

DERECHO Y LITERATURA

ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO

Por

**André Karam Trindade y
Roberta Magalhães Gubert**

RESUMEN

Repensar el derecho, en este comienzo de siglo, es el desafío que se impone a los juristas. Y, entre las innumerables y variadas alternativas que se presentan, el estudio del *derecho y literatura* adquiere especial relevancia, entre otras razones, por la importancia que confiere a la interdisciplinaridad, pues supone un cruce de los caminos del derecho con los de otras áreas del conocimiento y construye un espacio crítico por excelencia, a través del cual resulta posible cuestionar presupuestos, fundamentos, legitimidades, funcionamientos, etc.

El presente trabajo tiene como finalidad i) examinar las relaciones que puedan establecerse entre los aludidos campos; ii) presentar el panorama histórico de tales estudios en el escenario internacional y iii) tematizar los modos a través de los cuales diversas orientaciones construyen la relación entre *derecho y literatura*.

PALABRAS CLAVE

Derecho – Literatura – Interdisciplina

LAW AND LITERATURE: APPROACHS AND VIEWS TO THINK ABOUT LAW IN A NEW WAY

By **André Karam Trindade** and
Roberta Magalhães Gubert

ABSTRACT

To question the ways we conceive law is, at the beginning of the new century, the challenge for jurists. Among the many alternatives at hand, the study of *law* and *literature* acquires singular relevance since its interdisciplinarity gave us the chance to enrich our work with the views of other disciplines. From this critical space we can, then, question its assumptions, foundation, functions and legitimacy.

This work aims to i) examine the links which can be established between both fields, ii) to show an historic view of the international achievements in these subjects, and iii) to question the ways in which these traditions build the links between *law* and *literature*.

KEYWORDS

Law – Literature – Interdiscipline

DERECHO Y LITERATURA

ACERCAMIENTOS Y PERSPECTIVAS PARA REPENSAR EL DERECHO*

Por André Karam Trindade** y

Roberta Magalhães Gubert***

Introducción.

Repensar el derecho, en este comienzo de siglo, es el desafío que se impone a los juristas. Y, entre las innumerables y variadas alternativas que se presentan, el estudio del *derecho y literatura*¹ adquiere especial relevancia, entre otras razones, por la importancia que confiere a la interdisciplinaridad, pues supone un cruce de los caminos del derecho con los de otras áreas del conocimiento y construye un espacio crítico por excelencia, a través del cual resulta posible cuestionar presupuestos, fundamentos, legitimidades, funcionamientos, etc.²

Pero, los estudios de *derecho y literatura* –sea del derecho contado en la literatura, sea del derecho entendido como narratividad– aún considerando el gran prestigio y trascendencia alcanzados a lo largo del siglo XX, en facultades, programas, cursos, centros e institutos de investigación estadounidenses y europeos³, es una práctica teórica poco desarrollada en la cultura (jurídica y literaria) brasileña –no

* Texto publicado, originalmente, en TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. (Org.). *Direito & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, v. 1. p. 11-66, aquí dedicado al amigo Profesor Dr. Carlos María Cárcova, quien siempre muy gentilmente nos ha visitado en Porto Alegre (Brasil).

** Doctorando en Teoría y Filosofía del Derecho (UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE/ITALIA). Master en Derecho Público (UNISINOS/BRASIL). Consejero y Investigador del Instituto de Hermenéutica Jurídica (IHJ/BRASIL).

*** Master en Derecho Público (UNISINOS/BRASIL). Profesora de la Facultad de Derecho de la UNISINOS/BRASIL. Presidente y Investigadora del Instituto de Hermenéutica Jurídica (IHJ/BRASIL)

¹ A fin de evitar problemas de orden terminológico, Sansone aclara que “el término *derecho* es entendido, en el análisis del derecho y literatura, en el sentido más general (en la línea de *droit, law, recht*), eso e, como norma escrita y experiencia jurídica, derecho positivo y derecho natural. El mismo ocurre con el término *literatura*, que indica, predominantemente, la narrativa (ficción), aunque también se refiera a la épica, a la prosa y a la poesía (SANSONE, 2001: 3).

² Cf. CHUEIRI (2006: 233 a 235): “Derecho y Literatura es un nuevo campo de posibilidades para cuestiones formales y materiales que afligen tanto el Derecho cuanto la Literatura. Pero, en el campo de la crítica del Derecho, incorpora a las demandas políticas y éticas de reconstrucción de un mundo más igualitario y justo la sensibilidad estética del gusto literario.” En el mismo sentido, FREITAS, para quien “la relación entre el Derecho y Literatura, al nivel metodológico, que no al nivel sustancial, es no solamente concebible como también deseable, en una fase interparadigmática de búsqueda como la que se nos presenta en este momento. El Derecho nos presenta, hoy, desafíos cuya resolución ya no se basta con los modelos puramente legalistas, de la percepción del jurídico y también de la realidad social” (1990: 22 a 23).

³ Consultar sobre el tema, OST (2004: 49 y 59), JUNQUEIRA (1998: 21); SCHWARTZ (2006: 52), en que se destaca la importancia que el estudio del Derecho y Literatura viene asumiendo en Estados Unidos, donde actualmente integra el programa de más de 40% de las facultades de derecho, entre ellas la famosa *Harvard Law School*, y en Europa, especialmente en Francia, Bélgica, Italia, España y Portugal.

obstante todos los esfuerzos realizados en los últimos años⁴ y que llama la atención por la íntima relación que históricamente se observa entre la producción jurídica y la literaria⁵.

El presente trabajo tiene como finalidad i) examinar las relaciones que puedan establecerse entre los aludidos campos; ii) presentar el panorama histórico de tales estudios en el escenario internacional y iii) tematizar los modos a través de los cuales diversas orientaciones construyen la relación entre *derecho y literatura*.

1. La relación en cuestión.

La construcción de un puente entre el derecho y literatura, según los moldes propuestos por Enrique E. Marí, tiene como presupuesto la existencia de una conexión marcada, por la influencia recíproca entre ambas disciplinas⁶.

⁴ Se impone, sin embargo, reconocer la valiosa contribución de aquellos que, de algún modo, pueden ser considerados los precursores de esa iniciativa: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, cuya tesis de maestría, defendida junto al CPGD/PUCSP (Curso de Posgrado en Derecho/Universidad Católica de San Pablo) se intituló *Derecho & Literatura – anatomía de un desencanto: desengaño jurídico en Monteiro Lobato*, Cristiano Paixão, cuyas investigaciones desarrolladas junto a la Facultad de Derecho y al Programa de Posgrado en Derecho de la UnB (Universidad de Brasilia) tiene como objeto justamente las relaciones entre derecho, cinema y literatura; Germano Schwartz, que viene se dedicando al estudio de los sistemas jurídicos y literarios, bajo la perspectiva de la matriz autopoietica; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por la coordinación del trabajo desarrollado junto al “Núcleo de Derecho y Psicoanálisis” – en el cual participan Albano Pepe, Alexandre Morais da Rosa, Agostinho Ramalho Marques Neto, entre otros –, cuyas últimas reuniones resultaran en las recientes publicaciones sobre Camus y Kafka; José Luis Bolzan de Morais y Lenio Luiz Sreck, que vienen participando, estimulando y enriqueciendo el proyecto “Derecho y Literatura: del hecho a la ficción”, desarrollado por el Instituto de Hermenéutica Jurídica (IHJ); Luis Alberto Warat, por presentar a la comunidad jurídica brasileña, a través de su obra *La ciencia jurídica y sus dos maridos*, un nuevo modo de se pensar el derecho y su enseñanza, rompiendo con la metodología tradicional y, así, superando el sentido común teórico que todavía hace rehén el pensamiento jurídico contemporáneo; Marcelo Campos Galupoo, quien tiene investigado las diversas facetas entre derecho y literatura a través de las investigaciones que conduce en el Programa de Posgrado en Derecho de la PUC/MG (Universidad Católica de Minas Gerais); Maritza Maffei da Silva, cuya tesis de doctorado, defendida junto al PPGD/UNISINOS (Programa Posgrado/Universidad do Vale do Rio dos Sinos), se intituló “*El mercader de Venecia*” de William Shakespeare: un encuentro en la encrucijada de la literatura, del derecho y de la filosofía; Vera Karam de Chueiri, que desarrolla importante trabajo junto a la Facultad de Derecho y al Programa de Posgrado en Derecho de la UFPR (Universidad Federal del Paraná), donde se dedica al estudio de las relaciones entre Derecho y Literatura; y, además, Vicente de Paulo Barreto, responsable por la publicación de la obra *Contar la ley*, de François Ost, en lengua portuguesa.

⁵ Hay que destacar que “buena parte de nuestros escritores eran licenciados en Derecho, y muchos de ellos ejercieron la abogacía, la fiscalía o la magistratura. Principalmente: Gregorio de Matos Guerra, Cláudio Manoel da Costa, Tomás Antonio Gonzaga, Gonçalves Dias, Álvares de Azevedo, Castro Alves, José de Alencar, Raul Pompéia, Raimundo Correia, Alphonsus de Guimaraens, Augusto dos Anjos, Graça Aranha, Godofredo Rangel, Oswald de Andrade, Alcântara Machado, José Lins do Rego, Clarice Lispector, Jorge Amado, Lygia Fagundes Telles y Monteiro Lobato” (GODOY, 2002: 27), y, en particular, José de Alencar, que desempeñó la función de Ministro de Justicia del Imperio, asimismo escribió, además de las novelas, notas y pareceres jurídicos principalmente acerca de “vacaciones de fiscales, vacaciones del Tribunal, jurisdicción, conmutación de penas, perdón de pena por Tribunal Militar, jurisdicción militar, pago y ejecución de multa impuesta a demandado esclavo, obligación de señor de esclavos de pagar pena de multa atribuida a esclavo suyo, entre otros”. (GODOY, 2002: 29 a 31).

⁶ Cf. MARI, para quien “ni el derecho, ni la literatura (o cualquier otra expresión de la estética), tienen la más mínima posibilidad de convertirse en campos sobre los que pueda construirse algo racional, asociando racional con empírico y lógico-metodológico. Si vinculamos ahora a nuestro autor Ludwig Wingenstein y su famoso punto 7 – *De lo que no se puede hablar mejor es callar* [Wovon man nicht sprechen kann, darüber mus man schweigen] – debemos concluir que el puente entre ambas disciplinas es algo de lo que hay que callar, ante la imposibilidad de hablar de él” (1998: 254 a 255).

En ese escenario, en el que la literatura asume gran importancia, parece conveniente profundizar en aspectos conectados 1.1) a su dimensión creadora y crítica, 1.2) a su dimensión lingüística y, por fin, 1.3) a las convergencias y divergencias que pueden establecerse entre derecho y literatura.

1.1 La dimensión creadora y crítica de la literatura

Cuando se considera el carácter deconstructivo y crítico de la obra literaria – al contrario de la obra jurídica – es preciso advertir que ella es una obra de arte, por cuanto se caracteriza por la maravilla del enigma y por su inquietante originalidad, que son capaces de suspender las evidencias, alejar lo que es dado, disolver las certezas y romper con las convenciones.

La obra de arte produce, mediante la imaginación, un desplazamiento en la mirada, cuya mayor virtud está en la ampliación y fusión de los horizontes, de modo que todo pasa como si, a través de ella, lo real posibilitase el surgimiento de mundos y situaciones hasta entonces no pensados.

Con ella, las formas adquieren significaciones plenas que se manifiestan en un evento particular. Se trata de un gesto propio de la idea de *poiesis*, un sentido que adquiere forma. Ocurre que ese gesto surge espontáneamente y su sentido se revela original, lo que torna la expresión más segura de una libertad en acto. Y, de esa forma, la obra de arte puede ser entendida, en un primer análisis, como una libertad que se ejerce en un sentido que adquiere forma (OST, 2004: 32).

En tal contexto, Ost afirma que la obra de arte – en el caso, la narrativa literaria - atestigua, que lo real no es sino una modalidad de lo posible, esto es, si antes se decía que la obra de arte daba forma a lo posible; ahora, se ha percibido que ese posible constituye justamente la condición de lo real que surgió en su acontecimiento singular (OST, 2004: 34).

Por su parte, Gadamer refiere que la obra de arte es un juego que solamente se efectúa en el acogimiento que le reserva el espectador: entre el mundo del texto y el mundo del lector, ocurre una confrontación, a veces una fusión de horizontes, considerando que el intérprete no es una tabla rasa, pero sí, un ser ya envuelto en otras historias, un ser en busca de su propia identidad narrativa (GADAMER, 2003: 31 a 222; 2002).

Sin hablar que la realidad de la obra de arte y su fuerza declarativa no se dejan limitar por el horizonte originario, en que el creador de la obra y el contemplador eran efectivamente simultáneos.

Más que eso, Gadamer refiere que parece hacer parte de la experiencia artística el hecho de que (a) ella siempre tenga su propio presente, (b) ella mantenga en sí, pero solamente hasta cierto punto, su origen histórica y, especialmente, (c) ella sea expresión de una verdad, que, de algún modo, coincide con lo que el autor espiritual de la obra propiamente tenga figurado (GADAMER, 1996).

Todo converge, al final, para la enseñanza que puede extraerse de la obra de Gadamer, según, en el actual momento histórico, el significado filosófico del arte reside en el modo de pensar de la filosofía, de forma que cada recuerdo del arte es una corrección al carácter unilateral de la moderna orientación del mundo (GADAMER, 1996: 9); de Adorno, para quien la obra de arte es, antes de todo, resistencia (ADORNO, 1982); y, además, de Steiner, quien defiende la tesis de que la obra de arte siempre es una

contra-creación, o sea, ella representa, de un lado, el desafío al mundo heredado, a la naturaleza circundante, en fin, al legado cultural; y, de otro, la apuesta de que aún está por ser pensado algo esencial capaz de cambiar el mundo en algo nuevo (OST, 2004: 32 a 33).

Además, no puede olvidarse la *Lección* de Barthes, según la cual el poder se inscribe, desde siempre, en el lenguaje al que el hombre no escapa, pues en ella está inscripto⁷. Y, así, la lengua, entendida como desempeño de todo lenguaje – es fascista, en la medida que, cuando no impide de hablar, obliga a hacerlo (BARTHES, 1980: 10 a14).

En ese orden, si la ciencia es grosera, de un lado, pero la vida es sutil, de otro, la literatura se revela imprescindible para corregir esa distancia, pues el saber que ella moviliza nunca es completo, definitivo, último, pero tiene la capacidad de cambiar el mundo a través de la subversión de la lengua (BARTHES, 1980: 19 y 24).

Por eso, es preciso concordar con Barthes cuando afirma que, a aquellos que no son caballeros de la fé y tampoco súper-hombres, resta jugar con la lengua, pues solamente así puede escucharse la lengua fuera del poder, dar voz al recalcado, en el esplendor de una revolución permanente del lenguaje – esa trampa saludable, para Barthes, es lo que se llama *literatura* (BARTHES, 1980: 16).

A propósito, en ese sentido, no es sin razón la postura asumida por Barthes de que, si todas las disciplinas con excepción de una, debiesen ser expulsadas de la enseñanza, la disciplina a ser salvada, debería ser la literatura, en función de que todas las ciencias están presentes en el monumento literario (1980: 18).

De tal modo, teniendo por base las lecciones de Barthes, puede concluirse que la literatura asume, claramente, una función de subversión crítica, por cuanto se convierte en un modo privilegiado de reflexión filosófica – que excede el marco de las disciplinas científicas (sociología, antropología, psicología o economías jurídicas) que se ocupan de estudiar el derecho desde diversos ámbitos -, posibilitando, así, que se trate de problemas más primarios y, al mismo tiempo, más complejos de la historia del derecho (TALAVERA, 2006: 59).

⁷ En ese mismo sentido, ver también FOCALUT (2004), para quien (a) todavía en la Edad Media, el discurso verdadero al cual se tenía respeto y terror, aquello al que era preciso someterse, porque él reinaba, era el discurso pronunciado por quien de derecho y conforme el ritual requerido; era el discurso que pronunciaba la justicia y atribuía a cada cual su parte; era el discurso que, profesando el futuro, no solamente anunciaba lo que iba a pasar, sino que también contribuía para su realización, suscitaba la adhesión de los hombre y así se hacía el destino; un siglo más tarde, la verdad más elevada ya no reside no que *era* el discurso, o en que él *hacía*, pero sí en que él *dice*: ha llegado la época en que la verdad se ha desplazado del acto ritualizado, eficaz y justo, de enunciación, para el propio enunciado: para su sentido, su forma, su objeto, su relación a su referencia; (b) el discurso no es simplemente lo que manifiesta (o oculta) el deseo; es también, lo que es el objeto del deseo; el discurso no es simplemente lo que trae las luchas o los sistemas de dominación, pero aquello por lo que se lucha, el poder que queremos apoderarnos; (c) el poder está presente en los más diversos y sencillos mecanismos de intercambio social: no solamente en el Estado, en las clases, en los grupos, pero asimismo en las modas, en las opiniones corrientes, en los espectáculos, en los juegos, en las informaciones, en las relaciones familiares y privadas, y hasta en los impulsos liberadores que intentan contestarlo, incluyéndose las *ciencias* y, sobre todo, sus discursos.

A la literatura, por ende, se le atribuye la difícil misión de posibilitar la reconstrucción de los sitios del sentido, que en el derecho están dominados por el sentido común teórico⁸ que amputa, castra, dificulta las posibilidades interpretativas del jurista, al operar con un conjunto de preconceptos, creencias, ficciones, fetiches, hábitos, estereotipos, representaciones que, por intermedio de la dogmática jurídica y del discurso científico, disciplinan, anónimamente, la producción social de la subjetividad de los operadores de la ley y del saber del derecho, cuya tradición es en sentido de que “ningún hombre pronuncia legítimamente palabras de verdad si no es (reconocido) de una *comunidad científica*, o de un *monasterios de sabios*” (WARAT, 1995: 57 a 99).

Aguiar e Silva afirma que la literatura constituye una ventaja para los juristas, pues les posibilita la perspectiva de mundos que son alternativos al tradicional, permitiéndoles experimentar – de forma segura – la complejidad de la vida a través de la participación en las elecciones, decisiones y sentimientos de personajes que, en verdad, son auténticas predicciones, por lo que, concluye la autora lusitana, es preciso reconocer que la literatura torna los lectores personas más críticas, lo que es fundamental a la práctica del derecho (AGUIAR E SILVA, 2001: 122-123)⁹.

En igual sentido, Sansone refiere que la literatura orienta la visión del mundo, define normas y estilos de vida, entra en el espacio de los valores colectivos y conduce al lector – en el caso, los juristas – a otros mundos posibles, ampliando su horizonte de sentido¹⁰.

De modo, que el discurso literario, debe ser entendido como un medio privilegiado para dominar y manipular el lenguaje, pues la literatura tiene la vocación de resaltar, precisamente, las virtualidades del lenguaje, creando realidades paralelas y universos alternativos, en que el lector se ve inmerso en la dimensión que más le sea conveniente¹¹.

En otras palabras, aún con Freitas¹², la literatura aparece como un vehículo de creatividad en el derecho, por cuanto posibilita alargar los horizontes referenciales de los juristas, permitiéndoles construir soluciones a que no llegarían si se mantuviesen en los límites del derecho puesto. De tal modo, aunque el derecho y la literatura operen en universos distintos, ambas disciplinas se encuentran en potencial convergencia, pues tienen, inevitablemente, que tratar con la interpretación¹³.

⁸ Cf. WARAT, para quien el “sentido común teórico” debe ser entendido como “un sistema de producción de la subjetividad que pone a los juristas en la posición de meros consumidores de los modos instituidos de la semiotización jurídica” (1995: 68 y 96).

⁹ Todavía respecto del tema, consultar RÍOS, para quien “un buen libro de literatura u obra cinematográfica [ambas son narrativas] pueden sacudir nuestras creencias morales y dejar una profunda huella en nuestras vidas” (2005: 219).

¹⁰ Cf. SANSONE (2001: 142); y también, GARCÍA AMADO, para quien la literatura es, entre las ciencias humanas, una de las principales formas capaces de recuperar una perspectiva integral del ser humano, de su naturaleza, sus necesidades, sus voluntades, sus miedos, etc., a través de la literatura es posible valorar y criticar las insuficiencias y defectos del derecho, de su miope y cómplice punto de vista acerca de las opresiones sociales más diversas (2003: 366).

¹¹ Cf. FREITAS, donde la autora concluye que la literatura es “una forma de realización de varias aspiraciones del ser humano, como vehículo y fruto de sus propias construcciones y motivaciones, en una realidad que puede no ser la suya, que puede no ser a del Derecho” (1995: 5).

¹² Cf. FREITAS para quien “no existe nada peor para un jurista, además de una deficiente preparación técnica que la estrechez de horizontes. La literatura amplía los horizontes del jurista” (FREITAS, 1990: 22 a 23).

¹³ Y esa constatación, tan bien argumentada por Dworkin (2001: 217), ya puede decirse consenso entre los juristas. Consultar, por ejemplo, TRIBE, et. al, (2007: 107 y ss.).

En suma, el momento es todavía de superación del actual modo-de-producción del derecho y, por lo tanto, de repensar el derecho. Por tanto, especialmente en estos tiempos de pos-positivismo, la teoría literaria debe ser vista como una fuerte aliada, incluso porque, conforme lo explicitado por Shelley, en el remoto año de 1821, en su *The Defense of Poetry*, no hay como negar que *poets are the unacknowledged legislators of the world*¹⁴.

1.2. La dimensión del lenguaje y la intertextualidad

Al considerar las contribuciones que, desde el punto de vista del lenguaje, la producción y los estudios literarios pueden ofrecer al derecho, parece evidente que, en ninguna otra disciplina del conocimiento, se revela de forma tan clara – como ocurre en la literatura – que el hombre es formador del mundo, como afirma Heidegger (2003: cap. 6)¹⁵.

Con la muerte del positivismo, aplazada o no, es imposible dejar de reconocer la trascendencia que el lenguaje asume en el siglo XX, en especial, respecto a la comprensión y análisis de los fenómenos jurídicos. Toda vez que el derecho es constituido por el lenguaje; el derecho es una forma discursiva de modo que “comprenderlo y construirlo diariamente como tal, son tareas que implican desafíos que no pueden cerrar los ojos a los recientes avances de la filosofía del lenguaje y de la teoría de la literatura” (AGUIAR E SILVA, 2001: 130; FREITAS, 1990: 24).

Ocurre que toda la efervescencia doctrinal y jurisprudencial que se ha verificado en los últimos años debe ser considerada como una reacción al positivismo jurídico, esto es, a ese modelo normativista, marcado por un pensamiento excesivamente formal y abstracto, calcado en la racionalidad lógico-matemática (AGUIAR E SILVA, 2001: 125).

La necesidad de restablecer como materia pertinente el debate acerca de la legitimidad y de la autoridad y de imprimir, nuevamente, coherencia y estabilidad a la realidad jurídica, sobre nuevos puntos de partida impulsa el desarrollo de las teorías contemporáneas de naturaleza post positivista. Para esas nuevas orientaciones resulta estratégico el aporte de la teoría de la comunicación, la semiología y la narratividad.

¹⁴ Se destaca, por oportuno, que no es posible concordar con la paráfrasis invertida propuesta por Schwartz – “todo legislador y autoridad judicial serían poetas del mundo” (2006: 15) –, pues tal asertiva implicaría la normatización de la poesía y, consecuentemente, la pérdida de la libertad poética, la mayor virtud de la literatura. Menester resaltar, aquí, para el necesario cuidado – hermenéutico - que debe tenerse cuando de la apropiación de metáforas literarias para la aplicación en otros contextos, bajo sanción de desvirtuarles el sentido original y vaciarles de su carga poética.

¹⁵ Además, no puede dejarse de mencionar, aquí, la clásica afirmación heideggeriana: “El lenguaje es la casa del ser. En esa habitación del ser vive el hombre. Los pensadores y los poetas son guardias de esa habitación.” (1998: 31). Respecto del tema, consultar también ECO: “¿Qué nos revelan los poetas? Ellos no *afirman* el ser, buscan simplemente rivalizarlo: *ars imitatur naturam in sua operatione*. Los poetas asumen como tarea la sustancial ambigüedad del lenguaje y buscan explotarla para de ella hacer surgir, más allá que un exceso de ser, *un exceso de interpretación*. La sustancial multivocidad del ser impone un esfuerzo para dar forma a lo irregular. El poeta rivaliza con el ser proponiéndole nuevamente la viscosidad, buscando reconstituir el irregular originario, para inducirnos a prestar cuentas nuevamente con el ser. Pero no nos dice respecto del ser, proponiéndonos el *Ersatz* [sustituto], más que el ser nos dice o lo que le hacemos decir, eso es, muy poco” (1998: 36).

En ese escenario, la interpretación surge como una temática central, especialmente en razón de los aportes de la filosofía por el lenguaje¹⁶ y del desarrollo de la teoría literaria, que han influenciado y enriquecido “estudios semejantes desarrollados por los teóricos del derecho, que prontamente se dieron cuenta de las ventajas que habían en disfrutar de todo ese patrimonio acumulado” (AGUIAR E SILVA, 1990: 126).

Resulta necesario recordar que Aguiar e Silva refiere que, considerando el nuevo estatuto reconocido a la interpretación – especialmente en el derecho -, parece legítimo tomar conocimiento de los avances desarrollados por la teoría literaria, que lleva indudable ventaja en ese dominio – sea en su extensión, sea en su intensidad – y viene, de larga data, enriqueciendo significativamente el panorama interpretativo (AGUIAR E SILVA, 1990: 63).

Además, hay una insistencia cada vez mayor en el reconocimiento de una racionalidad emocional y empática que cruza una parcela significativa de juicios en el campo jurídico. Se trata, en efecto, de la necesidad de “establecer formas alternativas de racionalidad práctica que posibiliten una más genuina y más justa resolución de los problemas que ese mismo pulsar involucra” (AGUIAR E SILVA, 1990: 129 a 130).

El estudio interdisciplinario del *Derecho y Literatura* parece lograr la más plena expresión y legitimidad cuando es encarado como una posibilidad capaz de producir el acceso a ese conocimiento empático del otro, a partir del fomento de esa identificación emocional con (la situación d) el otro. (AGUIAR E SILVA, 1990: 120 a 121).

White afirma que la ficción “estimula la capacidad del lector para imaginar otras personas, en otros universos” (en AGUIAR E SILVA, 1990: 120), reconociendo toda la potencialidad de que disponen los textos literarios respecto a la promoción de una inteligencia empática e imaginativa, que todavía es tan cara y fundamental a los juristas. Por ello, justamente, el reclamo de West en el sentido de una jurisprudencia narrativa, capaz de proporcionar la formación de panoramas morales que puedan ser operados como instancia crítica del derecho (1990: 121).

Eso todo porque, según señala Aguiar e Silva, sumergir en hábitos de la lectura y reflexionar acerca de las narrativas literarias puede contribuir decisivamente para que el jurista opere con estas formas alternativas de racionalidad, desarrollando tanto su capacidad imaginativa como también su inteligencia empática (1990: 130 a 131).

1.3. Entre convergencias y divergencias

Partiendo de la idea de que es preciso reconocer que, con la revolución de la filosofía a comienzos del siglo XX, el lenguaje ha perdido su carácter meramente instrumental y deja de ser considerado una tercera cosa que se interpone entre un sujeto cognoscente y un objeto a ser conocido y pasa a constituir la verdadera condición de posibilidad de todo proceso comprensivo, asumiendo una dimensión instituyente,

¹⁶ En el sentido descrito por STRECK (2007: 61 a 64).

puesto que en él - en el lenguaje - ocurre la mediación simbólica que establece la relación del hombre con el mundo¹⁷.

En ese escenario, en que se verifica la omnipresencia del lenguaje y la instalación del paradigma de la intersubjetividad, Ost afirma que, si es verdad que *a nadie es admitido ignorar la ley*, no puede olvidarse un presupuesto aún más fundamental, señalado por Valéry: *a nadie es admitido ignorar el lenguaje* (204: 22).

Y, una vez reconocido el lenguaje como instancia que funda a través de la palabra todo y cualquier discurso, parece imposible negar la existencia de elementos comunes entre el derecho y la literatura; su carácter textual y la observancia de los siete criterios de textualidad que los lingüistas suelen establecer: cohesión, coherencia, intencionalidad, aceptabilidad, informatividad, situacionalidad e intertextualidad (PÉREZ, 2006: 136).

Cabe destacar, para empezar, que el lenguaje preexiste a la realidad – incluso a la realidad jurídica¹⁸ – y, por lo tanto, a todo discurso que sobre ella incida, pues el pensamiento, vaya a la dirección que sea, siempre habrá que transitar por la palabra y, consecuentemente, “el mundo del derecho resulta un mundo traspasado por el poder de la palabra. Y, de la palabra mágica, fecunda, creadora” (AGUIAR E SILVA, 1990: 9 a 15).

De esta naturaleza es la relación establecida por Nussbaum al hablar de la necesaria vinculación entre literatura y contenido filosófico como parte esencial de la búsqueda por la verdad, considerando que algunas concepciones de mundo y de como debe vivirse en él, no pueden ser explicadas de manera completa y adecuada por el lenguaje de la prosa filosófica convencional, dependiendo en cambio, de la literatura, de su lenguaje y formas creativas, por sí mismas más complejas, más connotativas, que prestan mayor atención a los detalles (2005: 25 a 26).

Así, tanto el derecho como la literatura están íntimamente vinculados al lenguaje, pues trabajan fundamentalmente con la palabra, el texto, el discurso, la narración, en fin, con la comunicación¹⁹.

¹⁷ Ver, STRECK (2007) y en el mismo sentido, consultar AGUIAR E SILVA, para quien “es a través del lenguaje que el hombre se relaciona con el mundo exterior, con los otros, hasta consigo mismo. Es a través del lenguaje que el hombre piensa el mundo” (1990: 9 a 15).

¹⁸ En ese mismo sentido, ver SCHWARTZ, para quien “el mundo de las Leyes se compone primero de palabras que de leyes. A las Leyes preceden los verbos, las construcciones sintácticas, la morfología y la semántica que permitirá entender lo que pretende comunicarse. A las Leyes precede el texto” (2006: 63).

¹⁹ Todavía en ese contexto, pero bajo la perspectiva luhmaniana, Schwartz aduce que tanto el derecho como la literatura son comunicación en estado puro, o, más específicamente, comunicación a través del lenguaje, considerando que ambos operan con textos creados respecto de una realidad social semejante. La literatura es entendida como la diferencia entre la percepción y la comunicación: de un lado, el texto busca la percepción; de otro, la comunicación busca la unión de la unidad de la diferencia entre el texto y la percepción. Por eso, el texto es considerado el punto de partida para que se piense el no-escrito y todas sus implicaciones. La principal contribución de la teoría autopoietica para el estudio del Derecho y Literatura consistiría en percibir que es justamente en la conexión entre el sistema artístico, en que está la literatura, y el sistema social, en que se ubica el derecho, que ocurre una mutua irritación capaz de producir nuevas respuestas y operaciones. Dicho de otra forma, Schwartz sustenta que un observador de segundo grado, en los moldes exigidos por la teoría sistémica, puede percibir el derecho dentro de su lógica, pero utilizándose de parámetros literarios capaces de influir en la creación de un nuevo derecho, que de cuenta de los cambios del sistema social (SCHWARTZ, 2006; 2005).

O mejor, como enseña Kaufmann, “el derecho no es un *objeto* como los árboles y las casas. El derecho es, por el contrario, la estructura de las relaciones en que los hombres están un ante los otros y ante las cosas” (2002: 42).

Por otro lado, la literatura igualmente se encuentra ligada a esta misma *ontología de las relaciones* que comenta Kaufmann, pues las relaciones humanas también constituyen su objeto central, aunque privilegiando la estética. Como toda y cualquier expresión artística, la literatura es una transformación de lo real, es decir, la realidad recreada y retransmitida por la narrativa, a través de metáforas y metonimias. Así, de la misma forma como ocurre con el discurso jurídico – que pretende tratar de la realidad –, la narrativa, por más ficticia que sea, es producida inevitablemente a partir de lo que le es ofrecido por el mundo de la vida²⁰.

En ese sentido, Aguiar e Silva entiende que el estudio del *Derecho y Literatura* presenta dos aspectos comunes a ambas disciplinas: (a) tanto una cuanto la otra, aunque de forma y con finalidades distintas, trabajan con las relaciones humanas, lo que presupone un apurado conocimiento de la naturaleza/condición humana; (b) ambas atribuyen necesariamente un papel central a la palabra, lo que vincula la actividad de juristas y literatos a la interpretación de textos (1990: 73 a 74).

Todo eso no significa, sin embargo, que no haya diferencias importantes entre las disciplinas jurídica y literaria, aunque tales disciplinas no tengan, por supuesto, el don de cuestionar efectivamente la validez del estudio del *Derecho y Literatura*. Cinco son, por lo tanto, las principales diferencias que normalmente se establecen entre el derecho y la literatura:

(a) si, por un lado, el discurso jurídico codifica la realidad a través de formas y procedimientos, instituyéndola a través de una red de significaciones convenidas y de un sistema cerrado de obligaciones e interdicciones; por otro, la literatura carece de cualquier dimensión formal, así, liber(t)a las posibilidades, alterando el orden impuesto, en la medida que suspende las certezas instituidas, fulmina las categorías que encierran la realidad y rechaza las convenciones establecidas, desobstruyendo, de esa forma, el camino de la imaginación rumbo a utopías creadoras (OST, 2004: 13 a 14; TALAVERA, 2006: 56 a 57).²¹

²⁰ En ese exacto sentido, ver MARTÍNEZ, Faustino. Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. 17, p. 113-210, 2005, p. 113: “¿Existe algún aspecto de la vida que pueda quedar al margen del derecho?, ¿Existe algún otro campo de la vida que puede verse postergado por la literatura, que pueda quedar al margen de un proyecto literario cualquiera que sea su manifestación externa: teatro, ensayo, poesía, novela, cuento? Ambas disciplinas, artes o ciencias, según los casos y las visiones que se defiendan, extienden su influencia y su visión sobre la totalidad de las conductas humanas, lógico es pensar en las más que posibles interferencias que pueden darse entre ambas por el mero hecho de compartir campos comunes que se refieren indefectiblemente al humano actuar o al humano pensar”. Todavía en la misma línea, consultar FREITAS, *op. cit.*, p. 24: “El jurista como especialista del saber global (Baptista Machado): su formación pasa por un conocimiento tan vasto cuanto posible de la naturaleza humana. La literatura como espejo y manifestación de la misma; como vehículo de conocimiento de diferentes lenguajes y de mundos paralelos al, por veces circunscrito, mundo de los juristas, en el momento concreto de la aplicación del Derecho.”

²¹ Según Cortina, en el prólogo de la obra de Talavera, “el derecho nace de un cuerpo legislativo que parece ajeno al mundo de la vida, eso es, a ese mundo que se hace con las biografías y con las historias de los pueblos, mientras que la literatura trabaja con el universo de la creación libre, la tierra de la fantasía, el terreno poético, donde lo que importa, antes de todo, es sintonizarse con los lectores para llevarlos para más allá de sus vidas, a relatos de vidas ajenas con las cuales pueden comprender mejor las suyas. Ese es el continente de esa particular racionalidad que no

(b) si, de un lado, la función del derecho es estabilizar las expectativas sociales, en busca de la seguridad jurídica, lo que resulta en el congelamiento del tiempo, en el aprisionamiento de los sentidos y en el exterminio fálico de las emociones y de los afectos; de otro, la literatura tiene una función fundamentalmente heurística, dedicada a crear, innovar, criticar, sorprender, espantar, deslumbrar, perturbar, chocar, desorientar, en fin, emocionar (OST, 2004, 15 a 16).²²

(c) si, por un lado, del derecho se espera el comando, el orden, la medida, la decisión, etc.; por otro, de la literatura se espera la belleza, la imaginación, lo lúdico, la duda, la trasgresión, etc.²³

(d) si, de un lado, el derecho produce *sujetos de derecho*, brindándoles facultades y obligaciones establecidas, y diseña personas atribuyéndoles roles normatizados cuyo ejemplo debe servir como estatuto de las conductas y padrones esperados de los demás individuos en la vida en sociedad, al estilo del buen padre de familia, la mujer honesta, el competente leal, el profesional diligente, etc.; de otro, la literatura crea personajes, cuya naturaleza ambivalente combina con la ambigüedad de las situaciones singulares que le son atribuidas, de forma que su identidad es el resultado de su propia trayectoria experimental en búsqueda de sí mismo (OST, 2004: 16 a 18).

(e) si, por un lado, el derecho se inclina por la generalidad y abstracción, normalmente atribuidas a la ley; por otro, la literatura se ocupa de lo particular y concreto, considerando que toda historia se revela irreductiblemente singular (OST, 2004: 18).²⁴

Empero, esas diferencias, lejos de revelar una incompatibilidad entre las dos disciplinas, evidencian una relación dialéctica imprescindible. Es por ese motivo que Ost afirma que no puede limitarse a constatar un simple "diálogo de sordos entre un derecho codificado, instituido, instalado en su racionalidad y su efectividad, y una literatura rebelde a toda convención, celosa de su ficcionalidad y de su libertad", cuando, en verdad, lo que hay "son préstamos recíprocos e intercambios implícitos"²⁵.

2. Desarrollo histórico.

El *Derecho y Literatura* puede ser considerado un movimiento cuyo desarrollo acompaña, prácticamente, la evolución de la historia del siglo XX. Resulta útil dividirlo en tres periodos bastante distintos, según sugiere Sansone (2001: 2), a fin de facilitar la comprensión: el *primer momento* es el punto de

se sostiene en silogismos, tampoco en raciocinios inductivos, sino en el argumento vivo de una narración" (2006 p. XIII).

²² Un buen ejemplo en ese caso – quizás lo más clásico de ellos – sea *Alicia en el país de las maravillas* (1865), de Lewis Carroll.

²³ Ver, para tanto, WHITE, cuya principal tesis es en sentido de que entre el imperativo jurídico *no debes* y el *todo es posible* de la narrativa literaria hay tanta interacción cuanto confrontación (2000). Todavía sobre el tema, consultar FERREIRA DA CUNHA (2007).

²⁴ Todavía en ese sentido, ver FREITAS, para quien: "No es el texto literario vinculante, aunque pueda tener una función normativa. El texto jurídico, a su vez, es, por definición, vinculante y, siempre, normativo. La normatividad de un texto no resulta necesariamente de su vinculatividad. La primera puede existir sin la segunda, siendo (como ocurre en el texto literario), en tal supuesto, una normatividad potencial. Cuando sea vinculante, como lo es el texto jurídico (la norma por antonomasia), será efectivamente normativo" (1990: 19 a 20).

²⁵ Cf. OST, *op. cit.*, p. 23.

partida, en el comienzo del siglo y hasta el fin de la década del 30, cuando surgen los primeros escritos propiamente sobre *Derecho y Literatura*, tanto en el escenario jurídico europeo cuanto en el estadounidense; el *segundo momento* es un período intermedio, en que se advierte la continuidad en la producción de las investigaciones, con la profundización y la difusión de sus estudios en especial en Europa, en las décadas del 40 y 50, y con el renacimiento estadounidense del movimiento *Law and Literature*, en la década del 70 (SANSONE, 2001: 18 a 43); y, por fin, el *tercer momento*, cuando ocurre el arraigo curricular del estudio del *Derecho y Literatura* en el interior de los departamentos universitarios y de los centros de investigación, a partir de la década de 80.

2.1. La fase inaugural

En Estados Unidos, el estudio del *Derecho y Literatura* empieza con la publicación, en 1908, del ensayo *A List of Legal Novels*,²⁶ de John Wigmore, orientado hacia el estudio del derecho **en la** literatura, en que son clasificados y catalogados innumerables relatos, especialmente narrativas anglosajonas modernas, en que emergen las más variadas temáticas jurídicas; y, en 1925, del ensayo *Law and Literature* (1925), del célebre juez Benjamin Cardozo, orientado hacia el estudio del derecho **como** literatura, en el que examina la cualidad literaria del derecho, proponiendo la lectura e interpretación de las sentencias judiciales como ejemplos de literatura (SANSONE, 2001: 15 a 18).

Por otro lado, en Europa, el punto de partida puede ser considerado la publicación, en 1931 y 1936, en Suiza, de los ensayos *Das Recht in der Dichtung* (FEHR, 1935: 580) y *Die Dichtung im Recht* (FEHR, 1936: 327), respectivamente, de Hans Fehr, en los que el derecho surge como un fenómeno cultural común a la educación de los juristas y de los literatos, mientras que la literatura, a su vez, aparece tanto como fuente para el conocimiento jurídico, como también un instrumento de crítica a las instituciones jurídicas²⁷; y, en 1936, en Italia, del ensayo *La letteratura e la vita del diritto* (FEHR, 1936: 327), de Antonio D'Amato, en el que la literatura es entendida como un intérprete auténtico de las necesidades y aspiraciones del pueblo, asumiendo, así, una función en la formación y evolución del derecho (1936).

Aun Gustav Radbruch no dejó de considerar la trascendencia del estudio del Derecho y Literatura, lo que se evidencia, en 1938, con la publicación de un ensayo intitulado *Psicología del sentimiento jurídico dei popoli* (1938), en el cual se apoya en la literatura para extraer la expresión del sentimiento de nación, poniendo énfasis en los ejemplos ruso, con Tolstoi; francés, con Flaubert; e inglés, con Dickens (2001: 12 a 13).

²⁶ Cf. WIGMORE (1908: 574 a 596). En el mismo sentido, ver LOESCH (1926: 109 a 146) en que el autor destaca la capacidad de la literatura para formar la conciencia ética social de los abogados.

²⁷ Ver, por lo tanto, SANSONE, que señala las siguientes temáticas jurídicas presentes en la literatura alemana, según Fehr: la *venganza* frecuente en las antiguas sagas alemanas, entendida como necesidad absoluta de reacción frente al derecho; la *fidelidad*, indicada como *Treueproblem*, equiparada al *Rechtsbruch*; la *paz*, o sea, la *Friedenssehnsucht*; el *proceso* en sus formas más variables; las *figuras institucionales* del emperador y del papa; el *Estado* y el *príncipe*, y el *príncipe* y el *pueblo*; el derecho de *familia*; algunos institutos y momentos del derecho *penal*; la *psicología* del derecho" (2001: 9 a 14).

2.2. La fase intermediaria

El crecimiento de la investigación alcanza una etapa fundamental entre los años 1940 y 1960, con la publicación de la obra de Ferruccio Pergolesi, cuya investigación se revela significativa respecto a la gran producción bibliográfica sobre el tema, atento al método adoptado por el autor y a la sistemática del análisis desarrollado sobre el complejo campo de las relaciones entre derecho y literatura (SANSONE, 2001: 21 a 22).

Según Pergolesi, la literatura, en sus más variados géneros – especialmente el narrativo y el dramático –, a medida en que refleja la vida a través del contenido de las tramas, no puede dejar de ser considerada en sí misma como un complejo material jurídico. Dicho de otra forma, la literatura de un pueblo contribuye, entre otras cosas, utilizada con prudencia, a conocer la historia de su derecho y, además, como actúa en la práctica, permitiendo comprender también aspectos relativos a la historia social en general (que llama historia civil) (PERGOLESI, 1927: 1277 a 1278).

Más adelante, en el auge de su producción teórica, Pergolesi abandona la noción de *historia civil* del derecho, asumiendo dos nuevas direcciones: a) la de la *sociología del derecho*, pues los literatos pueden ser utilizados por la sociología, para tratar con lo que puede llamarse el derecho como experiencia, derecho viviente, o, derecho efectivamente vigente en un determinado ámbito; b) del *sentimiento de la justicia natural*, considerado como la capacidad de la obra literaria de poner en discusión problemas éticos y también, de permanecer como documento que capta el *sentimiento jurídico* (1956).

De ese modo, optando por el método de investigación en que se analizan argumentos, institutos y ramas del derecho, a partir de una diferenciación de naturaleza jurídica objetiva, basada en las fuentes literarias, Pergolesi aborda temas relativos a la formación social del derecho, al derecho de familia y de las sucesiones, al derecho público, al derecho procesal, a la ejecución de las sentencias, a los tipos de magistrados y abogados. También algunos problemas referentes a la justicia, especialmente a partir de las obras de Molière, Beltramelli, Pirandello, Manzoni, entre otros (SANSONE, 2001: 25 a 31).

En la misma dirección, cabe mencionar las publicaciones, en 1949, del ensayo *Derecho y Literatura*, de Juan Ossorio Morales (1949), en el cual el catedrático español analiza, sobre la base de los clásicos de la literatura castellana, la praxis jurídica y social del Siglo de Oro; y en 1952, el ensayo *Antígone e Porzia*, de Tullio Ascarelli, en el que el catedrático italiano presenta, a partir del examen de los acontecimientos ligados a las dos figuras femeninas, la noción de derecho natural como criterio de justicia de la norma positiva (ASCARELLI, 1955: 756 a 766).

Por otro lado, entre otros autores de la tradición germánica – que en la década del 50 se dedica al análisis de la representación del proceso en las obras literarias y a la investigación en la problemática general del derecho penal, como, por ejemplo, los errores judiciales, el procedimiento criminal y el fundamento último de la pena, Hans Fehr reaparece, en 1950, con la publicación de un nuevo ensayo, intitulado *Die Dichtung des Mittelalters als Quelle des Rechts* (1950: 62 a 66), en que retoma los temas presentados anteriormente, profundizando el análisis de la literatura entendida como fuente para el aprendizaje y la reconstrucción de la historia del derecho (SANSONE, 2001: 32 a 34).

Por fin, en Estados Unidos, se produce un enriquecimiento de los estudios comenzados por Wigmore y Cardozo, con la publicación de una serie de textos y ensayos que resultan, posteriormente, en las décadas del 60 y 70, la base para la inclusión de la enseñanza del *Law and Literature* en las academias jurídicas estadounidenses.

Un buen ejemplo al respecto lo constituye la obra de Edmund Fuller (1947) *Law in Action*, publicada en 1947, bajo el pseudónimo de *Amicus Curiae*, en la que el autor presenta una significativa antología, reuniendo escritos de épocas diferentes y autores de las más distintas formaciones: la primera parte está en función de la noción de libertad, a partir de los *Evangelios* de Mateos, Marcos, Lucas y Juan, asimismo de las obras de Honoré de Balzac y Walter Scott; la segunda parte aborda la cuestión de la mora, con base en los *Evangelios* apócrifos; la tercera parte está dedicada a la justicia, considerando las obras de Plutarco, Graves, Rabelais, Cervantes, Swift, etc.; la cuarta y última parte trata de los crímenes y tiene como base los textos de Melville, Chéjov, Twain, Carroll.

Otro autor que merece ser destacado, en ese sentido, es Ephraim London (1960: vols. 1 y 2), quien publica, en 1960, la antología *The World of Law*, obra de gran organicidad y responsable por gran impacto en los pasillos de las academias estadounidenses, siendo considerada un manifiesto por la defensa de los principios orientadores de la realización del Estado de Derecho y de la garantía de las libertades fundamentales: el primer volumen, intitulado *Law in Literature* (derecho *en* la literatura), presenta la sección *Casos y Juicios*, desarrollada a partir de las narrativas literarias de Cervantes, Dickens, Carroll, Tchékhov, Pirandello, etc., y también la sección *Abogados, jueces, jurados y testigos*, en que se destacan las obras de Faulkner, Balzac, Scott, Rabelais, etc.; el segundo volumen, intitulado *Law as Literature* (derecho *como* literatura), presenta las secciones *Causas de notables y casos notorios*, *Testimonios y argumentos como literatura y juicios*, *Observaciones y reflexiones sobre el derecho*, en que son compilados escritos de jueces, fallos judiciales notorios, asimismo trechos abordados en las obras de James, Zola, Wilde, Camus, Melville, Swift, Montaigne, etc (SANSONE 2001: 37).

Con el creciente incremento de los escritos, discusiones y eventos, en especial en la década de 70, surge lo que hasta hoy es conocido como el renacimiento del *Law and Literature Enterprise* – a través del cual se abre el universo del análisis del fenómeno jurídico, a medida en que este deja de ser descriptivo, según exige el positivismo, y se torna narrativo y prescriptivo -, particularmente con la publicación del ensayo de James Boyd White, intitulado *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression* (1973), en el que están reunidos trechos de obras literarias, sentencias y decisiones judiciales y leyes, asimismo escritos del propio autor, que intenta, por intermedio de ellos, demostrar que el derecho es un sistema cultural en el que participan la imaginación y la creatividad literarias, como componentes de la racionalidad jurídica.

Se observa, consecuentemente, un progresivo y renovado suceso de los estudios e investigaciones que pasan a ser desarrollados a través del análisis de las obras literarias, de los valores humanísticos, lo que resulta, en los 80, en la afirmación definitiva del *Law and Literature Movement*²⁸.

2.3. La fase actual

Como se afirma, la efectiva consolidación del estudio del *derecho y literatura* ocurre solamente a partir de la década de 80, en especial en el ámbito académico, con el surgimiento de nuevos departamentos universitarios y la afirmación de una serie de instituciones que se orientan específicamente en relación con tales estudios.

2.3.1. *Diritto e Letteratura*

La retomada italiana de los estudios del *Diritto e Letteratura* – aunque también ocurra en los 80, siguiendo lo que se daba en otros países europeos-, se caracteriza por la publicación de una serie de nuevos ensayos, pero, en especial, por el surgimiento de innumerables voces, independientes y autónomas orientadas al estudio de la experiencia estadounidense (SANSONE, 2001: 43 a 55).

En ese contexto, es que sucede una renovación de la producción bibliográfica, se destacan las figuras de Mario Cattaneo (1985, 1987 y 1992), quien señala el trato frecuente en las obras literarias – especialmente de Goldoni y Manzoni – de reflexiones sobre el problema de la justicia y demás temáticas jurídicas correlativas, particularmente en el derecho penal; Giorgio Rebuffa (1992), quien dedica su ensayo al examen de la contribución de la narrativa realista de Balzac para los estudios de la sociología del derecho, especialmente en razón del importante relato que formula de las expectativas sociales de tipo revolucionario; Bruno Cavallone (1991), que analiza la teoría general del proceso, partiendo de *Alicia en el país de las maravillas*, de Carroll, proponiendo la revalorización del formalismo y del rito en la instrucción probatoria; y, por fin, Antonio Bevere (1996), que se propone demostrar las “connotaciones eternas” de la justicia, a través de imágenes literarias que cuidan de la praxis de los gobernantes y de los gobernados, en fin, de la manera como el público se relaciona, históricamente, con las instancias universales del derecho.

Dicho tránsito teórico empieza con Fabrizio Cosentino (1993: 622 a 670; 1996: 179 a 195), quien establece un panorama del campo de investigación italiano – cuya base es la clasificación articulada en el interior del *Law and Literature Movement*, a través de la cual se divide el estudio en las siguientes categorías: derecho *en la* literatura, derecho *como* literatura y derecho *de la* literatura-, considerándose tanto las obras literarias patrias convenientes al análisis jurídico, como también los estudios desarrollados respecto de la metateoría sobre *Diritto e Letteratura*.

En la misma orientación, Guido Alpa publica un ensayo titulado *Law & Literature: un inventario di questioni* (1997), en el cual subraya la trascendencia de los análisis interdisciplinarios y, luego de adoptar el

²⁸ Ver SANSONE (2001: 42); CHUEIRI (2006: 234); y, además, SCHWARTZ (2006: 51), para quien “el movimiento *Law and Literature*, con comienzo en los años 70, en Estados Unidos, y que se desarrolla en efecto

modelo americano tripartido de la investigación, profundiza la corriente del derecho *como* literatura, planteando cuestiones respecto a la forma, a la interpretación, etc.

Finalmente para este abordaje respecto del dialogo ítalo-americano, es necesario referir el ensayo de Lorenzo Cavalaglio – intitulado *Literature vs. Economics, ovvero Richard Posner e l'analisi giusletteraria* (1998)–, en el cual registra la más importante experiencia italiana del *Law and Literature Movement* – congreso realizado, en 1998, en la Facultad de Derecho de la Università degli Studio Roma Tre, en conjunto con la Italian Association of the Yale Law Schools y el Centro di Studi Americani –, además, evidentemente, de examinar las tesis desarrolladas por Richard Posner respecto del tema.

Sin embargo, es en la última década, en la que se ha verificado una notable evolución cualitativa del *Diritto e Letteratura*²⁹, tanto respecto de la realización de una gama de cursos y eventos – con destaque para las iniciativas de Emanuele Conto y Eligio Resta, entre otros –, como también en el ámbito de la producción científica, en la cual sobresalen las obras de Mittica (2004) y, especialmente, el excelente estudio de Sansone (2001), aquí adoptado como principal referencia teórica.

2.3.2. Droit et Littérature

La experiencia francesa respecto al *Droit et Littérature* también asume importancia en el escenario académico a lo largo de la década de 80, lo que se produce a partir de tres hechos concretos (SANSONE, 2001: 58 a 67).

Primero, la creación, en 1982, de un curso universitario sobre *Droit et Littérature*, bajo la coordinación de Régine Dhoquois, maestra de literatura, y Annie Prassoloff, profesora de derecho, realizado en la Université Paris Diderot, Paris VII.

Segundo, la organización, en 1984, de un congreso sobre el tema, cuyo resultado ha sido publicado en la revista *Actes: les cahiers d'action juridique*, en que la exposición de los temas y de las intervenciones ha sido distribuida de la siguiente forma: en la primera sección, la investigación respecto del derecho de autor – aquello que los estadounidenses llamarán de derecho *de la* literatura –, abordando desde la noción de personalidad de la creación literaria, basada sobre la convención jacobina hasta el funcionamiento de la *Société Civile des Auteurs Multimédia*; en la segunda sección, la representación del derecho en las obras literarias, con énfasis para las narrativas de Ésquilo, Goethe, Stendhal, Balzac, Proust, Kafka, entre otras; en la tercera sección, la elaboración de un conjunto de consideraciones interdisciplinarias entre derecho, literatura, filosofía, cultura y política.

Tercero, la publicación, en 1997, de la antología *Droit et Littérature*, de Philippe Malurie (1997) – con la cual se registra efectivamente la importancia que los estudiosos franceses atribuyen al estudio del tema – en que el civilista francés presenta las relaciones entre derecho y literatura a través de cuatro categorías y busca demostrar que la literatura contiene los fundamentos de la sociedad, sus bases jurídicas y los

durante los años 80 en aquel país, es una reacción a la no utilización de elementos literarios en el análisis del Derecho, siendo encabezado por autores como J. Boyd-White y Richard Weisberg”.

contenidos de las nociones constituyentes del ordenamiento jurídico, a partir de las ideas de derecho natural y derecho positivo (*Antífona*, de Sófocles), de medida, responsabilidad y libertad (*Orestéa*, de Ésquilo), de justicia y utopía (*Don Quijote*, de Cervantes), de honra (*El Cid*, de Corneille), de esperanza y clemencia (*El mercador de Venecia*, de Shakespeare), entre otros.

Sin embargo, todavía en el ámbito francófono, no puede dejar de mencionarse expresamente la importancia de la producción teórica llevada a cabo por François Ost, en Bélgica, cuyas traducciones para diversos idiomas ha posibilitado una gran difusión y repercusión del estudio del *Derecho y Literatura*, influyendo directamente en los avances de las investigaciones desarrolladas fundamentalmente en *terrae brasiliis*.

En su principal obra respecto del tema - *Contar la ley* (2004)-, en la cual defiende una teoría del derecho contado, Ost se propone analizar el comienzo de la ley, según el *Éxodo*, la invención de la justicia, según la *Orestéa*, de Ésquilo; la resistencia al poder, a partir de Antígona, de Sófocles; las fuentes de derecho, con base en *Robson Crusoe*, de Defoe, y de *Fausto*, de Goethe; y, por fin, los absurdos y las paradojas de la Ley, conforme *El proceso*, de Kafka.

2.3.3. *Recht und Literatur*

En el escenario cultural alemán, por otra parte, el estudio del *Recht und Literatur* pasa a ser definitivamente reconocido cuando la famosa *Neue Juristische Wochenschrift* empieza, en 1982, la publicación de *Themenhefte*, edición anual dedicada a los temas relativos al *Derecho y Literatura* (55 a 58).

Al mismo tiempo, se ha observado la intensificación de la producción de ensayos monográficos dedicados, en especial a la profundización de las relaciones entre literatura y criminología, entre los cuales se destacan los trabajos de Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Heinz Müller-Dietz y Klaus Lüderssen.

En diverso sentido, Peter Schneider publica *...ein einzig Volk von Brüdern: Recht und Staat in der Literatur* (1987), obra dedicada a la confrontación entre interpretación jurídica y literaria y, asimismo, al análisis de la problemática jurídica de las narrativas literarias, teniendo presente las siguientes perspectivas: *histórica*, a través de la cual se evidencia la validez de la literatura en la representación de la historia del derecho y de sus instituciones; *filosófica*, mediante la cual la literatura es considerada como registro de la historia de las ideas puestas como fundamento de los ordenamientos jurídicos; *psicológica*, según la cual se observa, de una parte, la fuerza persuasiva del derecho y, de otra, la capacidad de la literatura de generar un consenso respecto de las propias normas; y *pedagógica del derecho*, por la cual la literatura contribuye para la difusión y mediación de los conceptos jurídicos.

Por último, cumple referir que incluso Peter Häberle, en su artículo *Begegnungen von Staatsrechtslehre und Literatur* (1990), busca presentar un breve panorama de las obras, pertenecientes a la cultura de lengua tedesca, que tratan del *Recht und Literatur*.

²⁹ Hay que destacarse, aquí, la emblemática figura de Eligio Restá, cuyos estudios tienen como objeto la intersección entre el derecho, la literatura y el psicoanálisis.

2.3.4 *Derecho y literatura*

En el ámbito de la cultura jurídica española, el estudio del *Derecho y Literatura* asume igualmente importancia (SANSONE, 2001: 68), aunque su desarrollo todavía esté marcado, fundamentalmente, por la emergencia de ensayos monográficos.³⁰

En efecto, es solamente al final de los años 90 que empiezan a surgir publicaciones más significativas orientadas específicamente al estudio del *Direito e Literatura*, como la obra *Derecho y narración*, de José Calvo Gonzáles (1996), en la cual el profesor español busca abordar críticamente las decisiones judiciales y los problemas por ellas provocados – como, por ejemplo, el relativo a los precedentes-, desde una perspectiva narrativista, en función de que la concepción del derecho como narración constituye una importante herramienta respecto a la tarea interpretativa de los juristas.

En igual sentido, cumple apuntar la producción bibliográfica de Faustino Martínez Martínez (2005; 2003), orientada hacia la descripción y, principalmente, la crítica del derecho que surge en el ámbito de la literatura, más específicamente respecto a la difusión del sistema de un derecho común europeo durante la Edad Media, a partir de las narrativas literarias de Rabelais y de Lope de Vega.

Por último, merece destacarse la reciente publicación castellana de Pedro Talavera, titulada *Derecho y literatura* (2006), a través de la cual desarrolla en la línea de Ost, importante contribución a la corriente del derecho *en la* literatura, o entonces al estudio del *derecho contado*, en función de que, además de presentar el tema y las relaciones entre derecho y literatura, el autor se propone a analizar la elaboración dialógica de la ley, a partir del relato de *Alianza del Sinai*, del Antiguo Testamento; el carácter creador de la desobediencia civil, a partir de *Antígona*, de Sófocles; la importancia de los criterios interpretativos en la aplicación del derecho, con base en *El mercader de Venecia*, de Shakespeare; la falacia jurídica de la neutralidad, según *El proceso*, de Kafka; y, además, la fragilidad y manipulación del derecho cuando en las manos de quien detente el poder, conforme *Rebelión en la Granja*, de Orwell.

2.3.5 *Law and Literature Movement*

En Estados Unidos la definitiva afirmación del *Law and Literature Movement* es consecuencia directa de los siguientes acontecimientos: (a) la realización de conferencias y simposios universitarios sobre el tema; (b) la organización de revistas especializadas, como *The Yale Journal of Law & the Humanities* e *Cardozo Studies in Law and Literature*, (c) la creación de organizaciones y asociaciones, como es el caso de la creación de *Law and Humanities Section of the Association of American Law Schools* y de *Law and Humanities Institute*, (d) la institución de disciplinas universitarias dedicadas al *derecho y literatura*; (e) la publicación de innumerables monografías sobre el tema, con especial atención respecto de las de Weisberg, White y Posner (SANSONE, 2001: 68 a 70).

Se observa, así, que el estudio del *derecho y literatura* encuentra, en Estados Unidos, un desarrollo particular, del cual resulta la formación de una verdadera escuela, mientras que, en Europa, el citado estudio, aunque presente y vivo, puede ser definido más precisamente como un campo interdisciplinar, a

través del cual se profundiza mediante las obras literarias, temáticas que son por su naturaleza objeto de la filosofía y de la sociología del derecho (SANSONE, 2001: 71).

A propósito, es justamente con el crecimiento del interés por el *Law and Literature Movement* que ocurre no solamente el surgimiento de innumerables cursos sobre el tema, la inserción de tal disciplina en los programas universitarios y la inauguración de centros e institutos de investigación, sino también una gran difusión en otras áreas del conocimiento, con la creación de nuevos departamentos académicos, considerando que el objeto de estudio en relieve se mueve en un campo de investigación interdisciplinar, que trasciende los límites propios del derecho (CHUERI, 2006: 234).

2.3.5.1 *James Boyd White*

White es uno de los precusores del *Law and Literature Movement* y también un de los mayores autores sobre el tema, con una amplia producción bibliográfica.

Su pensamiento es reconocido por considerar que la conceptualización del derecho debe ser entendida como forma de retórica, de cultura compartida y de integración social, asimismo por su posición respecto de los conceptos de textos y de interpretación (SANSONE, 2001: 84 a 87).

White (1985) destaca la capacidad persuasiva de la retórica en la afirmación, manutención y transformación de la cultura y de la idea de comunidad, que conecta a todos aquellos que participan de la lectura y de la producción del derecho y de la literatura.

En ese mismo sentido, en el comienzo de los años 90, el autor se ha dedicado a la relación entre derecho y lenguaje, así como al tema de la traducción – considerada un proceso de *inventio* – y sustenta que el derecho, entendido como un acto lingüístico, es una acción en el mundo, en el sentido de las tesis de Wittgenstein (WHITE, 1990).

Según refiere Aguiar e Silva (2001: p. 19, n. 33), una de las tesis más importantes de White es justamente la de que el derecho es un arte de lectura y de escritura, atributo de una irrecusable herencia lingüística, que constituye, en cierta medida, una cultura de la argumentación, a través de la cual se opera, simultáneamente, la preservación y la transformación de los textos, de las ideas y de los valores jurídicos de una determinada comunidad.

Por ende, en lo que respecta a los conceptos de texto y de interpretación, White se presenta como un adversario del modelo literalista, entendiendo que la lectura de los textos jurídicos comporta – de la misma forma como ocurre con la lectura de los textos literarios – una actividad creativa e interactiva entre el texto y su lector (1982).

2.3.5.2 *Richard Weisberg*

Weisberg es considerado un de los principales protagonistas – junto con White y Posner – del *Law and Literature Movement* (WARD, 1994: 389).

³⁰ Ver, por ejemplo, BERMEJO CABRERO (1980) y, también, FINA SANGLAS (1993).

Su pensamiento también está caracterizado por una nítida ambición ética, desarrollándose mediante la afirmación de las nociones de libertad e igualdad, sobrentendidos en la realización de la justicia a través del derecho, y el análisis del uso del lenguaje por los juristas (SANSONE. 2001: 88 a 91).

A la literatura, en ese contexto, Weisberg atribuye la capacidad de radicar el derecho sobre fundamentos culturales y, también, de evidenciar la posibilidad que el jurista tiene de optar entre un uso lingüístico probo, idóneo, digno y honesto; o, de lo contrario deshonesto, distorsionando la realidad y manipulando leyes y situaciones en beneficio personal.³¹

Se observa, así, la importancia que Weisberg confiere al poder de la retórica, fundamentalmente respecto de los casos que muestran, lo que le hace llamar la atención sobre la necesidad de volver a atribuir a la actividad del jurista, la naturaleza de un servicio ético y público.

En ese contexto, la obra literaria asume un papel dominante en la comprensión de las problemáticas ético-jurídicas, pudiendo ser considerada una verdadera *potencial gold mine of knowledge about law* (WEISBERG, 1992: 34), en la medida en que es el campo propicio para fundar la ética jurídica, sobre la base de ideales de libertad e igualdad.

Dicho de otro modo, para Weisberg, la literatura constituye una excelente fuente de conocimiento del derecho, porque trata dimensiones del fenómeno jurídico que normalmente no son abordadas por los métodos tradicionales. Cuatro son los elementos básicos demostrados por las historias y eventos literarios: (a) cómo los juristas se comunican, esto es, se expresan y construyen sus discursos; (b) cómo los juristas se relacionan con los otros, especialmente a partir de las obras de Camus y Dostoiévski; (c) cómo los juristas estructuran sus argumentaciones y, finalmente, (d) cómo los juristas se sienten.³²

Por último, cumple señalar, que Weisberg, al paso en que desarrolla su punto de vista sobre el discurso ético, también refiere su preocupación por poner límites precisos a la actividad interpretativa, retomando la problemática de la objetividad del texto – identificándola con la propia justicia-, en discrepancia con las teorías que legitiman la incertidumbre de las normas y el arbitrio del intérprete³³.

2.3.5.3 Richard Posner

Posner es considerado, al lado de White y Weisberg, según ya se ha referido, uno de los principales protagonistas del *Law and Literature Movement*, principalmente en función de su posición crítica. Eso porque, además de Juez en la *United States Court of Appel for the Seventh Circuit* y de *Senior Lecturer* en la

³¹ Ver WEISBERG (1989), en que el autor, buscando demostrar el problema ético del uso del lenguaje, utiliza las obras de Camus, Kafka, Dostoiévski, Grass y Melville, todas marcadas por la existencia de un protagonista que distorsiona la realidad y sobre ella pasa a tener el dominio.

³² Cf. WEISBERG (1992: 35). Ver, también, SANSONE (2001: 90 a 91); y, todavía, SCHWARTZ (2006: 49 a 50).

³³ En ese sentido, ver AGUIAR E SILVA: "Hay naturalmente diferencias fundamentales entre el Derecho y la Literatura y, también, entre los discursos en que cada uno se sustenta. Mismo Richard Weisberg, uno de los nombres que más se ha destacado en la percepción del derecho como actividad literaria, no esconde que la tarea del jurista difiere de la del escritor, si no en la técnica o en el sistema de valores de que se vale, por lo menos en el poder coercitivo de que puede volverse vehículo" (2001: 69).

Chicago University Law School, es uno de los responsables por el surgimiento, en la década de 70, del *Law and Economics School*.³⁴

Su preocupación gira en torno del rápido crecimiento de las investigaciones en el campo conocido como *Law and Literature Movement*, más precisamente respecto a los intentos de sus representantes en el sentido de aplicar tanto los métodos de análisis legal a los textos literarios, como también emplear los métodos de análisis literario a los textos legales.

No obstante, Posner se ha asumido como partidario de los estudios interdisciplinarios, y, por tal razón, puede ser reconocido como un *constructor de puentes*, según refiere Marí (1998: 273), y no solamente como un inocente curioso o mero intruso intelectual.

De esa forma, en su obra *Law and Literature*, Posner busca desempeñar su tarea como un intento de registro y evaluación general del campo, tratando de sistematizarlo en la esfera de la discusión académica. Para tal fin, combina sus discusiones teóricas respecto de aspectos como la naturaleza y la perennidad de la literatura, la forma como la ley es tratada a través de las narrativas, el papel de las intenciones del autor en la interpretación de los textos jurídicos y literarios, el vínculo entre el derecho y la justicia, el lugar del estilo y de los valores en la literatura, cuestión en la que se detiene mediante la lectura y comentario acerca de las obras de Ésquilo, Sófocles, Shakespeare, Dickens, Dostoievski, Melville, Twain, Kafka, Camus, Yeats, entre otros. Además, expone la manera en que la literatura se aplica a las cuestiones jurídicas y, también, su influencia en la reflexión jurisprudencial; el modo como el criticismo es y debe ser informado por el conocimiento legal, la aplicación de la teoría y de la práctica literaria a los textos jurídicos; la regulación dada por el derecho a la literatura; y, asimismo, la defensa legal en los juicios criminales.

Según Posner, la literatura no puede ser interpretada como fuente para análisis jurídicos, especialmente porque, en el ámbito del derecho, la perspectiva realista es aquella de mayor interés para los juristas. No obstante, una vez excluido el valor de la literatura para el conocimiento de las normas jurídicas, Posner entiende que la trascendencia de la literatura para el estudio del derecho se limita a la representación de la condición humana, esto es, a la descripción de aquel conjunto de situaciones, sentimientos y pensamientos que posibilitan al jurista acercarse a la sabiduría y a la justicia. Eso porque la literatura, para el autor, propone una especie de *integridad estética* entre los valores morales (imparcialidad, empatía, equilibrio, etc.) y los valores estéticos (armonía, proporción, belleza, etc.).³⁵

Siguiendo en el mismo raciocinio, Posner señala que el estudio de la literatura transformado en escuela jurídica, está presente, en cambio, en las investigaciones y tesis elaboradas por autores como White

³⁴ Ver SANSONE (2001: 91 a 94), y, todavía, MARÍ, para quien Posner tendría una especie de doble personalidad, considerando que es un intelectual muy difícil de clasificarse: por un lado, es el jurista más acreditado de la escuela económica del derecho (*law and economics*); por otro, es el autor de uno de los libros más importantes sobre derecho y literatura (*law and literature*) (1998: 273 a 277).

³⁵ Se destaca la pertinente crítica de MARÍ, para quien “los economistas, mejor aún *los economicistas*, establecen, en efecto, una profunda brecha entre la razón y las emociones, dejando totalmente de lado la influencia que estas últimas tienen en la propia construcción de las teorías, no menos que en las creencias y los juicios, como, a la recíproca, la influencia que las creencias y los juicios ejercen, a su vez, sobre las emociones” (1998: 275).

y Nussbaum, evidenciando, por ejemplo, el modo cómo la evolución del *Law and Literature as Ethical Discourse* confirma la naturaleza humanística y ética de los estudios que vienen siendo desenvueltos.

Ocurre que, para Posner, la literatura no tiene la capacidad de transformar a los seres humanos en mejores o peores,³⁶ lo que también lo hace cuestionar – y contestar en forma negativa – la pregunta de si un elevado nivel de moralidad y dignidad, sería capaz de convertir a las personas en más capacitadas para el ejercicio de sus profesiones, sobretodo cuando se trata de una actividad compleja, que exige una considerable habilidad técnica e instrumental, como es el caso de la que despliegan los operadores del derecho (POSNER, 1998: 318; OST, 2004: 38).

En otras palabras, siguiendo las ideas de Marí, es posible presentar del siguiente modo, las dificultades y ventajas apuntadas por Posner respecto al estudio de la relación entre derecho y literatura.

De un lado, entre los innumerables obstáculos que ve en la relación derecho y literatura, Posner destaca que los escritos judiciales están llenos de ficciones legales, muchas veces bajo forma de metáforas, pero la semejanza con el uso literario de la metáfora es solamente superficial, sobretodo considerando que la ficción legal refleja el deseo de los Jueces de crear una apariencia de continuidad, cuando en realidad, están innovando.³⁷

De otro lado, sin embargo, reconoce la existencia de importantes enlaces entre las dos materias: (a) la existencia de un sorprendente número de obras literarias que tratan de procedimientos legales, cuestiones de justicia, problemas relacionados a la venganza, etc.; (b) el derecho brinda, no solamente en la novela más conocida de Kafka, pero en muchos relatos y fragmentos, aspectos relevantes sobre la actividad jurídica en general; (c) tanto la enseñanza legal como la literaria están directamente vinculadas con el significado de los textos, de forma que la interpretación figura como una cuestión central; (d) muchos textos legales, especialmente las decisiones judiciales, se parecen a los textos literarios en lo que respecta a la retórica; (e) la literatura es, tradicionalmente, materia de regulación legal y, eventualmente, objeto de litigios, como se percibe en las discusiones acerca de derechos autorales, difamación, obscenidad, etc (MARÍ, 1998: 280 a 281).

³⁶ Respecto del tema, ver el importante esclarecimiento de RÍOS: "La tradición estetizante está entretejida en tres vertientes fundamentales. La primera considera que la lectura de obras literarias no nos hace mejores personas o mejores ciudadanos, tampoco por supuesto mejores jueces – quizá se pueda hacer un catálogo bastante grande de obras con pretensiones edificantes, pero que no son en absoluto buenas piezas de literatura. En segundo lugar, habría que señalar la vertiente que defiende que no tendría porque ser descartada una obra abiertamente inmoral, aunque sus autores defendieran tales perspectivas. Los rasgos estéticos de una obra de literatura no pueden juzgarse en razón de su adecuación moral, hay obras que fomentan valores que suscribimos pero que son literariamente mediocres. La tercera vertiente plantea que las calidades morales del autor, no deberían afectar la evaluación que hacemos de su obra. Todas esas vertientes ponen un énfasis especial en la necesidad de la separación [...] La gente culta no necesariamente es moralmente superior al resto de la población. Estos argumentos conducen a Posner a pensar que la escuela didáctica edificante del derecho amenaza la división que tiene que existir entre la esfera pública y la privada. Al asignar a la literatura la función de promover valores éticos e incluso políticos, invita a la censura, al asociar el arte literario con una función pública. Esta aproximación contrae la esfera privada que debe permanecer intocada" (2005: 217 a 218).

³⁷ Cf. MARÍ, para quien todo indica que Posner no percibe que el papel que las ficciones cumplen en el derecho, (las ficciones incorporadas a los textos constitucionales o legales, como el principio de la igualdad ante la ley, la autoridad de la cosa juzgada, etc.) se basa en los estudios de la filosofía del *como si*, de Hans Vaihinger, desempeñando, así, una

Todavía entre las críticas de Posner al *Law and Literature Movement*, cumple referir la cuestión de la interpretación, a partir de la cual habría tres perspectivas muy distintas: (a) el *intencionalismo*, sustentando por Hirsch, quien privilegia la idea propia de los juristas de que la intención del legislador debe ser reconstruida, omitiéndose cuanto a la interpretación y aplicación de las normas en los casos difíciles, para los cuales no hay previsión legislativa expresa; (b) el *new criticism*, posición vinculada a la hermenéutica, con destaque especial para Dworkin, cuando se empieza a asignar al texto la naturaleza de un artefacto, único y coherente en sí mismo, que no requiere, para su comprensión, de ninguna investigación respecto de su autor y de las condiciones en las cuales fue creado; y, por fin, (c) el *deconstruivismo*, cuyo mayor representante es Fish, quien reconoce, en el texto, un conjunto de hipótesis y contradicciones que pueden ser resueltas a partir de la adopción de un punto de vista que le sea exterior (SANSONE, 2001: 109 a 110; TALAVERA, 2006: 35).

Pasa que, al revés de lo que se supone, Posner tampoco asume una posición claramente intencionalista, considerando que entiende que existe una diferencia indiscutible entre las intenciones literarias y jurídicas. Cuando un poeta crea una obra de arte, él busca realizar algo bello, quiere decir, estético y placentero; si lo alcanza, no importan sus intenciones, por más banales que hayan sido; si no lo logra, tampoco importan sus intenciones, por más nobles que fueran. Por otro lado, en el mundo jurídico, las normas contienen mandatos direccionados a los jueces y que deben necesariamente ser aplicados a los casos concretos. Eso significa decir que – a diferencia de lo que ocurre en el campo de la literatura – la voluntad (intención) del autor (legislador) de los textos (normas) es esencial e imperativa, independientemente del juicio de valor que puede merecer del intérprete (TALAVERA, 2006: 31).

Esa sustancial diferencia, no obstante, permite clasificar a Posner como un intencionalista cuando se refiere a la interpretación jurídica, pero no en un sentido excluyente – de que se debería solamente buscar la voluntad del legislador – sino en un sentido complementario, en el que sobresale la contextualización interpretativa, compartida plenamente en el ámbito literario, en virtud de su postura antifundacionalista (TALAVERA, 2006: 31 a 32).

O mejor, como refieren Marí y Talavera, Posner puede ser considerado un *intencionalista* en el derecho y un *nuevo crítico* en la literatura, al revés de Dworkin, que utilizaría, en realidad, *standards* filosóficos, y no literarios propiamente, en la interpretación de toda disposición jurídica, cuya búsqueda debe ser siempre en el sentido del *mejor enunciado posible de filosofía política*.³⁸

Eso porque, según Posner, Dworkin, puede ser considerado un nuevo crítico del derecho, pues propone su noción de *novela en cadena* y, así, pone una gama de incógnitas y problemas a su particular

función indispensable y enriquecedora, considerada sobretodo desde la necesidad de adaptar la conducta de los hombres a los intereses del sistema económico social vigente (1998: 279-280).

³⁸ Cf. MARÍ (1998: 285); y, también, TALAVERA: "El *intencionalismo* concede la primacía en la comprensión del significado de una obra literaria al autor (en el ámbito jurídico, sería el legislador); la *estética de la recepción* lo atribuye a la respuesta del lector o del crítico (en el derecho sería al juez o al jurista dogmático); la *nueva crítica* lo busca en la obra en sí misma o en su contexto (en el derecho, sería en el propio texto legal). Esa última posición es la que Posner atribuye a Dworkin, considerando que este considera que la interpretación no debe someterse al pequeño espacio de

propuesta hermenéutica.³⁹ Pasa que, al criticar la analogía del derecho con la literatura propuesta por Dworkin a través de la metáfora de la novela en cadena, Posner afirma que la regla a ser seguida no puede ser otra si no la letra de la ley – o de los contratos⁴⁰– y de la intención del legislador (TALAVERA, 2006: 34 a 36).

A propósito, con base en ese panorama, Posner critica la comparación entre las interpretaciones jurídica y literaria – sobrentendida tanto en la posición sustentada por Dworkin cuanto en la asumida por Fish – calificando el *Law and Literature* como una *falsa esperanza* que no toma en cuenta la diferencia existente entre las *funciones y ambiciones* particulares de cada uno de los dos procesos interpretativos (SANSONE, 2001: 109 a 110).

En suma, Posner aduce que la posición de subordinación del intérprete en relación al texto debe ser entendida como una *condición de legitimidad* de la interpretación jurídica, de modo que no es posible aplicar los modelos utilizados por la crítica literaria al campo del derecho (SANSONE, 2001: 109 a 110). Más que eso: Posner señala que un determinado discurso jurídico puede implicar consecuencias dramáticas, considerando la especificidad de las condiciones y funciones sociales que debe observar, alertando, de esa forma, respecto de la inadecuación de los métodos interpretativos de la teoría literaria⁴¹.

Se observa, así, que Posner pone una verdadera barrera contra cualquier dimensión hermenéutica relativa al estudio de las materias jurídica y literaria, no obstante eso no lo impida de reconocer que la interdisciplinaridad – tanto el conocimiento literario por parte de los juristas, como también el conocimiento jurídico por parte de los literarios – se revela extremadamente enriquecedora para ambos campos del saber (TALAVERA, 2006: 30).

Dicho de otra forma, entre las conexiones del derecho con la literatura, Posner considera significativas solamente aquellas de orden pedagógico, esto es, de naturaleza formativa. Empero, para el

la mente del autor, ni tampoco constituir un instrumento para que cada lector exprese su propia creatividad. Para Dworkin, lo importante es la obra y su contexto socio político” (1996: 35, nota 71).

³⁹ Sobre el tema, consultar MARÍ, donde queda claro el núcleo de la crítica hecha por Posner a Dworkin: “Lo que va a sostener su crítica, en última instancia, es que la cadena, como diría Lenin, *se rompe por el eslabón más débil*. Ante todo, el capítulo 1, en la evolución y la doctrina del derecho común, es altamente tentativo, operado como un prefacio o introducción. En segundo lugar, los autores de los capítulos subsiguientes no están obligados a adherirse a la dirección que les señala el autor del primero. Si la experiencia demuestra que el capítulo 1 tomó una dirección equivocada, los jueces pueden descartarlo. Un tercer punto es que las doctrinas del derecho común tienden a evolucionar en un largo período de tiempo, durante el cual las condiciones antecedentes están cambiando y los cambios habrán de influir en los últimos capítulos, incluso el resultado es hacerlos discordantes con los primeros. En síntesis: *The final ossity about Dworkin’s analogy is that there are no good chain novels*. En buen romance, podría no existir ningún derecho constitucional bueno, si se construyera sobre la base de la analogía de la novela en cadena” (1998: 285 a 286).

⁴⁰ En ese sentido, Schwartz critica la posición – economicista – de Posner, según la cual la literatura puede solamente perfeccionar la técnica interpretativa, quedando limitada en la interpretación de las leyes y de los contratos: “resta incorrecto el hipótesis de que solamente la economía es capaz de ofrecer subsidios para la decisión judicial, visto que la Literatura es considerada fenómeno social” (SCHWARTZ, 2006: 66).

⁴¹ En contra de la tesis de Posner, a su vez, Aristodemou destaca justamente el hecho del acto interpretativo ser un elemento común tanto al derecho cuanto a la literatura, pues endémico a todos los usos lingüísticos, afirmando que “mientras intenta mostrar que los críticos literarios nada tienen para enseñar a los juristas, Posner ilustra la importancia política de la tarea: es porque los Jueces imponen sus perspectivas a los otros que es aún más importante para nosotros conocer la variedad posible de interpretaciones que a ellos están abiertas” (AGUIAR E SILVA: 2001: 71).

autor, eso no puede encubrir el peligroso resultado del amateurismo que está presente en toda actividad interdisciplinar: el jurista que escribe sobre literatura puede atraer otros abogados de la misma forma que el novelista que escribe sobre derecho puede encantar a otros literatos. Pero, eso ocurre solamente porque los deslumbrados no son especialistas en una materia que les es ajena y, como consecuencia, no están en condiciones de evaluar la cualidad de lo que se le es presentado (TALAVERA, 2006: 33).

De esa forma, la propuesta de Posner se orienta a la promoción - sea en los cursos de derecho sea en los cursos de letras -, de los estudios interdisciplinarios entre *Derecho y Literatura*, asimismo a la reflexión respecto del complejo problema respecto a la ley y a la justicia.⁴²

Eso porque, según refiere Chueiri (2006: 235), la literatura sirve, en la interpretación de Posner, más a la teoría del derecho – pues algunas obras literarias de Shakespeare, Dostoievski, Kafka y Camus, por ejemplo, pueden sustituir sencillamente diversos trabajos teóricos del campo del derecho –de que propiamente a la dogmática jurídica, acá considerada como ciencia del derecho y, por lo tanto, relacionada a los problemas de la interpretación y aplicación de las normas.

2.3.5.4 Ian Ward

Ward, a su vez, es uno de los autores que adhiere al *Law and Literature Movement* y, por lo tanto, se dedica, en especial en el ensayo *Law and Literature: Possibilities and Perspectives* (1995), a un análisis complejo de los resultados logrados por las investigaciones del *Derecho y Literatura* ante su potencialidad pedagógica (SANSONE, 2001: 94 a 95).

Se destaca, en ese sentido, que la perspectiva mayoritariamente válida del estudio del *Derecho y Literatura*, según Ward, es precisamente aquella educativa, visto que, a través de la literatura, es posible ampliar la investigación jurídica y, de esa forma, verificar la relación entre el derecho y sus destinatarios (1995: 26).

Así, Ward es un de los autores que atribuye especial trascendencia a la literatura infantil, precisamente porque ella posibilita una introducción, a través de un lenguaje no especializado, a los grandes temas del derecho. Según su raciocinio, si un niño logra extraer de la literatura determinadas lecciones, si la literatura contribuye para una mejor asimilación por parte del niño de ciertos problemas éticos, de la misma forma el adulto debe de ella aprovecharse, a fin de aprender, aunque con otros objetivos (AGUIAR E SILVA, 2001: 25, n. 51).

2.3.5.5 Robin West

West es una autora que se destaca en el ámbito del *Law and Literature Movement* en función de las posiciones que adopta respecto al papel de la literatura en la reconstitución política y ética de las comunidades (SANSONE, 2001: 95 a 98).

⁴² En ese sentido, consultar POSNER, donde son tratadas “las acusaciones literarias de las injusticias legales” (1998: cap. 5).

La comunidad, para ella, se forma a través de las más diversas interacciones con el otro: violencia, supresión, opresión, terrorismo, amor, educación, cuidado; en fin, el hombre necesita inevitablemente del otro en su vida.

Según West (1998), las comunidades que se crean a través de este proceso son *comunidades interactivas*. Y, también, la lectura de las narrativas literarias constituye un proceso interactivo, en la medida que el intérprete crea, critica y, así, participa del texto, siendo atraído por una forma que reconstituye la comunidad.

En efecto, los grupos minoritarios, entre los cuales figuran los esclavos, negros, mujeres, etc., son excluidos de la *comunidad textual*, siendo tratados como los que no hablan, aquellos que son objetos, aquellos que, porque objetos, no hablan y que, por no hablar, son excluidos de la comunidad (WEST, 1998: 140).

De esa manera, en lo que se refiere al papel que la literatura ejerce en el análisis de problemáticas jurídicas, West ejemplifica su tesis proponiendo la contraposición metafórica entre *el hombre económico y la mujer literaria* – lo que remite, inevitablemente, a las lecciones de Warat en *La ciencia jurídica y sus dos maridos* (2000)⁴³–, de modo que el primero se caracteriza por su actividad direccionada al análisis utilitarista de la ley, mientras la segunda esta orientada a lograr la comprensión de los problemas humanos, subentendidos en las reglamentaciones jurídicas, a través del sentimiento de empatía. Pues, así siendo, la sensibilidad literaria puede ser entendida como el instrumento por el cual es posible explotar la vida y conocer todo aquello que puede ser escondido por la racionalidad (WEST, 1988).

En suma, West sostiene que la literatura, como parte integrante de la formación del jurista tiene la capacidad, a través de la lectura de las narrativas, de suministrar una mejor comprensión de los otros y, consecuentemente, de tornar a los seres humanos mejores, más morales, en fin, más civilizados, considerando el condicionamiento de sus sentimientos, simpatías e imaginación (AGUIAR E SILVA, 2001: 121).

2.3.5.6 Martha Nussbaum

Nussbaum es otra personaje de gran importancia que participa del *Law and Literature Movement*, aunque no provenga del derecho ni de la literatura, pero sí de la filosofía, más específicamente de la filosofía aristotélica, según la cual el arte literario es *más filosófico* que la propia historia, a medida que ésta se limita a describir lo ocurrido, mientras que aquel narra también lo que podría ocurrir (SANSONE, 2001: 100 a 102).

Su pensamiento se basa en la idea de que la conexión entre el derecho y la literatura tiene como presupuesto fundamental la capacidad de la narrativa literaria de exhibir contenidos universales y, simultáneamente, evocar un sentimiento de afinidad a partir de los personajes e historias contadas.

Vinculándose, pues, a la perspectiva ética del derecho *en la* literatura – en la misma línea de lo que hace White –, Nussbaum busca enfocar, de un lado, el papel que ejerce la literatura respecto a la

comprensión y a la realización de la justicia y, de otro, las posibilidades e instrumentos de que la obra literaria dispone para desempeñar esa importante función (1996).

Para la autora, vivimos en una época muy rica para la filosofía moral, con una inigualable cantidad de producción teórica sobre el tema, que desde hace mucho no había. Las cuestiones relativas a la justicia, a la distribución de lo social, al realismo moral, a la naturaleza de la racionalidad, al concepto de persona o a la función de la riqueza en la vida humana están siendo estudiadas de forma entusiasmada bajo distintas perspectivas. Tales discusiones filosóficas se tornaron multidisciplinarias y dialogan con la sociología, la psicología, la economía, etc....Pero de todas esas áreas, es la literatura la que mejor proporciona una comprensión de todas esas cuestiones, eso porque lo hace de un modo que es inseparable de las formas literarias. Por ese motivo, también el derecho no puede dejar pasar de largo esa evolución del pensamiento, debiendo contribuir y recibir las contribuciones de ese debate transdisciplinar (NUSSBAUM, 1996: 310 a 311).

Así, Nussbaum sustenta la tesis de que la lectura de novelas no suministra respuestas para los problemas de la justicia social, pero puede ser entendida como una forma de alcanzar una idea de justicia, tanto como de su aplicación en el seno de la sociedad. Eso porque, para ella, la literatura interacciona con las cuestiones relacionadas a la justicia, a través de la imaginación y de las emociones que la obra literaria provoca en el lector (2005).

En otras palabras, Nussbaum aduce que la imaginación literaria posibilita el rescate de la singularidad y de los matices del mundo de la vida, pues ella acerca el sujeto de las situaciones de cualquier un que es diferente de sí, a medida en que el lector admite (re)conocer, a través una representación concreta, el valor de la dignidad humana y las necesidades de aquellos que con él viven. La imaginación literaria debe, así, ser entendida como "un componente esencial de una posición ética que nos exige la preocupación con el bien de las otras personas, cuyas vidas se encuentran lejanas de la nuestra".⁴⁴

No obstante, no puede olvidarse que el recorrido de la imaginación del lector es, a su vez, regido por las emociones que son sugeridas cuando de su participación en la narrativa literaria. La emoción – que no es exenta del control de racionalidad – es la que posibilita y determina, al fin y al cabo, un sentimiento de solidaridad social, suscitando la percepción de la humanidad común y, así, sugiriendo un comportamiento ético (NUSSBAUM, 2005).

2.3.5.7 Ronald Dworkin

Dworkin es uno de los juristas más reconocidos por los representantes del *Law and Literature Movement* en función, particularmente de su innovadora posición respecto a la teoría de la interpretación, a través de la cual sugiere, con fundamento en los presupuestos de la hermenéutica, una analogía entre las

⁴³ Y, asimismo, del mismo autor WARAT (2004 v. 1 y 2; 1988).

⁴⁴ Cf. NUSSBAUM, para quien la imaginación literaria ejerce un papel importantísimo, pues "una ética de respecto imparcial a la dignidad humana no lograría involucrar los seres humanos reales si no poniéndoles en grado de entrar con la imaginación en la vida de las personas y probar las emociones conexas con tales participaciones" (1996: 16 a 17).

competencias jurídica y literaria (SANSONE, 2001: 104 a 110; MARÍ, 1998: 270 a 273; TALAVERA, 2006: 17 a 19).

Para tanto, en su postura contra el positivismo jurídico, Dworkin propone el estudio del derecho *como* literatura, a través del análisis de las experiencias jurídica y literaria – específicamente respecto a la interpretación –, a partir de la metáfora de la *chain novel*, o *romance en cadena* (2001: cap. 6), con el intuito de combatir la discrecionalidad de los jueces en el momento de la aplicación del derecho (2002).

Eso porque, para Dworkin, no es posible afirmar – como lo hace Posner – que la interpretación de textos jurídicos y de textos literarios no ocurre de la misma forma. Bajo la perspectiva dworkiana – y acá surge claramente la influencia producida por la hermenéutica filosófica –, derecho y literatura recorren los mismos pasos respecto a la interpretación.⁴⁵

Es, pues, justamente a partir de la analogía con la literatura que Dworkin concibe la existencia de una gama mayor de posibilidades de interpretaciones de los textos jurídicos, reconociendo, sin embargo, la importancia de una lectura marcada por las nociones de coherencia e integridad. Eso porque, en el ámbito del derecho, el parámetro fundamental de valoración de los juicios interpretativos es la moralidad política de la comunidad y sus prácticas sociales (2003: caps. 2 y 6⁴⁶).

En ese contexto, volviendo al problema de la interpretación jurídica, Dworkin encara, de un lado, el objetivismo positivista y, de otro, el subjetivismo realista, buscando superar ambas las posiciones. Por lo tanto, su propuesta conocida como *novela en cadena* se basa en la idea de que la interpretación debe ser concebida como la extensión de una historia institucional que se desarrolla a partir de innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas.

Se trata, en efecto, de una novela que no es escrita solamente por un autor, pero sí, por varios, de modo que cada uno de ellos es responsable por la redacción de un capítulo separado, o sea, con excepción del primer autor, que será responsable por elaborar el primer capítulo, los demás deberán continuar la

⁴⁵ En ese sentido, ver TALAVERA, donde señala que Dworkin – fiel a la metodología de la *common law* anglosajona – se fundamenta en la hermenéutica de Gadamer y su análisis del *juego* en la obra de arte: los participantes en las prácticas jurídicas interpretativas siguen determinadas reglas que se van reformulando con continuidad por medio de interpretaciones que tratan de los grandes principios de la praxis jurídica y que resultan coherentes entre ellos (2006: 18).

⁴⁶ Todavía sobre los temas de la integridad del derecho y de la respuesta correcta, ver, obligatoriamente, STRECK (2007) y, asimismo, TALAVERA, para quien la noción de *derecho como integridad* implica que los Jueces sean considerados como novelistas en cadena. Eso requiere que los Jueces remonten la historia del derecho, no para verificar, por ejemplo, la intención de los autores de la ley, pero sí para construir los principios operativos que posibilitan presentar la práctica jurídica como una práctica consistente en el tiempo. Un buen juez debe, pues, concebir las leyes y los precedentes correspondientes como un gran relato que, en principio, tiene que interpretar, para continuar después la trama, según su propio criterio, de la mejor manera posible y con la máxima coherencia hasta el resto del relato, pero no desde el punto de vista simplemente estético, pero sí desde el punto de vista de la moralidad política. Así, pues, la continuación de un relato jurídico en vías de configuración se realizará siempre en razón de dos parámetros: la coherencia formal y el valor sustancial. Ocurre que ante los *casos difíciles*, es común que surjan dos o más interpretaciones. Cuando eso ocurre, el juez debe interpretar y construir la respuesta correcta para el caso concreto, sin miedo de valerse de un juicio de valor extraído a partir de la tradición, en el caso, la moralidad política. Al revés de toda la gran tradición humeana, Dworkin no cree que las decisiones de los jueces traduzcan necesariamente sus valores subjetivos. Por eso rechaza, según la filosofía hermenéutica, la epistemología que distingue el sujeto y el objeto (conocer es interpretar y aplicar es interpretar), afirmando que existe una moralidad política o institucional cerrada y difundida a través de las tradiciones políticas y morales de una comunidad política, que es ajena al juez, pero que debe ser reconstruida por él a través de su interpretación (2006: 25).

elaboración de la novela a partir de donde el autor anterior paró. Los miembros de tal comunidad dejan que la suerte establezca quien habrá de escribir el primer capítulo y, una vez hecho eso, el escritor lo remite al siguiente, destacando, no obstante, que el próximo escritor irá a incorporar un nuevo capítulo a la historia ya conocida, y no simplemente empezar una nueva, y así sucesivamente.

Dworkin se preocupa en destacar que tal metáfora es especialmente adaptable al sistema del *common law* en que cada juez, al decidir un nuevo caso deberá analizar los precedentes, pero también fundamentar en qué medida su decisión es o no un nuevo caso y cual el precedente al cual él dará continuidad, o sea, al mismo tiempo que el juez debe ser consistente con los precedentes (capítulos anteriores de la novela), debe también crear una fundamentación nueva para su caso (capítulo que irá agregar). Empero, la asertiva más significativa de Dworkin es que no puede olvidarse el peligro de producir capítulos desconectados, completamente autónomos, sin cualquier referencia a los anteriores, que en el caso del derecho significaría la quiebra de su indispensable integridad (2001: 238 a 242).

Se observa, así, que cada escritor, con excepción del primero, tiene una doble responsabilidad: de interpretar, visto que a la historia ya escrita debe ser atribuido sentido, y de crear, pues la historia debe seguir, con la decisión de quienes son los personajes, cuales las razones que los mueven, cual el tema central hasta entonces desarrollado, cuales recursos literarios o figuras son capaces de contribuir para que la historia siga a una u otra dirección, etc.

De esa manera, como se puede percibir, lo que Dworkin intenta es presentar una teoría de la interpretación que no es puramente objetiva, dado que deja espacio para el desacuerdo del intérprete, y al mismo tiempo no sea absolutamente subjetiva, en la medida en que el intérprete no puede simplemente proceder según su conciencia, prescindiendo de la tradición que ciertas formas le imponen (MARÍ, 1998: 270 a 271).

En ese sentido, Marí destaca los siguientes presupuestos adoptados por Dworkin – en la obra *Una cuestión de principio* (2001: 217 a 266)–, a fin de esclarecer la base a partir de la que entiende el derecho como literatura: (a) si la interpretación tiene que formar la base de una teoría más plausible sobre las proposiciones del derecho, los juristas no pueden más considerarlas una actividad *sui generis* (teológica, jurídica, artística, etc.), sobretodo después de las formulaciones gadamerianas en el sentido de que la comprensión e interpretación no son dos cosas distintas; (b) la interpretación no debe orientarse hacia el modo cómo el autor ha utilizado una frase o una palabra, sino hacia el significado de una obra, vista como un todo; (c) las teorías relativas al arte no existen aisladas de la filosofía, de la psicología, de la sociología y de la cosmología; (d) la hipótesis estética tiene como consecuencia el hecho de que las teorías académicas de la interpretación no deben ser entendidas como a ellas les gustaría, esto es, como un análisis de la verdadera idea de interpretación, sino como candidatas a la mejor respuesta para las cuestiones sustanciales establecidas por la interpretación; (e) las limitaciones y los misterios del *intencionalismo* que privilegia el estado mental del autor de los textos poniéndole en el centro de la interpretación; (f) la interpretación literaria se propone a demostrar de que forma la obra puede ser entendida como la más valiosa, de que modo debe atender a los rasgos formales de identidad, coherencia e integridad, asimismo

las cuestiones sustantivas de valor artístico, lo que también vale para el derecho, aunque su preocupación no sea de naturaleza estética; (g) el derecho es una actividad política que opera con la coordinación de esfuerzos sociales e individuales; (h) derecho, arte y política están, de algún modo, unidos en la filosofía (MARÍ, 1998: 270 a 273; TALAVERA, 2006: 28 a 19).

El problema es que, aunque no se dedique propiamente a las discusiones sobre teoría literaria, Dworkin rechaza el *intencionalismo* (Hirsch), que privilegia el significado de una obra literaria a partir del punto de vista de su autor, que correspondería, en el plan del derecho, a la figura del legislador, desprecia la *estética de la recepción* (Iser, Marquard, Jauss), que deja el significado bajo tutela del lector, a medida en que a él cabe atribuir los sentidos, lo que equivaldría, en el campo jurídico, a la función del juez; y, por último, niega integrar el *new criticism* (Richards), el cual propone que la obra literaria debe ser valorizada en sí misma⁴⁷.

No obstante, eso no pone en duda el valor de su contribución en el ámbito del *Law and Literature Movement* y tampoco retira la importancia de su construcción teórica para el desarrollo de las discusiones ocurridas en los últimos años en el ámbito de la filosofía y de la teoría del derecho contemporáneo.

2.3.5.8 Stanley Fish

Fish es uno de los más importantes teóricos y literarios, ligado al deconstruccionismo, cuyas tesis antifundamentalistas también sirven para el desarrollo del *Law and Literature Movement* (SANSONE, 2001: 106 a 107). Su pensamiento se encuentra vinculado a una teoría de la subjetividad de la interpretación, a través de la cual pone al lector y a la recepción del texto por su parte, en el mismo plano en que se ubica el texto, de forma que el intérprete es, al fin, el creador del texto: "interpretar, para él, no es el arte de construcción, sino el arte de la creación"⁴⁸.

Se observa, por tanto, que el autor asume una posición en la cual el intérprete figura como protagonista, siendo el responsable por la creación de los sentidos, una vez que considera la *objetividad textual* una peligrosa ilusión. Contra las acusaciones de escepticismo, Fish usa prestada la idea de *comunidad interpretativa* (Bleich), cuya finalidad sería limitar la atribución de sentidos y, así, escapar de la pura subjetividad del lector. De ese modo, siempre que un jurista interprete un texto legal cualquiera, él lo hará en el interior de un conjunto de intereses y preocupaciones que lo vinculan a un determinado contexto.

2.3.5.9 Owen Fiss

Fiss, a su vez, atribuye al intérprete del derecho la posibilidad de lograr el *verdadero sentido de los valores constitucionales*, con base en la aplicación de las reglas compartidas por la comunidad interpretativa (1982). La tarea del intérprete del derecho – en el caso, los jueces – consiste, pues, en asumir "la

⁴⁷ Cf. MARÍ: "Es esta última [*New Criticism*], como vimos, la posición que Posner asigna a Dworkin, a la medida en que el autor de la *Law's Empire* juzga que la interpretación no debería ser puesta en el pequeño espacio de la mente autorial ni, en otro extremo, constituye un medio plástico en el que cada lector expresa su propia creatividad. Para Dworkin lo importante es la obra y su contexto socio-político" (1998: 285).

responsabilidad por la realidad práctica en consonancia con la Constitución" (SANSONE, 2001: 107 a 108).

Ocurre que, aunque reconozca la pluralidad significativa, Fiss niega la libertad absoluta del intérprete, sosteniendo una determinación objetiva de los textos, en oposición a la postura deconstructivista asumida por Fish⁴⁹. Su preocupación, así como aquella de Dworkin⁵⁰, está relacionada al problema del decisionismo judicial: los jueces no pueden decidir según su subjetividad, pues, si así lo hacen, la actividad judicial no sería más que el mero ejercicio de un poder arbitrario, aún, rehén de la filosofía de la conciencia.

Por ello, Fiss se apoya en la hermenéutica filosófica, que le posibilita determinar el sentido más adecuado entre aquellos que un texto ofrece, a partir de criterios que posibilitan refutar la arbitrariedad, sin que, para eso, tenga que negarse la participación activa del intérprete en la constitución de los sentidos⁵¹.

3. ENTRE DERECHO Y LITERATURA: TRES MODOS DE ARTICULACIÓN

Actualmente, el estudio del *derecho y literatura* abarca abordajes y perspectivas bastante distintas y, considerando tal diversidad, todos los que con él trabajan suelen adoptar tres categorías, a partir de

⁴⁸ Cf. FISH, para quien los intérpretes no hacen la decodificación de los poemas; ellos los hacen propiamente (1980: 43).

⁴⁹ En ese mismo sentido, ver, obligatoriamente, ECO, considerando su propuesta de rescate del valor del texto. Si, en el comienzo, Eco privilegia la autoridad del lector – decía “un texto no pasa de un picnic en que el autor trae las palabras y los lectores el sentido”-, actualmente se preocupa con los límites que el texto impone a la actividad interpretativa: entre la inaccesible intención del autor (*intentio auctoris*) y la discutible intención del lector (*intentio lectoris*), existe la intención transparente del texto (*intentio operis*) que rechaza una interpretación insostenible. Pues, el hecho de un texto permitir la realización de innumerables lecturas, ante su plurivocidad, no significa que se pueda admitir cualquier interpretación. Dicho de otro modo, es posible afirma que hay interpretaciones manifiestamente equivocadas y que no pueden imponerse, si se lleve en consideración la materialidad del texto: “Con frecuencia los textos dicen más de lo que sus autores pretendían decir, pero menos que a muchos lectores incontinentes les gustarían que ellos dijese”. (ECO, 1995: 81).

⁵⁰ Respecto de la influencia gadameriana en la teoría de Dworkin, ver MARÍ (1998: 265) y, sobretudo, AGUIAR E SILVA, para quien “la metáfora de la novela en cadena [*chain novel*], si, por un lado, permite destacar la faceta necesariamente creativa y constructiva de la interpretación jurídica, permite por otro lado identificar el pensamiento de Dworkin como lo de la hermenéutica jurídica, con el acercamiento entre la interpretación jurídica y la literaria, y la adecuación a ambas disciplinas de un modelo interpretativo histórico unitario. La interpretación en Dworkin se inscribe, tal como en Gadamer, en una cadena histórica de tradiciones, en que los sentidos consentidos por un texto están limitados por el pasado de ese texto y de su lector” (2001: 88 a 89).

⁵¹ Cf. AGUIAR E SILVA, para quien “la verdad es que, sin ser jurista, Gadamer se ha revelado un laborioso filósofo del Derecho, utilizando la práctica jurídica como palco de ensayos para su idea de hermenéutica como *applicatio*. Una idea de interpretación como aditamento de sentido, proporcionado por las necesidades prácticas, por las situaciones concretas, reales, carentes de soluciones. No es raro que use como su modelo ejemplar la interpretación y práctica jurídicas. Por otro lado, Gadamer insiste en la historicidad de todos los textos, y, por supuesto, en las limitaciones socio-históricas que obligatoriamente constreñirán autores e intérpretes. Esas limitaciones, que constituirán nomeadamente por parte del intérprete como una precomprensión, un conocimiento prepredicativo, irán determinar constitutivamente el propio resultado interpretativo. Aquí se inserta la importancia de la tradición en toda la hermenéutica gadameriana: una lectura también no puede escapar a su propia historia, ubicándose, por el contrario, ella misma en una tradición interpretativa. El conjunto de lecturas, de diferentes interpretaciones, que a lo largo de los tiempos se acumula alrededor de un texto o de una obra, enriquece ese mismo texto, condicionando simultáneamente las futuras lecturas que del mismo vengan a hacerse. Eso permite, por otro lado, defender la posibilidad de existencia de un sentido, determinable interpretativamente, para cada texto. Un

presupuestos funcionales y no ontológicos-, que resultan en las siguientes corrientes (SANSONE, 2001; MALAURIE, 1997; POSNER, 1998; TALAVERA, 2006; CUEIRI, 2006):

(a) el derecho *en la literatura* (*law in literature*), corriente desarrollada principalmente en Europa y relacionada al contenido ético de la narrativa, a través de la cual se analizan aspectos singulares de la problemática y de la experiencia jurídica retratados por la literatura – como la justicia, la venganza, el funcionamiento de los tribunales, al orden instituida, etc.- entendida como obra literaria, esto es, como documento de aplicación del derecho y de la consciencia jurídica, a partir de la idea de que la virtualidad representada por la narrativa posibilite lograr una mejor comprensión del derecho y de sus fenómenos – sus discursos, sus instituciones, sus procedimientos, etc.- colaborando, de esa forma, con la formación de la cultura y de la comunidad jurídica (OST, 2004; SCHWARTZ, 2006; CHUEIRI: 2006).

(b) el derecho *como literatura* (*law as literature*), corriente dominante en Estados Unidos y relacionada a la dimensión hermenéutica, a la perspectiva retórica y a la forma de la narrativa⁵², por la cual se observa la cualidad literaria del derecho, pero, en especial, se analizan los textos y los discursos jurídicos a partir de análisis literarias, esto es, la extensión de la aplicación de los métodos de análisis y de interpretación, hechos por la crítica literaria, al análisis de la racionalidad de las construcciones efectuadas en el ámbito de las decisiones judiciales (OST, 2004: 51 a 55; SCHWARTZ, 2006: 57 a 60; CHUEIRI, 2006: 234).

(c) el derecho *de la literatura* (*law of literature*) – categoría que quizá no corresponda propiamente a una corriente relacionada a lo que se viene llamando *Derecho y Literatura*, pero configura un acercamiento transversal en la medida que se limita a reunir cuestiones específicas y de carácter eminentemente normativo -, por medio del cual se investiga la regulación jurídica atribuida a la literatura (POSNER, 1998: 381 a 412), esto es, las disciplinas de derecho privado, respecto de la propiedad intelectual, de derechos autorales, *copyrights*, etc.; de derecho penal, considerando los delitos de prensa y demás delitos practicados por los medios de comunicación, los delitos contra el honor, etc.; y de derecho constitucional, cuya materia está relacionada a la libertad de expresión, a la censura, etc., y, aún, de derecho administrativo, en lo que respecta a las regulaciones del ejercicio de la actividad profesional literaria, a las directrices de los programas escolares, a las reglamentaciones de las bibliotecas públicas, etc. (OST, 2004: 50 a 51; TALAVERA, 2006: 10, n. 8; SANSONE, 2001: 76 a 77; SCHWARTZ, 2006: 60 a 61; CHUEIRI (2006: 234).

Tal clasificación, sin embargo, no impide la lectura propuesta por Ward en el sentido de que las dos corrientes más importantes – derecho *en la literatura* y derecho *como literatura* – constituyen una

sentido que será necesariamente un sentido intersubjetivamente determinado, a medida en que dependiente de las relaciones intersubjetivas entre el lector y el texto y entre la propia comunidad de lectores” (2001: 87 a 88).

⁵² Según Talavera, siempre con base en Ost, sería equivocado pensar que solamente los jueces estadounidenses ostenten el monopolio de la perspectiva hermenéutica y/o narrativa. La jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* demuestra que los jueces continentales, inspirándose en el *patrimonio común, ideales y tradiciones políticas*, de que habla el preámbulo de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, elaboraron también sentencias estructuradas en la forma de *relatos morales*, reelaboración imaginaria de los significados sociales instituyentes de la historia de la Europa democrática (2006: 46).

relación complementaria, una vez que *the two faces of Law and Literature tend to work very much as constituents of a whole* (WARD, 1994; SANSONE, 2001: 94), como se verá a continuación.

3.1 El derecho *en la literatura*

Esa es la corriente a través de la cual se analiza el derecho *a partir* de la literatura, partiendo de la premisa de que ciertos temas jurídicos se elucidan de mejor modo cuando son tematizados en las grandes obras literarias, que cuando lo son en tratados, manuales y compendios especializados⁵³.

En efecto, se trata del estudio de las maneras por las cuales, como refiere Schwartz, el derecho es representado en la literatura: "(a) recreaciones literarias de juicios jurídicos, (b) el modo de ser y el carácter de los juristas, (c) el uso simbólico del derecho y (d) el tratamiento que el Derecho y el Estado dispensan a las minorías o grupos oprimidos"⁵⁴.

Eso porque la literatura constituye una especie de repositorio privilegiado a través del cual se infieren informaciones y subsidios capaces de contribuir directamente en la comprensión de las relaciones humanas que componen el medio social, esto es, el caldo de cultura en el cual, al fin y al cabo, opera el derecho (GODOY, 2002: 16).

Según Talavera, la literatura se presenta como un rico manantial de fuentes para la reflexión crítica del derecho, a través del cual todavía es posible extraer las vendas utilizadas por el positivismo normativista para cegar incesantemente los juristas, a la medida en que el estudio del derecho a través de la literatura permite, justamente, el desvelamiento del sentido del derecho y de su conexión con la justicia⁵⁵.

Más que eso: la literatura puede servir como importante instrumento para el registro – histórico y temporal, por supuesto – de los valores de un determinado lugar o época – entre ellos, la representación del sistema jurídico, del poder, de la justicia, de las leyes, de las funciones jurisdiccionales, etc., - en el interior del imaginario colectivo y social (GODOY, 2002: 26).

No obstante, hay que destacar que no corresponde a la literatura la tarea de explicitar, propiamente, el derecho o cualquier otro campo de la actuación humana. Su contribución – aunque vinculada más claramente a una dimensión sociológica y antropológica – se da en cuanto posee la capacidad de auxiliar en la tarea de comprensión del derecho y sus fenómenos (GODOY, 2002: 35 a 36).

Según Talavera, el interés que suscita el conocimiento de la literatura para el derecho está en su singular capacidad de elucidación y reflexión crítica de cuestiones trascendentales que se tratan en el

⁵³ Ver SANSONE (2001: 77 a 79); RÍOS (2005: 218) y, también, OST (2004: 55). A propósito, quizás por esa razón, Ascarelli afirma que: "el problema del derecho es un problema que cada hombre se pone cotidianamente; quizá por eso, para lograr respuestas, antes que a los estudiosos convenga recurrir a los sabios, antes de estos, es mejor recurrir a los poetas" (TALAVERA, 2006: 7).

⁵⁴ Cf. SCHWARTZ (2006: 53-54) y, asimismo, MARÍ, para quien, efectivamente "la literatura se encuentra inundada de casos en que cuestiones legales cobran cuerpo. Existen ciertamente en las obras literarias múltiples y diversos temas relativos a la vida, la muerte, el crimen, la religión, la guerra, la familia y otras" (1998: 259).

⁵⁵ Cf. TALAVERA, donde el autor señala que, a partir de la adopción de un punto de vista interno, el derecho puede ser considerado el tema central de innumerables narraciones literarias que posibilitan la producción de valiosas reflexiones críticas respecto de la multiplicidad de sus postulados normativos, de sus orígenes, de su interpretación y aplicación, etc (2006, 5 y 10).

campo jurídico, conectando el esencial de sus raíces y orígenes a sus formulaciones más avanzadas (TALAVERA, 2001: 55).

En ese contexto, merece destacarse el hecho de que, normalmente, los juristas aprenden que “el derecho se origina en el hecho” (*ex facto ius oritur*), mientras que la reflexión propuesta por Ost, es justamente reformular tal aforismo: “del relato es que adviene el derecho” (*ex fabula ius oritur*).⁵⁶

Además de eso, no puede olvidarse que la fábula permite que el lector sea conducido – muchas veces sin apercibirse – de la narración a la norma (OST, 2004: 12), esto es, de una historia a la reflexión sobre un determinado precepto del mundo de la vida – acá entendido como verdadero *leitmotiv* del derecho.

De allí, la idea de que la ficción constituye una mina de sabidurías a las cuales las ciencias humanas – en especial el derecho – deberían obligatoriamente orientarse, conforme el alerta de Ost, para quien la prosa libre de la creación literaria posibilita no solamente una mayor aproximación a los más distintos conocimientos académicos, sino que también disuelve con frecuencia su complejidad: “esa *indisciplina* literaria que se insinúa en las omisiones de las disciplinas excesivamente bien instituidas realiza, de esa forma, un trabajo de interpelación de lo jurídico, debilitando los saberes positivos sobre los cuales el derecho intenta apoyar su propia positividad” (OST, 2004: 14 a 15).

Ost se vale de la *teoría de la tríple mimesis* de Ricoeur: el dato prefigura; el artista configura; el intérprete refigura –, según la cual es posible extraer tres conclusiones acerca del estudio del derecho en la literatura: (a) reduce el abismo abierto por el pensamiento analítico, desde Hume, entre los mundos del ser y del deber ser – o mejor entre hecho y derecho –, considerando que el ser siempre aparece ya interpretado; (b) la experiencia del contar constituye, precisamente, la mediación entre el describir y el prescribir; (c) la literatura deja de ser considerada una ornamentación, gratuita y exterior, pasando a ser entendida como “el modo más significativo de asumir esa estructura pre-narrativa de la experiencia común y sus evaluaciones implícitas” (OST, 2004: 36 a 37).

Es a partir de eso que Ost propone una *teoría del derecho contado*, en que los casos surgen en su singularidad, al revés de una *teoría del derecho analizado* (2004: 41) – originado a partir de fundamentos hipotéticos, articulado alrededor de pirámides de normas, marcado por la atemporalidad metafísica y, paradójicamente, cómplice de discrecionalidades-, aún sobresaliente en la enseñanza jurídica, cuyo carácter analítico, de inspiración legislativa y positivista, mantiene el jurista rehén del sentido común teórico (WARAT, 1994: 13 a 18; 1995: 57 a 99; 2004), sin que él logre apercibirse de la crisis de doble cara –

⁵⁶ Cf. OST, para quien: “todo ocurre como si, entre toda la gama de las variantes que la ficción imagina, la sociedad seleccionase una intriga tipo que ella normaliza a seguir bajo forma de regla imperativa acompañada de sanciones. Pero las cosas no paran ahí: tan luego establecidas, esas elecciones son discutidas, matizadas, cambiadas – en los bastidores judiciales en particular, que son como la antecámara de una legalidad más flexible. La intriga jurídica, luego que se estabiliza, vuelve a la fábula de que se origina: los personajes reales van más allá del papel convenionado de las personas jurídicas, al mismo tiempo en que peripecias imprevistas obligan al autor a cambiar el *script*” (2004: 24). En igual orientación, ver TALAVERA, donde afirma que no es absurdo pensar, pues, que el derecho y la literatura estén conectados ambos en el imaginario colectivo, de forma que un complicado juego de espejos (tradiciones, interpretaciones, historias, políticas...) hace difícil distinguir cual es el discurso de la ficción y cual es aquello de la realidad (2006: 9).

paradigma liberal y paradigma de la filosofía de la consciencia – en la cual el derecho está sumergido (STRECK, 2007).

Según Ost, no obstante las críticas que son regularmente hechas al *derecho contado* - a veces por los incentivadores del movimiento *Law and Literature*, a veces por los defensores del *derecho analizado* – es justamente en esa dialéctica reconstructiva de las narrativas, en la que puede encontrarse el mejor estudio del *Derecho y Literatura* (OST, 2004: 48).

En la misma línea, la posición asumida por Talavera, que adhiere a la corriente del *derecho en la literatura*, visto que su principal virtud es la de ofrecer, justamente, una aproximación con el derecho, bajo un enfoque crítico, propio de la filosofía del derecho, aportando, así, una reflexión plenamente radicada en las coordenadas reales de tradición jurídica continental (TALAVERA, 2006: 55 a 56).

Sin embargo, para el autor hispánico, la realidad continental aún se presenta bastante distinta de la anglosajona considerando el predominio de una concepción analítica del derecho si se compara a la poca expresión que tiene la concepción narrativa del derecho, en especial en las facultades y cursos de derecho europeos.

Así siendo, continúa Talavera, el desarrollo de una *teoría del derecho contado*, en los términos propuestos por Ost, todavía no pasa de un sueño en el actual escenario jurídico, lo que, en ese caso, refuerza aún más la necesidad de apuntar, de un lado, las limitaciones del derecho analizado y, de otro, las valiosas contribuciones de un derecho narrado.

Por eso, concluye Talavera, la necesidad de profundizar, en definitiva, el estudio de una concepción narrativa del derecho, a través de la cual sea posible rehabilitar la dimensión simbólica del derecho, potenciando el papel pedagógico que lo simbólico ejerce a través del derecho, a partir de la proclamación de su conexión con los valores expresados por la literatura (TALAVERA, 2006: 47 a 50).

Asimismo, en ese sentido Sansone refiere que el análisis de temas jurídicos retratados en el ámbito de las obras literarias responde a la pregunta respecto de la capacidad de la literatura contar – con eficacia – los valores del derecho, considerando (a) la naturaleza de la poesía – entendida como forma de conocer – y las nociones literarias de verdad y de universal; (b) la posibilidad del arte en promover la disponibilidad del lector de reflexionar sobre las mayores temáticas humanas, sociales y existenciales, donde están el nacimiento y la muerte, la paz y la guerra, la igualdad y la justicia, la distribución de los bienes y de los recursos; (c) el papel de las emociones – miedo, cólera, alegría, placer, compasión – en la persuasión del lector; (d) la fuerza del ejemplo, ofrecido por la representación literaria de los personajes entregues a la práctica y a los costumbres de lo justo (SANSONE, 2001: 141 a 142).

En ese contexto, pues, es posible analizar las más distintas cuestiones y temáticas jurídicas a partir de los textos literarios, a empezar por la propia Biblia, cuya función normativa se revela determinante en la evolución de la historia, considerando que ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo y consolidación de la más eficaz forma de control social: la Iglesia Católica.

Los ejemplos son interminables: la negociación de la ley y la metáfora de la alianza o del contrato social (Éxodo, del Antiguo Testamento), el problema de la legitimidad del derecho (*Antígona*, de Sófocles),

la relación entre venganza y justicia (*Oréstia*, de Ésquilo), la secularización ante los criterios morales de clasificación de los crímenes y sanciones correspondientes (*La divina comedia*, de Alighieri), la obligatoriedad de aplicación de la ley penal (*Medida por medida*, de Shakespeare), el problema de la interpretación jurídica (*El mercador de Venecia*, de Shakespeare), la búsqueda de una justicia idealizada y las adversidad inherentes a la realidad (*Don Quijote de la Mancha*, de Cervantes), el individuo y la fuente de derecho a él inherente (*Robison Crusoé*, de Defoe, y *Fausto*, de Goethe), las falacias de la argumentación jurídica (Los viajes *de Gulliver*, de Swift), las implicaciones de la amnistía (*El lector*, de Schlink), los efectos perversos que subyacen en las leyes más bien intencionadas (*El contrato de casamiento* y *La interdicción*, de Balzac), la complejidad psicológica de la culpa (*Crimen y castigo*, de Dostoievski), los descubrimientos y los avances de la criminología (*La resurrección*, de Tolstoi), la incoherencia de las formas y contenidos que el sistema jurídico establece (*El proceso*, de Kafka), el proceso de sumisión de los individuos a partir del control social ejercido por el régimen totalitario (*1984*, de Orwell, y *Admirable mundo nuevo*, Huxley), el absurdo del desprecio legal por la singularidad y subjetividad (*El extranjero*, de Camus), la ley como instrumento de interdicción (*El señor de las moscas*, de Golding), la cuestión del adulterio y de la construcción de la verdad (*Don Casmurro*, de Machado de Assis), la locura y el tratamiento jurídico a ella atribuido (*El alienista*, de Machado de Assis), los dilemas de la democracia y el papel del Estado (*Ensayo sobre la lucidez*, de Saramago), el caos y la barbarie en un mundo sin derecho (*Ensayo sobre la ceguera*, de Saramago), el control social y el poder ideológico ejercido por las dictaduras (*La fiesta del buey*, de Vargas Llosa), la decadencia de los valores y sus reflejos en el orden jurídico (*El hombre sin cualidades*, de Musil), la necesidad de humanización del sistema penal (*Los miserables*, de Victor Hugo), los dilemas del casamiento ante los intereses hereditarios (*Orgullo y prejuicio*, de Austen), el problema de las presunciones normativas (*Oliwer Twist*, de Dickens), entre otros tantos (SANSONE, 2001: 67; TALAVERA, 2006: 60; OST, 2004: 56 a 57).

Por fin, no puede olvidarse que, como refiere Sansone (2001: 77 a 79), el estudio del derecho *en la literatura* se desarrolla, posteriormente, en la dirección de la profundización del contenido ético – lo que en la tradición estadounidense resultará en el llamado *Law and Literature as etical discourse* –, destacando el papel de la literatura en la afirmación y críticas de los valores culturales y éticos de la sociedad y del derecho, a partir de la naturaleza axiológica de las elecciones morales sobreentendidas en las reglamentaciones jurídicas. Eso ocurre – y gana trascendencia – ante la capacidad de la obra literaria de incitar el sentimiento de empatía del lector respecto a los acontecimientos narrativos y a los personajes de las historias contadas, lo que le posibilita participar – de forma segura – de la vida de los otros, experimentar otras situaciones y, consecuentemente, reflexionar y posicionarse críticamente respecto de cuestiones fundamentales del mundo práctico (2001: 78).

3.2 El derecho *como* literatura

Esa, a su vez, es la corriente que *compara* el derecho a la literatura, más específicamente respecto de las siguientes perspectivas: (a) el papel de la retórica, a partir del *Law and Literature as Language*, (b) la

función de la narrativa, con base en el *Legal storytelling Movement*, y (c) la noción de interpretación correspondiente al *Legal texts as literary texts* (SANSONE, 2001: 79 a 83; OST, 2004: 51 a 55, TALAVERA, 2006: 10 a 38; SCHWARTZ, 2006: 57 a 60).

De cualquier modo, cumple referir, anteriormente al análisis de las perspectivas citadas, que el surgimiento y desarrollo del derecho *como* literatura se encuentra directamente relacionado con las críticas que intentan una superación del positivismo jurídico. Con el surgimiento de la *era de los principios*, ante el reconocimiento de la *textura abierta*⁵⁷ del derecho, **la decisión judicial va del paradigma de la subsunción al paradigma de la interpretación**. Eso significa decir, en otras palabras, que el neoconstitucionalismo se presenta como un campo fértil para que el derecho se acerque de la literatura, considerando que (a) los principios constituyen la referencia más inmediata al imaginario común de una sociedad y, por lo tanto, representan la dimensión literaria y mitológica del derecho; (b) la superioridad jerárquica de los principios ante las reglas obliga al juez a subordinar todas las leyes a ese filtro, lo que significa decir que el contenido de las resoluciones judiciales no ocurre a través de un mecanismo de subsunción, de forma que la aplicación de la ley adquiere un nuevo sentido en la medida en que se introduce en el derecho una importante dimensión narrativa; (c) el juego de los principios acentúa la tarea argumentativa que las partes en litigio deben realizar dentro del proceso, de forma que la praxis jurídica se acerque aún más a la estructura de un relato literario (TALAVERA, 2006: 42 a 55).

Bajo la *perspectiva de la retórica*, el lenguaje surge como un elemento común al derecho y a la literatura, en la medida en que ambas disciplinas operan a través del discurso, desde el simple uso persuasivo del lenguaje, orientado en dirección al convencimiento de lo que se intenta transmitir, hasta su compleja capacidad de afirmación de los valores e intereses de la sociedad.

En ese sentido, White sustenta que el derecho debe ser entendido como una forma retórica, pues procura, a través del uso persuasivo del lenguaje, promover la integración social a vía la comunicación de aquellos que participan de la producción cultural y, así, determinan los valores de la comunidad (1985; 1990).

Porque, de un lado, el derecho ha sido comprendido como un poderoso medio de comunicación e integración cultural, desempeñando, así, un papel equivalente al de la literatura; mientras, de otro, la literatura sigue siendo considerada un elemento esencial para la construcción de sentido en la interacción social, que la asocia inevitablemente a la función del derecho.

En esa misma dirección, Ost refiere que autores relacionados a una tradición comunitarista destacan el modo como es posible ligar una determinada comunidad política a un imaginario histórico compartido, bien como la forma como su identidad, memoria, cultura y capacidad de proyectar son deudoras de la visión del mundo que es producida a partir de algunas narrativas literarias fundadoras (OST, 2004: 28 a 29; TALAVERA, 2006: 44).

⁵⁷ Importa resaltar que la referida textura abierta del derecho, posibilitada por la era de los principios, no puede ser confundida con cualquier idea relativista o arbitraria. Con Lenio Streck, destacamos que los principios tienen la función de "cerrar" el derecho en el sentido de garantizar la integridad del mismo (STRECK, 2007).

Basta, para eso, observar que las Constituciones políticas pueden ser leídas, en su gran mayoría, como un verdadero e importante relato de la historia de los valores fundantes de una determinada comunidad.

Advierte Dominique Rousseau que las Constituciones pueden dar sentido a la vida individual y colectiva de los hombres cuando se entienden como un relato que cuenta sus historias: "las Constituciones son las mitologías de las sociedades modernas" (2001: 6). A propósito, es preciso reconocer expresamente la importancia de la temática levantada por Rousseau, a cuyo estudio todavía no se ha prestado la debida atención: el estudio del constitucionalismo – ilustrado con base en la idea de *palimpsesto*⁵⁸ – a partir de la sobreposición de los textos constitucionales y del sentido a ellos atribuidos.

La *perspectiva de la narrativa*, a su vez, se orienta hacia dos temáticas distintas: de un lado, el núcleo de la racionalidad jurídica y de la práctica legal, considerando la importancia que la noción de narrativa asume en las argumentaciones y fundamentaciones judiciales; de otro, la capacidad de la narrativa de dar voz a las minorías excluidas de la sociedad civil y política, posibilitando una interacción entre aquellos que participan de la producción de la cultura jurídica y de la literatura y aquellos que de ellas no participan.

Según Ost, la noción estadounidense de juzgamiento en diálogo con precedentes es uno de los factores determinantes para el desarrollo de la idea de un derecho construido a partir de sedimentaciones sucesivas y marcado por la fidelidad a la identidad narrativa del sistema jurídico (2004: 30).

Se trata, en efecto, de la idea que un caso jurídico es, fundamentalmente, un conjunto de relatos narrados ante un tribunal⁵⁹: el proceso empieza con el relato del autor, donde se presenta una historia, describiéndose detalladamente un hecho, protagonizado por un o más sujetos, que ha producido efectos en el *status quo* y, por eso, es atendido por el derecho. El proceso sigue con el relato del demandado, que presenta su historia sobre el mismo acontecimiento, buscando describir una versión alternativa de los hechos. La versión definitiva de esa historia jurídica – conjunto de relatos de las partes – es aquella que hace el juez en su sentencia. Se observa, no obstante, que el *carácter jurídico* de los relatos – sea de las partes, sea del magistrado – no resulta de la singularidad de los hechos narrados y tampoco de la referencia a enunciados normativos, sino del *carácter institucional* de quien los cuenta y de quien los escucha, esto es, los abogados y los jueces, respectivamente (TALAVERA, 2006: 50 a 51).⁶⁰

⁵⁸ Palabra de origen griego (*palimpsestos*) que significa *raspado nuevamente* y, pues, indica el antiguo material de escrita – especialmente el pergamino – que era usado algunas veces, por medio del raspado de los textos anteriores, considerando su escasez y su alto costo. Se trataría, en efecto, de un análisis del sentido del texto constitucional a través de lo que podría observarse, a partir de las bases de la hermenéutica, los sentidos de aquellos textos que le antecedieron. Eso porque la idea de *palimpsesto* se encuentra ligada a la noción de intertextualidad – a medida en que el raspado permite la sobreposición de aquello que se produce a aquello que ya se produjo – y, así, remite al punto de partida para el estudio del *Derecho y Literatura*, visto que ambos operan, fundamentalmente, con la palabra, el texto, el discurso, la narración, en fin, el lenguaje. (GENETTE, 1997).

⁵⁹ Según Ferreira da Cunha: "por lo menos desde Dworkin que se sabe como un juicio es al final una narrativa, hecha de varias narrativas adversas, y que la sentencia es la conclusión, el capítulo-epílogo (aunque el cuento permita continuación...o recursos)" (2007).

⁶⁰ Ver, para tanto, AGUIAR E SILVA: "Vitor Aguiar e Silva presenta los textos narrativos como aquellos en que los hombres *relatan secuencias de eventos en que fueron agentes y/o pacientes o de que tuvieron conocimiento como testigos presenciales o como lectores u oyentes de otros textos*, sugiriendo el carácter inderroablemente narrativo de cualquier texto que el hombre produzca en su vida cotidiana, sea en el ámbito personal, social o profesional" (2001: 18, n. 32). En la misma línea,

En lo que respecta a la perspectiva interpretativa, por último, merecen destacarse las tesis desarrolladas por Dworkin, en el ámbito del derecho, y, por Fish, en el ámbito de la literatura. Con el cambio lingüístico y la aceleración utilizada por las teorías de la interpretación literaria, que pasan a exaltar el papel subjetivo del intérprete⁶¹, busca hacerse una interpretación progresista de la norma, en oposición al modelo tradicional basado en la concepción legalista, que se concentraba en la objetividad de los textos y en la búsqueda de su sentido literal y filológico, a partir de una investigación orientada para la intención del legislador⁶².

Según Pérez, la relación entre derecho y literatura implica mucho más que una antología de historias sobre casos y temas jurídicos tratados por los escritores más famosos: el gran desarrollo hermenéutico registrado en el siglo XX ha generado nuevos caminos de exploración para los estudios jurídicos y literarios, de forma que la relación entre ambas disciplinas se ha fortalecido a partir de la naturaleza interpretativa por ellas compartida (PEREZ, 2006: 151; AGUIAR E SILVA, 2001: 61 a 65)⁶³.

Como es sabido, la teoría literaria puede ser dividida en tres etapas respecto a la historia moderna: el *Romanticismo*, cuya preocupación se orienta hacia el autor; el *New Criticism*, cuya cuestión central es el texto; y, en los últimos años, una revuelta en la que el lector asume el papel descollante, la *estética de la recepción*. Lo mismo puede decirse que ocurre en el ámbito de la teoría del derecho: aquellos para quien el proceso interpretativo equivale a la búsqueda de la intención del autor; aquellos que buscan encontrar en el texto todos los elementos necesarios para su interpretación; y, más contemporáneamente, aquellos que desplazan en dirección al intérprete la producción del sentido, atribuyéndole la función de co-autor (AGUIAR E SILVA, 2001: 80 a 81).

pero en el campo jurídico, Schwartz afirma que “no puede olvidarse que el Derecho es un contar de historias. Así como los antiguos repasaban el conocimiento a través de la oralidad, un juicio es, además de conocimiento (proceso de conocimiento), un conjunto de historias contrapuestas una a otra. Su lógica secuenciada permite al juez la comprensión del acontecimiento de los hechos, de la misma forma que una buena obra literaria reporta el lector al entendimiento lineal de su narración” (2006: 60).

⁶¹ Según Freitas “la verdad es que los métodos de textos literarios – por la flexibilidad que atribuyen al proceso interpretativo y por la relevancia que dan, en una lucidez pos-positivista notoria, al papel del sujeto de la producción y construcción del texto – podrán contribuir significativamente para una más abierta y fructífera visión del Derecho, como algo verdaderamente heraclitiano, moviéndose al sabor de los desafíos puestos por la sociedad a las estructuras de respuesta del jurídico, y debiendo corresponder a esos desafíos, estando siempre listo a reformular soluciones que ya no se adaptan al panorama vigente y a ofrecer a los sujetos la mejor conformación posible de sus intereses” (1990: 20).

⁶² En ese sentido, consultar, también, TALAVERA: “En principio, es importante subrayar que el nexo de unión entre la literatura y el derecho que a los juristas anglo-sajones interesa es, básicamente, de naturaleza hermenéutica. En otras palabras, la originalidad de esa conexión radica en presuponer que el problema fundamental que establece el derecho es hermenéutico, a saber: el proceso de interpretación de la ley que obligatoriamente deben hacer los magistrados (y la interpretación de la propia jurisprudencia que debe hacer tanto los Jueces como los juristas). De forma que, como apunta Dworkin, *podemos mejorar nuestros conocimientos del derecho si se compara la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos del conocimiento; en particular, en la literatura*. El complejo problema de la interpretación de los textos jurídicos ha buscado, pues, una original vía de solución tratando de establecer un paralelismo o analogía con la hermenéutica literaria, siempre desde el presupuesto de que toda norma jurídica, en definitiva, no es sino un enunciado lingüístico (un relato) susceptible de ser sometido a las reglas interpretativas vigentes en el campo narrativo para determinar su sentido. Ronald Dworkin y Richard Posner son quien, desde posiciones distintas, han contribuido en mayor escala para materializar ese puente hermenéutico” (TALAVERA, 2006: 14 a 15).

⁶³ Cf. PÉREZ, *op. cit.*, p. 151; y, en el mismo sentido, AGUIAR E SILVA, *op. cit.*, p. 61-65.

Así, considerando la importancia que asume el lenguaje, Aguiar e Silva refiere que gran parte del actual discurso interpretativista pensado acerca del fenómeno jurídico resulta de la analogía entre derecho y literatura, cuyo mayor punto de contacto sería, precisamente, la cuestión de la interpretación, o mejor, de la experiencia hermenéutica.⁶⁴

En efecto, en el interior de la discusión hermenéutica, el debate sigue acerca de la (im)posibilidad de determinarse “el” sentido del texto y, por lo tanto, del papel atribuido a la interpretación entendida como mediación para la obtención de ese sentido. Partiendo de un origen filosófico común – la ontología fundamental de Heidegger – surgen dos teorías que, aunque afirmen la dependencia lingüística de toda y cualquier forma de comprensión humana, rivalizan y, por lo tanto, enriquecen el actual debate interpretativo llevado a cabo especialmente por sus representantes en el dominio de la literatura: de un lado, la hermenéutica filosófica, de Gadamer, de otro, el deconstruccionismo, de Derrida. Ocurre que en las últimas décadas esa discusión ha sido reivindicada también por algunos juristas que han encontrado en el legado hermenéutico y deconstruccionista una importante alternativa para superar el positivismo jurídico.⁶⁵

Bajo la perspectiva de la hermenéutica filosófica, Marí afirma que no es posible dejar de reconocer que las formulaciones de Gadamer se revelan imprescindibles a los juristas y literatos que simpatizan con la construcción de un puente suficientemente sólido entre el derecho y la literatura.⁶⁶ Eso porque, entre las innumerables formulaciones filosóficas propuestas por Gadamer, tres se presentan esenciales para cualquier interpretación: (a) la interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión, sino su forma explícita, de modo que interpretar es explicitar lo comprendido; (b) la aplicación no es un

⁶⁴ Cf. AGUIAR E SILVA: “Si la cultura jurídica anglosajona parece estar, decididamente, en rumbo del *interpretativismo*, siendo que los estudios imperativistas se evidencian en fuerte declive, el mismo no parece suceder, por lo menos no con tanta intensidad, en el mundo jurídico continental, donde los panoramas mentales generados por el positivismo legalista moldean todavía gran parte de la práctica judicial y mucho del labor doctrinal y académico. Sin embargo, actualmente, también los debates más calurosos de la doctrina continental se traban no entre esas dos facciones, interpretativista e imperativista, pero sí en percepciones de la crítica interpretativista” (2001: 78 a 80). En la misma orientación, consultar FREITAS, para quien ambas interpretaciones – tanto la jurídica como la literaria – implican elementos conexos al lenguaje, su sentido y alcance de sus construcciones: “En ambas esferas estamos ante textos que reclaman aclaración y esclarecimientos, que reclaman reflexión, asimismo ante sujetos, destinatarios de los textos, a quien compete investigar, para de ellos extraer sentido y *utilidad*, su alcance como objeto de análisis” (1990: 16 a 22). Todavía destacando la importancia de la interpretación, aunque a partir de otra perspectiva, consultar SCHWARTZ: “otro motivo para estudiarse el Derecho a partir de la Literatura reside en la interpretación. Como ambos son textos, Derecho y Literatura reclaman una actividad que apure el sentido de sus construcciones, evidenciando la relación entre el constructor/legislador y el destinatario/ciudadano de la norma jurídica. Ese es un momento de conexión entre ambos los sistemas” (2006: 50).

⁶⁵ En ese sentido, consultar CHUEIRI, para quien el movimiento del Derecho y Literatura recurre inevitablemente a la tradición hermenéutica inaugurada y desarrollada a lo largo del siglo XX. En ese contexto, Gadamer y Derrida se destacan como los filósofos que ofrecen soporte técnico – en algunos casos, todavía implícitamente – a las principales posiciones asumidas respecto a la comprensión del derecho y a su interpretación (CHUEIRI, 2006: 235). En la misma dirección, consultar AGUIAR E SILVA, donde la autora portuguesa acerca, de un lado, la posición de Fiss a la hermenéutica filosófica, de Gadamer; y la posición de Fish al deconstruccionismo, de Derrida (2001: 82 y 92 a 93).

⁶⁶ Cf. MARÍ: “el examen del sentido en que el pensamiento de Gadamer funciona como referente común de los filósofos del derecho y los críticos de la literatura, el grado en que funciona como un foco de atracción – lo que no excluye las críticas –, nos ha permitido, al mismo tiempo, ir desarrollando algunas de las ideas que se centran en nuestro tema, el del puente de las dos disciplinas, puente *extraño* en el uso que Monsieur Dupin daba a esta palabra y más que puente, quizá, una simple pasarela. Para ver si se trata, en todo caso, de una pasarela sujeta a oscilación, con

procedimiento que ocurre por etapas (*subtilitas intelligendi, explicandi e applicandi*), sino que integra el proceso hermenéutico (*applicatio*), siendo tan esencial cuanto la comprensión y la interpretación, de modo que interpretar es aplicar; (c) la unidad se pone frente a la diversidad de los textos: la hermenéutica jurídica no es un caso especial y sí lo que permite la consciencia histórica de sus problemas y, por lo tanto, la reproducción de la vieja unidad del problema hermenéutico en que los juristas se encuentran con los teólogos y los filólogos.⁶⁷ Según Marí, es precisamente sobre la base en esos presupuestos aliados a la idea de que hermenéutica es filosofía - y no método(logia) – que los juristas y literatos aceptan hablar acerca del puente entre el derecho y la literatura (MARÍ, 1998: 263).

Por otro lado, Derrida propone que tanto el derecho cuanto la literatura – ante la imposibilidad de acceso total a sus textos y, consecuentemente, de la irreductible incompletud de la tarea interpretativa – deben ser desconstruidos. Para el filósofo francés, la deconstrucción hace que las palabras sean suspendidas en una ilimitada red de significados – permitiendo, así, innumerables lecturas legítimas – y de ese modo se mantiene crítica en la medida en que cuestiona la autoridad y revela demandas esenciales, implícitas en las prácticas de significación (DERRIDA, 1992; CHUEIRI, 2006: 234 a 235).

Chueiri esclarece que en la perspectiva de ese autor la literatura es el sitio en que se experimenta con el problema de la verdad, con la esencia y con el lenguaje. ¿Una vez que la experiencia literaria cuestiona, ella también perturba el ejercicio de la autoridad y la pertinencia de la cuestión acerca de la esencia, sea cual sea, aquella pregunta *lo que es...?* De esa forma, la importancia de la literatura para el Derecho y para la Justicia está, en principio, en esa forma perturbadora del lenguaje, en la que se cruzan las cuestiones de la esencia y de la verdad. Para el autor, el Derecho y la Literatura reparten la misma condición de posibilidad (significa que el origen del Derecho es también aquel de la Literatura – la palabra, el lenguaje -) que, en último análisis, es un no-origen, a medida en que se mantiene en suspensión y a ella no se puede acceder. Siendo esta la comprensión de aporía para Derrida (CHUEIRI, 2006: 234 a 235).

A MODO DE CONCLUSIÓN

Considerando que la pretensión del presente trabajo se limita a un primer acercamiento entre el derecho y la literatura y su finalidad es solamente llamar la atención de la comunidad jurídica, en especial de la brasileña, para la importancia de los estudios que vienen siendo desarrollados sobre la temática, especialmente en Estados Unidos y Europa, en el siglo XX, se revela innecesario retomar acá los puntos anteriormente tratados, siendo más provechoso apuntar algunas cuestiones que se mostrarán capaces de promover la curiosidad y la permanente reflexión.

riesgo de bambolearse a la más leve brizna teórica, de un puente sobre el río Kwai o de una estructura sólida” (1998: 261, 265 y 269).

⁶⁷ Ver, para tanto, GADAMER (2003: 378 a 414). En la misma orientación, ver MARÍ (1998: 261) e, igualmente, TALAVERA (2006: 15 a 16), para quien hablar de interpretación en los días actuales significa hablar de quien en la filosofía contemporánea ha sido su mayor exponente: Hans-Georg Gadamer, que establece, en su obra *Verdad y método* (2003: cap. 10), los tres presupuestos esenciales a interpretación: (a) comprender es siempre interpretar, siendo la interpretación la forma explícita de la comprensión; (b) comprender es aplicar, siendo la aplicación un momento

I. El estudio del derecho y literatura, en virtud de su amplitud, posibilita los más distintos abordajes, a medida en que dispone de diferentes perspectivas de análisis, conforme es sugerido por Sansone (2001: 111 a 138): (a) *bajo el punto de vista de la antropología jurídica*, la literatura asume importancia documental, pues en ella se encuentran los pensamientos y sentimientos humanos relacionados a la formación de la exigencia de regulación normativa de la convivencia social y política, relacionándose, de esa forma, al conocimiento de los orígenes de las nociones jurídicas y, por lo tanto, a la reconstrucción de los institutos normativos del pasado, de forma que puede ser considerada fuente de datos imprescindible para comprensión de las principales disciplinas jurídicas, como ocurre, por ejemplo, con los clásicos griegos (*Iliada*, de Homero, *Antígona*, de Sófocles, *Oréstia*, de Ésquilo) y latinos (*Eneida*, de Virgilio); (b) *bajo el punto de vista de la sociología jurídica*, la literatura – especialmente la moderna y la contemporánea – es considerada un terreno fértil, a partir del cual se puede investigar tanto las conductas sociales ante las normas singulares y al ordenamiento jurídico, como también la relación espontánea de la opinión pública con el derecho, o sea, el modo como lo actores sociales interaccionan con el derecho y con la exigencia de justicia por él puesta, como bien demuestran las obras, entre otros, de Balzac, Tolstoi, Flaubert, Austen y Dickens; (c) *bajo el punto de vista de la filosofía-política-jurídica*, la literatura adquiere el estatuto de instrumento esencial para la construcción de un sentido de comunidad, para la promoción de una solidaridad fundada sobre modelos lingüísticos, comportamentales y humanos comunes y, todavía, para la consolidación de una cultura y educación jurídicas fundadas sobre valores humanísticos; (d) *bajo el punto de vista de la teoría de la justicia*, la literatura también merece destacarse, visto que abre un nuevo campo para investigarse y afirmar el fundamento de la justicia, del derecho y de los principios jurídicos orientados a la concretización y a la tutela de los derechos del hombre, a medida en que abarca una multiplicidad de estudios – que van desde las narrativas literarias producidas en Grecia antigua hasta aquellas de los días de hoy – relacionados a la relatividad y a la incertidumbre de la justicia humana, frente a la tendencia natural del hombre orientada a una comprensión y realización de la justicia absoluta; a la reflexión respecto de la nostalgia por el aspecto sacro y simbólico del derecho, testimoniada por las tragedias griegas y por la jurisprudencia romana; a las nociones jurídicas universales, subentendidas a la convivencia social, con el deber y la promesa, por ejemplo; a los contenidos y valores de la ética jurídica; y, por fin, a los modelos de ordenamiento jurídico y a los principios jurídicos que admiten tutelar los referidos valores ético-jurídicos y, a partir de ellos, construir el derecho; (e) *bajo el punto de vista de la teoría del derecho*, la comparación entre los textos jurídico y literarios hace viable el análisis de la aplicación de los métodos e instrumentos desarrollados por la crítica literaria en el campo del derecho, tratando de cuestiones relacionadas a la *semiótica*, considerando la importancia que adquiere el lenguaje; a la *racionalidad*, frente a las diferencias que la noción de coherencia presenta en los discursos jurídicos y literario, sobretudo, en el ámbito de las decisiones judiciales; y, especialmente, a la *interpretación*, con base en las discusiones realizadas y posiciones

integrante del proceso hermenéutico; (c) la hermenéutica jurídica no es un caso especial, sí se encuadra dentro de la sustancial unidad del problema hermenéutico general con lo que se depara siempre el jurista, el teólogo y el filólogo.

asumidas por autores como Dworkin, Posner, Fish, Fiss, entre otros, a partir de los presupuestos filosóficos formulados por Gadamer y Derrida.

II. En efecto, la relación entre derecho y literatura todavía encuentra paradojas, obstáculos y particularidades: (a) no obstante juristas y literatos se encuentren bastante cercanos, desarrollando, desde la época clásica, muchas veces carreras paralelas, el estudio interdisciplinario del derecho y literatura surge solamente en el siglo XX y se afirma en definitiva solamente en sus últimas décadas; (b) si, por un lado, los juristas vienen auxiliándose del contenido y de la forma literaria en el intento de superar el desafío de repensar el derecho, los literatos no demuestran el mismo interés, aunque eventualmente se dediquen al análisis de otros tipos de textos; (c) sin embargo toda curiosidad que la literatura despierta en los juristas, se evidencia que estos – con raras excepciones – aún son extremadamente conservadores y, por lo tanto, no se encuentran preparados o no disponen de suficiente experiencia literaria – que incluye conocimiento y, sobretodo, sensibilidad – para tratar con seriedad la construcción y/o manutención de los posibles puentes entre derecho y literatura.

III. Según Marí (1998: 286 a 287), la construcción del puente entre derecho y literatura viene recibiendo las más distintas respuestas: (a) para Carnap, se trata de algo totalmente vedado, con base en el séptimo aforismo de Wittgenstein; (b) para Gadamer, puede hablarse en voz alta o, aún mejor, se debe hacerlo con un megáfono; (c) para los antifundacionistas, como Fish, y los miembros de la *Estética de la recepción*, muy probablemente puede hablarse; (d) para los intencionalistas, como Hirsch, muy probablemente no puede hablarse; (e) para Dworkin, que sigue en la línea de la hermenéutica filosófica, puede hablarse en voz alta; (f) para Posner, puede hablarse, pero en voz baja, de tal modo que la figura de una pasarela sería más adecuada que un puente; (g) para los hombres de las letras y los críticos literarios, no obstante su comprensible desconfianza con los *hombres de negro*, transitar en tal puente no sería difícil; (h) pero para aquellos que (con)forman la academia jurídica (positivista) costará mucho salir del estado de ceguera y de sordo-mudos en que se encontraban, de forma que no debe causar espanto si, al revés de un puente, prefieran un túnel subterráneo que los conduzca, por una vía única y expresa, de modo firme y seguro.

IV. Por último, caso todas las consideraciones hasta ahora presentadas no se muestren suficientes, es indubitable, de un lado, que el derecho surge históricamente como una forma de control – organización y limitación – del poder ejercido por el Estado moderno; y, de otro, que la literatura – así como las demás expresiones artísticas – puede constituir una importante forma de resistencia contra la violación de derechos fundamentales y de los ideales democráticos, visto que se caracteriza por denunciar todo y cualquier tipo de abuso de poder. Para tanto, basta ver las ficciones literarias y cinematográficas – se destaca que ambas son narrativas – que tratan de la cuestión (anti)democrática: la supresión de los derechos y garantías individuales no se muestra suficiente; es preciso también eliminar la literatura, con el

intuito de empobrecer sistemáticamente el lenguaje – y, con ella, el espíritu crítico-, visto que constituye todo y cualquier discurso. Eso es lo que se observa, por ejemplo, en *1984*, de Orwell, y *Admirable mundo nuevo*, de Huxley; o, asimismo, en *Fahrenheit 451*, película dirigida por Truffaut, pero basada en la novela homónima de Ray Bradbury, y *Zardoz*, película dirigida por John Boorman. El mismo se observa, a lo largo de la historia, en el plan de la realidad: todos los regímenes totalitarios – nazismo, fascismo, comunismo, fundamentalismo, por ejemplo – han prohibido la publicación de determinadas obras y han perseguido escritores, esto cuando no hicieron la quema de libros en plaza pública. La censura a la literatura, en esos casos, siempre se mostró imprescindible para el establecimiento del pretendido orden, visto que ella – la literatura – posibilita, de un lado, que se vea un bosque, al revés de un simple conjunto de árboles cualquiera y asimismo se contemple cada una de las especies que lo componen; y, de otro, también cuestiona, muchas veces, si lo que se está viendo es, en realidad, un bosque. Todo eso se expresa por la idea destacada en las palabras de Lenio Luiz Streck, según quien, conforme ha demostrado la historia, en todos los regímenes totalitarios vividos en la modernidad, dos figuras siempre estuvieron presentes: la del jurista (de guardia), que ha defendido la legitimidad del ordenamiento en vigor, y la del poeta, que en la clandestinidad o, aun en la cárcel, ha denunciado las injusticias y atrocidades del poder.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, T. W. (1982): *Teoría estética*. São Paulo: Martins Fontes.
- AGUIAR E SILVA, J. (2001): *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina.
- ALPA, G. (1997): "Law & Literature: un inventario di questioni." *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Padova, n. 2, 1997.
- ASCARELLI, T. (1955): "Antigone e Porzia". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, v. XXXII, p. 756-766, 1955.
- BARTHES, R. (1980): *Aula*. São Paulo: Cultrix.
- BERMEJO CABRERO, J. L. (1980): *Derecho y pensamiento político en la literatura española*. Madrid.
- BEVERE, A. (1996): *La giustizia in prosa e in versi. Antologia ragionata*. Ancona: Nuove Ricerche.
- BRUNER, J. (2002) *La fabbrica delle storie: diritto, letteratura, vita*. Roma-Bari: Laterza.
- CALVO, J. (1996): *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*. Barcelona: Ariel.
- CARDOZO, B. (1925): "Law and Literature". *The Yale Review*, New Haven, n. 14, p. 699-706, jul. 1925.
- CATTANEO, M. (1985): *L'Illuminismo giuridico di Alessandro Manzoni*. Sassari: Università degli Studi di Sassari.
- CATTANEO, M. (1987): *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. Illuminismo e Diritto Penale*. Milano: Giuffrè.
- CATTANEO, M. (1992): *Suggerimenti penalistiche in testi letterari*. Milano: Giuffrè.

- CAVALAGLIO, L. (1998): "Literature vs. Economics, ovvero Richard Posner e l'analisi giusletteraria". *Vita Notarile*, Palermo, v. 39, n. 1, p. 492-518, apr. 1998.
- CAVALLONE, B. (1991): "‘Non siete che um mazo di carte!’. Lewis Carroll e la teoria del processo". En: CAVALLONE, B. (1991): *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: Cedam.
- CHUEIRI, V. K. de. (2006): "Direito e literatura". En: BARRETTO, V. (Org.) (2006): *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, p. 233-235.
- COSENTINO, F. (1993): "Analisi giuridica della letteratura. L'esperienza italiana." Quadrimestre. *Rivista di Diritto Privato*, Milano, n. 3, p. 622- 670, 1993.
- COSENTINO, F. (1996): "Law and Literature: bagliori italiani". *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bologna, n. 1, p. 179-195, 1996.
- COUTINHO, J. N. de M. (Org.) (2007): *Direito e psicanálise. Interseções a partir de "O processo" de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- COUTINHO, J. N. de M. (Org.) (2006): *Direito e psicanálise. Interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- D'AMATO, A. (1936): *La letteratura e la vita del diritto*. Milano: Ubezzi & Dones.
- DERRIDA, J. (1992): *Acts of literature*. New York-London: Routledge.
- DWORKIN, R. (2003): *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- DWORKIN, R. (2002): *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes.
- DWORKIN, R. (2001): *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes.
- ECO, U. (1995): *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva.
- ECO, U. (1998): *Kant e o ornitorrinco*. Rio de Janeiro: Record.
- FEHR, H. (1931): "Das Recht in der Dichtung". *Kunst und Recht*, Bern, n. 2, p. 580, 1931.
- FEHR, H. (1936): "Die Dichtung im Recht". *Kunst und Recht*, Bern, n. 3, p. 327, 1936.
- FEHR, H. (1950): "Die Dichtung des Mittelalters als Quelle des Rechts". En: BUSSMANN, Kurt; GRASS (Hrsg.) (1950): *Festschrift für Karl Hoff*. Innsbruck, p. 62-66.
- FERREIRA DA CUNHA, P. (2007): "Direito e literatura: introdução a um diálogo". *Themes Revue de la Bibliothèque de Philosophie Comparée*, Paris, v. I, avr. 2007.
- FINA SANGLAS, A. (1993): *Justicia y literatura*. Barcelona: Bosch.
- FISH, S. (1980): *Is There a Text a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*. Cambridge: Harvard University Press.
- FISS, O. (1982): "Objectivity and Interpretation". *Stanford Law Review*, Stanford, v. 34, p. 739-763, 1982.
- FOUCAULT, M. (2004): *A ordem do discurso*. 10. ed. São Paulo: Loyola.

- FREITAS, R. B. de. (1990): "Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações. Breve estudo sobre dimensões de criatividade em direito". *Working Paper 6/02*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- FULLER, E. (1947): *Law in Action: An Anthology of the Law in Literature*. New York: Crown Publishers.
- GADAMER, H.-G. (2003): *Verdad y método I*. 10. ed. Salamanca: Sígueme.
- GADAMER, H.-G. (2002): *Verdad y método II*. 5. ed. Salamanca: Sígueme.
- GADAMER, H.-G. (1996): *Estética y Hermenéutica*. Madrid: Tecnos.
- GARAPON, A. (2007): *Del giudicare. Saggio sul rituale giuduzuario*. Milano: Cortina.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2003): "Breve introducción sobre derecho y literatura". En: GARCÍA AMADO, J. A. (2003): *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Temis, p. 361-371.
- GENETTE, G. (1997): *Palimpsesti: la letteratura al secondo grado*. Torino: Einaudi.
- GODOY, A. S. de M. (2002): *Direito & literatura. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*. Curitiba: Juruá.
- HÄBERLE, P. (1990): "Begegnungen von Staatsrechtslehre und Literatur". *Archiv des öffentlichen Rechts*, Göttingen, v. 115, n. 1, p. 83-92, 1990.
- HEALD, P. (Ed.) (1998): *Literature and Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse*. Durham: Carolina Academic Press.
- HEALD, P. (1998): *A Guide to Law and Literature for Teachers, Students, and Researchers*. Durham: Carolina Academic Press.
- HEIDEGGER, M. (2005): *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta.
- HEIDEGGER, M. (2003): *Conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude e solidão*. Rio de Janeiro: Forense.
- HEIDEGGER, M. (1998): *Carta sobre o humanismo*. 5. ed. Lisboa: Guimarães Editores.
- JUNQUEIRA, E. B. (1998): *Literatura & direito: uma outra leitura do mundo das leis*. Rio de Janeiro: Letra Capital.
- KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (Orgs.) (2002): *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian.
- KOZICKI, K. (2006): "Linguagem e direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos". En: FONSENCA, R. M. (2006) *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, p. 79-87.
- LOESCH, F. (1926): "Is acquaintance with Legal Novels Essential to a Lawyer?" *Illinois Law Review*, Champaign, n. 21, p. 109-146, abr. 1926.
- LONDON, E. (1960): *The World of Law. The World of Law: A Treasury of Great Writing about and in the Law, Short Stories, Plays, Essays, Accounts, Letters, Opinions, Pleas, Transcripts of Testimony*. New York: Simon & Schuster, v. 1 e 2.
- LUKÁCS, G. (s.d.) : *Teoria do romance*. Lisboa: Presença.

- MALAUIRE, P. (1997): *Droit et Littérature. Une Anthologie*. Paris: Cujas.
- MARI, E. (1998): "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 251-287, 1998.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2005): "Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII". *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. 17, p. 113-210, 2005.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2003): "Derecho y literatura: Rabelais o la formulación literaria de un nuevo camino jurídico". *Quaderni Fiorentini*, Firenze, v. 32, p. 703-730, 2003.
- MITTICA, M. P. (2004): *Raccontando il possibile*. Milano, Giuffrè.
- NUSSBAUM, M. (2005): *Nascondere l'umanita. Il disgusto, la vergogna, la legge*. Roma: Carocci.
- NUSSBAUM, M. (2005):: *El conocimiento del amor: ensayos sobre filosofía y literatura*. Madrid: A. Machado Libros.
- NUSSBAUM, M. (1996): *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile*. Milano: Feltrinelli.
- OSSORIO MORALES, J. (1949): *Derecho y literatura*. Granada: Universidad de Granada.
- OST, F. (2007): *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*. Bologna: il Mulino.
- OST, F. (2007) : *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos.
- PÉREZ, C. (2006): "Derecho y literatura". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México, n. 24, p. 135-153, abr. 2006.
- PERGOLESI, F. (1927): "Il diritto nella letteratura". *Archivio giuridico*, Modena, v. XCVII, n. 1, 1927.
- PERGOLESI, F. (1956): *Diritto e giustizia nella letteratura moderna e teatrale*. 2. ed. Bologna: Zuffi.
- POSNER, R. (1998): *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press.
- RADBRUCH, G. (1938): "Psicología del sentimiento jurídico del popolo". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, n. 3, ano XVIII, p. 241-251, mag.-giu. 1938.
- REBUFFA, G. (1992): "Il Trionfo del Codice Civile della Testimonianza di Honoré de Balzac". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, ano XXII, n. 1, giu. 1992.
- RÍOS, C. (2005): "La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Mexico, n. 22, p. 207-219, abr. 2005.
- ROUSSEAU, D. (2001) : "Questions de Constitution". En: COLLIARD, J.-C.; JEGOUZO, Y. et al. (2001) : *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*. Paris: Economica, p. 3-22.
- SANSONE, A. (2001) : *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*. Milano. Giuffrè.
- SCHNEIDER, P. (1987) *...ein einzig Volk von Brüdern: Recht und Staat in der Literatur*. Frankfurt: Athenäum.
- SCHWARTZ, G. (2006): *A Constituição, a literatura e o direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SCHWARTZ, G. (2005): "Autopoiese jurídica e a irritação literária: a interlegalidade textual do direito e da literatura". *Direito e democracia*, Canoas, v. 6, n. 2, p. 291-300, jul. 2005.
- STEIN, E. (2002): *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí.

- STEIN, E. (2001): *Epistemología e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí.
- STEINER, G. (2006): *Linguaggio e silenzio*. Milano: Garzanti.
- STRECK, L. L. (2007): *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- STRECK, L. L. (2007b): *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- TALAVERA, P. (2006): *Derecho y literatura*. Granada: Comares.
- TRIBE, L.; DORF, M. (2007): *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- WARAT, L. A. (1998): *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica.
- WARAT, L. A. (1994): *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: SAFE, v. 1.
- WARAT, L. A. (1995): *Introdução geral ao direito. A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: SAFE, v. 2.
- WARAT, L. A. (2000): *A ciência jurídica e seus dois maridos*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc.
- WARAT, L. A. (2004): *Territórios desconhecidos. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 1.
- WARAT, L. A. (2004b): *Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 2.
- WARD, I. (1995): *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. New York: Cambridge University Press.
- WARD, I. (1994): "From Literature to Ethics. The Strategies and Ambitions of Law and Literature". *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 14, n. 3, p. 389-400, 1994.
- WEISBERG, Ri. (1989): *The Failure of the Word. The Lawyer as Protagonist in Modern Fiction*. New Haven: Yale University Press.
- WEISBERG, R. (1992): *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*. New York: Columbia University Press.
- WEST, Robin. Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement. *Yale Journal of Law and Humanities*, New Haven, v. 1, n. 1, p. 129-156, 1988.
- WEST, Robin. Economic Man and Literary Woman: One Contrast. *Mercer Law Review*, Georgia, v. 39, p. 867-878, 1988.
- WHITE, James Boyd. *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression*. Boston: Little, Brown & Co, 1973.
- WHITE, James Boyd. *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000.
- WHITE, James Boyd. *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*. Chicago: University of Chicago Law Review, 1990.
- WHITE, James Boyd. Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 52, n. 3, p. 684-702, 1985.

- WHITE, James Boyd. Law as Language: Reading Law and Reading Literature. *Texas Law Review*, Austin, v. 60, p. 415-445, 1982.
- WIGMORE, John. A List of Legal Novels. *Illinois Law Review*, Champaign, n. 3, p. 574-596, apr. 1908.
- ZIZEK, Slavoj. *Diritti umani per Odradek?* Roma: Nottetempo, 2005.