteriores.

Esta estrategia resultaba tanto más inequitativa en tanto advertimos que ni siquiera la práctica concreta del Derecho contiene en sus mecanismos un núcleo irrefutable de Verdad. En el texto (elaborado por quien suscribe, por la Lic. Rosa Matilde Díaz Jiménez y la abogada Mónica Zwaig), y del que transcribiremos aquí algunos fragmentos, nos proponíamos exponer ante los y las jueces cuáles son las características de lo traumático, las huellas que esto produce en el psiquismo, en la construcción de la verdad subjetiva y en el discurso de la víctima.

Allí planteamos:

Los testigos declaran en defensa de la verdad de aquello que han padecido. Debemos entonces operar muy cuidadosamente en la consideración del valor de estos testimonios, puesto que si son única prueba, si no podemos contrastar sus testimonios con pruebas de tipo documental, es por acción deliberada de aquellos cuyos delitos venimos a probar. Debemos

asimismo considerar en profundidad que aquello acerca de lo cual vienen a dar testimonio, ha dejado una impronta perdurable no sólo en el cuerpo del testigo/víctima, sino también en su discurso, en sus recuerdos, en el modo en el que estos pueden ser organizados y transmitidos, en la angustia que acompaña al relato, en los olvidos. La puesta en duda de tan solo una palabra y del valor probatorio de los testimonios de las víctimas nos conduciría al peligroso borde de dar continuidad al silenciamiento, sometimiento y degradación que vienen a denunciar. ... El delito perfecto es el que elimina las pruebas de su ejecución. Hemos asistido en este juicio a la última y única prueba que podría constatar la existencia del delito. Esta es el testimonio de las víctimas. Enfrentamos entonces en este Tribunal la opción de convalidar y dar curso a la consecución del delito, desconociendo el valor probatorio de estos testimonios, o sostener su validez interceptando de este modo la cadena ininterrumpida de eliminación de las pruebas que comenzó con la desaparición del primer detenido/desaparecido y se perpetúa hasta nuestros días. ... si cuestionáramos la voz de las víctimas primero por estar afectada por el trauma y luego por estar afectada su memoria por el paso del tiempo, terminaríamos ejecutando nosotros mismo en este acto el tramo final del terrorismo de Estado dado que destruiríamos la última prueba que el plan criminal no alcanzó a eliminar.

Suficientemente complejo resulta ya no contar con la voz de los imputados en el esclarecimiento de los hechos que se juzgan, como para poner en duda la voz de los testigos/víctimas. ...

... no es posible la transmisión de lo traumáticamente vivido, sin que las múltiples huellas de esta experiencia estén presentes en el relato.

Si nadie declara en nombre de la víctima, si las pruebas han sido eliminadas, y si la propia voz de la víctima es desestimada por serlo, ¿qué recursos probatorios podrían permitirnos tener la esperanza de que pueda hacerse justicia en el caso de estos y otros atroces delitos cometidos?

Con esto queremos afirmar que es precisamente en los quiebres, los olvidos, las fisuras, en fin, es en el “desorden” en el aparato psíquico donde el trauma deja su huella.

Corresponde entonces a nosotros, quienes recibimos estos testimonios, abordar la inevitable paradoja de que el trauma compruebe su existencia precisamente en las fisuras de lo que podríamos dar en llamar “discurso coherente”, ya que ***es de todas formas inviable comprobar la existencia de un delito anulando las huellas de su incidencia.***

De este modo introducimos ante los y las jueces la cuestión de la experiencia traumática que es atravesada por el testigo y que lo atraviesa, quizás anticipando la resistencia que el aparato jurídico habitualmente presenta en la valoración del testimonio de las víctimas, al desconocer la importancia determinante del núcleo que lo constituye: el estar atravesado por el trauma que viene a denunciar.

En tanto una de las estrategias de la defensa había sido el ataque a los y las testigos (y a su testimonio) asignándoles – en tanto sobrevivientes – el carácter presunto de “colaboradores”, nos hemos referido a continuación a este punto:

... pareciera que no ha sido suficiente como estrategia de las defensas poner en cuestionamiento el testimonio de las víctimas por el hecho de estar atravesado por el trauma que viene a denunciar, sino que a esto se ha agregado una nueva fuente de sospecha: la víctima/sobreviviente como “colaboradora”. No hace falta abundar en argumentos para demostrar la inmoralidad de semejante planteo cuando es esgrimido por parte de la defensa. ¿Podría un sujeto acusado de torturar, y antes de demostrar su inocencia, considerarse a sí mismo con la altura moral para juzgar a alguien que utiliza cualquier recurso – el que sea – para protegerse del efecto devastador de la tortura, cuando lo que el torturador mismo se propone es precisamente que la víctima se doblegue, que no tenga posibilidad alguna de disponer de su cuerpo, su pensamiento, su voluntad? ¿O será que la defensa erró su camino e intenta demostrar hasta qué punto fue perfectamente eficaz la tortura cometida por sus defendidos, como para haber logrado torcer los ideales de las víctimas?

A continuación describimos específicamente la incidencia de lo traumático en el relato:

¿Cómo podríamos suponer nosotros que quien ha atravesado esta experiencia, quien “ha visto la Gorgona” – en palabras de Primo Levi – podrá construir un relato impecable, coherente, despojado de emociones? ... ¿Cómo suponer – además – que esta clase de relato podría ofrecerse precisamente en el momento de declarar ante un tribunal, en el momento en el que se juega de un modo crucial la posibilidad de hacer o no justicia por lo padecido, en el momento en el que quizás por primera vez puede construirse este relato, en el momento en el que se declara frente a quienes lo torturaron, o frente a sus propios familiares que muchas veces escuchan este testimonio por primera vez, en el momento en el que el testigo se siente invadido por la responsabilidad de no olvidar nada, de contar ahí mismo con la única oportunidad de ser escuchado públicamente? ...

Las circunstancias bajo las cuales se encontraban las víctimas suponían precisamente impedir que su aparato perceptivo pudiera recoger adecuadamente indicios acerca de las coordenadas témporo-espaciales de existencia, o construir una lectura adecuada acerca de lo que estaba ocurriendo. ...

Interesa especialmente señalar entonces que los hechos denunciados implicaron en todos los casos un ataque a la percepción de las víctimas.

... cuando somos objeto de un ataque a la percepción, nos encontramos frente a una contradicción o una diferencia entre lo percibido y la interpretación que acerca de ello nos imponen. ... Y sin embargo, después de haber padecido durante su cautiverio un ataque sistemático a su percepción, cuando citamos a un testigo/víctima para que dé testimonio de aquello que percibió, le estamos solicitando que confíe plenamente en sus sentidos y transmita lo que desde allí puede reconstruir. Le exigimos que deshaga el camino trazado durante su cautiverio, que nos ofrezca con una seguridad absoluta un relato acerca de aquello que dice haber percibido, como si sus recursos perceptivos hubieran estado disponibles e inalterados

durante el curso de la experiencia traumática de la que debe dar cuenta ante este tribunal.

Y luego agregamos:

La verdadera “revictimización” de las víctimas no se produce por el mero hecho de que son convocadas a declarar. La verdadera revictimización, ya sin comillas, ocurriría si nuevamente les impedimos que ejerzan su lugar como querellas activas.

En el alegato citamos a continuación las palabras de Jean-Francois Lyotard en su libro *La diferencia* (1991, p. 20):

En general, el querellante se convierte en víctima cuando no le es posible ninguna presentación de la sinrazón que dice haber sufrido. Recíprocamente, el ‘delito perfecto’ consistiría, no en dar muerte a la víctima o a los testigos (eso significaría agregar nuevos delitos al primero y agravar la dificultad de borrarlo todo), sino en obtener el silencio de los testigos, la sordera de los jueces y la inconsistencia (locura) del testimonio.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Si revisamos en breve síntesis lo que acabamos de plantear, podemos llegar a la conclusión de que el Derecho contemporáneo de Occidente podría obtener su legitimidad:

- en la falaz consideración de que la Verdad es un valor que trasciende los tiempos;
- en la consideración de que aquello que será tomado como *la Verdad* no está determinado por un orden político e histórico que deja precisamente del lado del ejercicio del Poder aquello que será denominado como tal;
- en la falaz consideración de que “los hombres” son iguales ante la Ley y que la Ley es conocida por todos;
- en la falaz consideración de que el Juez aplica la Ley en función de una serie de normas y que estas no son objeto de interpretación;
- en la falaz afirmación de que las sentencias obedecen a una reconstrucción de hechos fácticos y no son el efecto de un esfuerzo de “coherencia narrativa” por parte de los jueces;
- en la subordinación de todo discurso y lenguaje ajeno a la doctrina jurídica a las pautas de unidad y coherencia semántica del lenguaje del Derecho.

Hemos desarrollado fuertes argumentos (sostenidos básicamente desde la Teoría Crítica del Derecho) para poner seriamente en duda que la Verdad se ubique siempre del lado de la Justicia.

Si nos interesa poner en entredicho la universalización de la que es objeto la idea de Verdad cuando es encarnada por el discurso jurídico, es porque existe una inequitativa relación con este concepto, dependiendo del lado del estrado en el que esté ubicado quien habla. La Justicia se exige a sí misma un nivel de veracidad considerablemente menor del que exige al relato que construye el testigo.

Existe una cierta oposición entre lo que se espera de un simple testigo, y lo que se espera de un testigo sobreviviente. Del primero, del testis, se espera que haga un *esfuerzo por recordar*. El *superstes*, en cambio probablemente haya vivido haciendo un *esfuerzo por olvidar*.

El testigo no lo vio todo. Si afirma haberlo visto todo no es digno de crédito. Si se le da crédito es en cuanto que no lo vio todo y que vio sólo un determinado aspecto (Lyotard, 1991, p. 62).

Foucault en *El Coraje de la verdad* (2010) describe cuatro acepciones de la palabra *alétheia* el vocablo que designa la Verdad. La primera es que lo verdadero es lo que no está oculto, disimulado, lo absolutamente visible. Luego, lo que no ha recibido ninguna adición, ni mezcla, ni complemento de algo ajeno que disimule su realidad. Tercero, lo que es recto, lo que es debido. Cuarto, lo que persiste más allá de todo cambio, lo inmutable, esa verdad que por ser evidente, por no ser disimulada por nada, por carecer de desvíos, perturbaciones y curvas, puede mantenerse siendo lo que es: incorruptible. Es una noción de verdad que no alude, como nos lo señala Foucault, sólo a los enunciados, sino a maneras de ser, de hacer, de accionar, de hablar. Un hablar en el que nada se disimula, un hablar recto, conforme a la ley. Esta fórmula de la verdad, obliga al *superstes* a develar lo que quizás estuvo oculto para sí mismo, aquello que quiso olvidar. Y también nos permite pensar la Verdad más allá del decir, como lo que permanece, como aquello inscripto que hace a la constitución del sujeto.

Pero si al *superstes* se lo exhorta a decir y su *decir* verdadero es evaluado con las reglas de la justicia de corte positivista ¿qué relación con la Verdad presenta entonces el silencio que oculta lo sabido, el silencio corporativo y deliberado de los acusados? Ese silencio que es ocultamiento puro, ¿no estará más lejos de la verdad que la palabra inexacta del testigo?¹⁸ ¿No resulta al menos opinable que se pueda acusar de falso testimonio a quien habla (si se advierten en su discurso quiebres, fallas, inconsistencias) y esté a salvo de cualquier admonición quien sabiendo una verdad, la oculta? También aquí se plasma una de las formas que adquiere la ficcionalidad en el Derecho. Nadie está obligado a declarar contra sí mismo: el acusado, por ende, no está obligado a decir la verdad.

Este hecho no es menor cuando se trata de investigar acontecimientos históricos cuyas huellas han sido deliberadamente ocultadas y eliminadas. Así como Auschwitz marca “los confines en que el conocimiento histórico encuentra recusada su competencia”¹⁹, el conocimiento jurídico debe reconsiderar cuáles con las fronteras que está dispuesto a atravesar para acceder a esos confines

¹⁸ En relación al valor del silencio en sus múltiples formas de aparición, recomiendo la lectura de los excelentes textos de Carlos Gutiérrez *Huellas de lo borrado*, y de Gervasio Noailles *La defensa del crimen*, ambos en el libro *Destinos del testimonio: víctima, autor, silencio* (2014).

¹⁹ J. F. Lyotard (1991): “¿Corresponde al historiador tener en cuenta no solamente el daño sino también la sinrazón? ¿No la realidad, sino la metarrealidad que es la destrucción de la realidad? ¿No el testimonio, sino lo que queda del testimonio cuando éste está destruido (por el dilema), el sentimiento? ... es menester que el historiador rompa con el monopolio concedido al régimen cognitivo de las proposiciones sobre la historia y se aventure a prestar oídos a lo que no es presentable según las reglas del conocimiento. ... En este aspecto Auschwitz es la más real de las realidades. Su nombre marca los confines en que el conocimiento histórico encuentra recusada su competencia. Esto no quiere decir que entremos en el campo de lo insensato. La alternativa no es: o la significación establecida por la ciencia o el absurdo, incluso místico” (pp. 75-76).

HISTÓRIA

que representa la experiencia concentracionaria en Argentina, de modo que su competencia no resulte recusada en tanto preste oídos sordos al lenguaje “del sentimiento” (Lyotard) que queda afuera de su territorio.

Nos preguntábamos al principio si el Derecho puede hacer lugar al trauma. En tanto la escena jurídica dé la espalda a la confluencia de discursos transdisciplinarios que abarquen diferentes perspectivas epistemológicas, aquellos fenómenos que no estén encuadrados en un esquema racional de pensamiento, serán objeto de sospecha. Y el testimonio de la experiencia traumática se estructura precisamente en los bordes del dominio racional de la memoria, el pensamiento, el recuerdo, lo sensorial.

El Derecho puede ser una herramienta de disciplinamiento, pero también puede sin duda ser una herramienta de transformación. Hemos sido testigos de sentencias ejemplares en los juicios por delitos de lesa humanidad, sentencias que contribuyeron sin duda a la fijación de una memoria histórica y que, en su potencia performativa, instalaron nuevas relaciones entre Verdad, Poder y Subjetivación.

Pero hay aún una distancia a recorrer para que el Derecho pueda formular las preguntas adecuadas, y para que entonces – por fin – pueda tener lugar la aparición del trauma que a veces habita en las palabras.

REFERENCIAS

- Berezin, A. (2010). *Sobre la crueldad. La oscuridad en los ojos*. Buenos Aires: Psicolibro Ediciones.
- Bleichmar, S. (1999). Entre la producción de subjetividad y la constitución del psiquismo. *Revista del Ateneo Psicoanalítico*, 2.
- Calmels, J. (2015). Las dimensiones del trauma. Reflexiones desde la experiencia argentina. In Ministerio de Justicia y DDHH, Presidencia de la Nación, *Experiencias en salud mental y derechos humanos. Aportes desde la política pública* (pp. 87-97). Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos.
- Cárcova, C. M. (2009). Ficción y verdad en la escena del proceso. In C. M. Cárcova, *Las teorías jurídicas post positivistas* (cap. III, pp. 27-43; cap. XII, pp. 155-165). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cárcova, C. M. (2011). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. In C. Courtis, *Desde otra mirada* (pp. 15-33). Buenos Aires: Eudeba.
- Cárcova, C. M. (2019). Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 64(2), 211-226.
- Cover, R. (2002). *Derecho, narración y violencia*. Barcelona: Gedisa.
- Feierstein, D. (2015). *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Felman, S. (2014). *O inconsciente jurídico. Julgamentos e traumas no século XX*. São Paulo: Edipro.
- Foucault, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Foucault, M. (2010). *El coraje de la verdad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Freud, S. (1939). Moisés y la religión monoteísta. In S. Freud, *Obras completas* (Vol. XXIII, pp. 1-132). [S.l.]: Amorrortu.
- Gadamer, H.-G. (1998). *Verdad y método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Gadamer, H.-G. (2012). *Arte y verdad de la palabra*. Barcelona: Paidós.

- González, J. C. (1998). La verdad de la verdad judicial. In J. C. González (Coord.), *Verdad [Narración] Justicia* (pp. 7-38). Málaga: Universidad de Málaga.
- Gros, F. (2010). Situación del curso. In M. Foucault, *El coraje de la verdad* (pp. 351-366). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Gutiérrez, C. (2014). Huellas de lo borrado. In C. Gutiérrez, & G. Noailles, *Destinos del testimonio: Víctima, autor, silencio. Los testigos en los juicios por crímenes de lesa humanidad* (pp. 87-99). Buenos Aires: Letra Viva.
- Laplanche, J. (1983). Psicoanálisis: ¿historia o arqueología? *Rev. Trabajo del Psicoanálisis*, 2(5), 143-164.
- Lyotard, J.-F. (1991). *La diferencia*. Barcelona: Gedisa.
- Mari, E. (1987). La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham. In E. Mari et al., *Derecho y psicoanálisis*. Buenos Aires: Hachette.
- Mari, E. (1993). "Moi, Pierre Rivière..." y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales. In E. Mari, *Papeles de filosofía* (pp. 249-290). Buenos Aires: Editorial Biblos.
- Nietzsche, F. (1873). *Sobre verdad y mentira en un sentido extramoral*. Recuperado de <https://www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/verdadymentira.pdf>
- Noailles, G. (2014). La defensa del crimen. La estrategia procesal del ex comisario Miguel Etchecolatz. In C. Gutiérrez, & G. Noailles, *Destinos del testimonio: Víctima, autor, silencio. Los testigos en los juicios por crímenes de lesa humanidad* (pp. 111-119). Buenos Aires: Letra Viva.
- Seligmann-Silva, M. (2014). Introducción. In S. Felman, *O inconsciente jurídico. Julgamentos e traumas no século XX* (pp. 7-13). São Paulo: Edipro.
- Wikinski, M. (2016). *El trabajo del testigo. Testimonio y experiencia traumática*. Buenos Aires: La Cebra.