

Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

Universidad de Málaga

«A lawyer without history or literature is a mechanic, a mere working mason; if he possesses some knowledge of these he may venture to call himself an architect». Sir WALTER SCOTT (1771-1832)

Guy Mannering, *or the Astrologer* (1815), Chap. xxxvii

RESUMEN

Las intersecciones entre lo jurídico y lo literario resultan en el diverso itinerario y distinta trayectoria de recorrido de cada elemento en el par de relación Derecho/Literatura, y se articulan a través de determinada clase de sintagmas gramaticales, concretamente organizadas mediante tres preposiciones (en, indicando lugar; de, denotando pertenencia; con, expresando la circunstancia con que algo se ejecuta o sucede) y un adverbio modal (como, es decir, a modo de, según, en tanto que o tal que, apuntando tipos de cotejo que van desde lo adyacente hasta la simetría). Desde ellas distingue el Autor tres tipos de intersecciones, respectivamente propuestas como instrumental, estructural e institucional.

Palabras clave: *Derecho y Literatura. Derecho en la Literatura. Derecho de la Literatura. Literatura jurídica y Bibliografía jurídica. Derecho como Literatura (Estética y Hermenéutica jurídica, Teoría narrativa del derecho), Derecho con Literatura.*

ABSTRACT

The intersections between legal and the literary thing are in the diverse itinerary and different trajectory from route of each element in the pair Law/Literature relation, and they articulate to traverse of certain grammar class of sintagmas, concretely organized by means of three you preposition (in, indicating place; of, denoting property; with, expressing the circumstance whereupon something is executed or happened) and a modal adverb (as, it is to say, to way of, according to, in as much that or so that, pointing types of I collate that they go from the adjacent thing to the symmetry). From them it distinguishes the Author three types of intersections, respectively propose like instrumental (in/of), structural (as) and institutional (with).

Key words: Law and Literature. Law in Literature. Law of Literature. Legal Literature. Legal bibliography. Law as Literature (Aesthetic and Legal hermeneutics, Narrative theory of Law). Law with Literature.

SUMARIO: 0. GEOMETRÍA DEL JARDÍN.-1. UNA CUESTIÓN DE NOMENCLATURA, PERO ANTE TODO DE ORDEN METODOLÓGICO.-2. INTERSECCIÓN INSTRUMENTAL.-3. INTERSECCIÓN ESTRUCTURAL.-4. INTERSECCIÓN INSTITUCIONAL.-5. MIRADOR AL JARDÍN.

0. GEOMETRÍA DEL JARDÍN

Se me ocurre que para describir cuál ha sido, luego de transcurrido cierto tiempo, el resultado de una dedicación académica a las tareas investigadoras bien podría acudir a la siguiente imagen. En el desenvolvimiento de esa labor va configurándose poco a poco algo como un «parque temático». Tiene esta locución un perfil de especialidad que en mi caso se contrae al índice de materias y problemas propios de la disciplina «Filosofía del Derecho». Si desarrolláramos esa imagen podría decirse también que, como en cualquier parque que se precie, allí habrá largas avenidas arboladas, profundas y umbrías alamedas, y asimismo soleados paseos de florecidas rosaledas, extensos prados en verdes tornadizos, y también parajes apartados que ha mucho no se transitan. El mío contiene todos esos lugares, además de otros más ocultos en cuya espesura se amontona la broza de muchas podas. Y en él hay, por supuesto, un jardín. No es de recreo, sino botánico; esto es, un terreno cercado donde, habiendo permanecido al abrigo del inclemente invierno, adelantan para el estudio brotes de alguna especie difícil, singular o nueva. Sería de proponer que alguien dedicara una reflexión algo más acrecentada que esta mía, sólo germinal, a la seme-

janza del oficio de la investigación científica con arte del cuidado y cultivo de jardines, siquiera por razón de los afanes y desvelos, así como del placer y goce estético que de ambas aplicaciones resulta.

Voy a hablarles de ese jardín que con los años, van ya para quince, me parece haber arreglado con sementeras y planteles, y por medio de esquejes, yemas de injerto y otras técnicas y procedimientos donde la curiosidad instructiva siempre fue compañera de la experimentación intelectual. Es el fértil jardín de la *Teoría literaria del Derecho*. Pero nada diré sin embargo acerca de su flora o variedad de frutos, sino de las diversas veredas que en él formaron los pasos recorridos. Cuanto aquí exponga se ceñirá únicamente a la geometría del jardín, tejida toda ella de intersecciones. Así, pues, no es aquél un jardín de senderos que se bifurcan –como en la borgeana trama del alternativo destino que diseñan varios porvenires– sino atravesado por sendas y caminos que se entrelazan. En mi caso esas andaduras allegaron a una central glorieta, la «teoría y crítica narrativista del Derecho», pero tampoco creo que esta desembocadura interese más que las diferentes travesías y confluencias que entre ellas se producen.

1. UNA CUESTIÓN DE NOMENCLATURA, PERO ANTE TODO DE ORDEN METODOLÓGICO

La *Teoría literaria del Derecho* supone que lo *jurídico* y lo *literario* se encuentran en relación. Es significativo que incluso Posner, quien ha mostrado mayores reticencias hacia ella, aunque la precise como «incomprendida»¹ no la niegue. Por tanto, el asunto principal remite a partir de aquí a la manera y mejor forma de conocer el régimen que vincula entre sí los elementos de la relación. Dos proposiciones pueden contribuir a facilitararlo, y son:

- a) Las intersecciones entre lo *jurídico* y lo *literario* resultan de los diversos itinerarios y trayectorias de recorrido, por ambas partes, y
- b) Las intersecciones entre lo *jurídico* y lo *literario* se articulan a través de cierta clase de sintagmas gramaticales que actúan como puente, organizadas concretamente mediante tres preposiciones (*en*,

¹ POSNER, R. A.; *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Cambridge, Mass., and London, Harvard University Press, 1988, y *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*, Cambridge, Mass., and London, Harvard University Press, 1998. Asimismo, Id., «What Has Modern Literary Theory to Offer Law?», en 53 *Stanford Law Review*, (2000), pp. 195-208. Sobre la posición de Posner, véanse WHITE, J. B., «What Can a Lawyer Learn from Literature?», en *Harvard Law Review* (1988-1989), pp. 2014-2047, y MARÍ, E. E., «Derecho y Literatura. Algo de lo que se puede hablar pero en voz baja», en *Doxa* 21-II (1998), pp. 251-288. De la 2.ª ed. de *Law and Literature* existe trad. española de P. SALAMANCA y M. MUREGÁN, *Ley y Literatura*, Colegio de Abogados de Valladolid- Eds. Cuatro y el gato, Valladolid, 2004.

indicando lugar; *de*, denotando pertenencia; *con*, expresando la circunstancia con que algo se ejecuta o sucede) y un adverbio modal (*como*, es decir, a modo de, según, en tanto que o tal que, apuntando tipos de cotejo que van desde adyacencia hasta simetría).

De la proposición *a*) se infiere que la eventual distinta línea de aproximación y avance de cada elemento de la relación origina encuentros y contactos diferentes. Lo que se entiende por *jurídico* o por *literario* no es siempre unívoco, de ahí que pudiendo ser diverso el camino por donde marche una determinada idea de Derecho o de Literatura puedan ser también diversos los puntos de intersección que se produzcan.

De la proposición *b*) se infiere que cada posible intersección será diferente de cualquiera otra y que cada una de esas posibles intersecciones se referirá a una relación en sí misma diferenciada de las demás: el Derecho *en* la Literatura, el Derecho *de* la Literatura, el Derecho *como* Literatura. En cualquier caso, aún cuanto todas ellas atañen a cualidades distintivas acerca de la posible relación Derecho y Literatura, coinciden no obstante en descartar la transposición o compensación sustitutiva (Derecho *por* o *en lugar de* Literatura), manteniendo pues el distingo entre los elementos que se relacionan. Ciertamente, es porque Derecho y Literatura se relacionan que Derecho y Literatura se distinguen.

Supuesta la proposición *a*) las distintas líneas de aproximación y avance en que respectivamente discurren las relaciones entre lo *jurídico* y lo *literario* conciernen asimismo a tres ideas de distinta índole sobre *Derecho y Literatura*: 1) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de cultura jurídica, y la Literatura de la de cultura literaria, 2) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de regulación normativa, y la Literatura como actividad objeto de regulación normativa por el Derecho, y 3) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de teoría jurídica, y la Literatura de la de teoría literaria.

Supuesta la proposición *b*) las intersecciones entre Derecho y Literatura son diferentes y cualitativamente distinguibles ya que: 1) El Derecho *en* la Literatura presenta la recreación literaria (tanto de género narrativo, como lírico o dramático) de alguna forma organizativa jurídica (los tribunales de justicia, la profesión jurídica, etc.) o de determinados conceptos y valores jurídicos (ley, la equidad, la justicia, etc.), o lo que es igual, presenta la literatura asociada a temas o asuntos jurídicos, 2) El Derecho *de* la Literatura presenta el fenómeno literario desde el punto de vista jurídico-normativo (propiedad intelectual, *Copyrights* y derechos de autor, contrato de edición, etc., incluyendo asimismo problemas de libertad de expresión), y 3) Derecho *como* Literatura presenta los productos jurídicos como creaciones literarias (literatura legislativa, judicial, de la práctica profesional, de la doctrina científica, etc.) y somete a perspectiva metodológica de canon literario el análisis crítico y comprensión de los discursos, experiencias y actos, criterios interpretativos y construcciones jurídico-dogmáticas.

Lo hasta aquí expuesto como sinopsis y breve desglose analítico tanto sobre la relación Derecho y Literatura como acerca de las tres variables de intersección comúnmente aceptadas², ha de completarse todavía con tres anotaciones.

– Una primera, señalando que en las intersecciones Derecho en la Literatura y Derecho como Literatura se producen efectos de interdisciplinariedad de amplísimo *spectrum*³, que sin embargo faltan en el Derecho de la Literatura, si bien tal modalidad de la relación Derecho

² Además de POSNER, R. A., *Law and Literature* (1988), cit., pp. 319-352, también WEISBERG, R., «The Law-Literature Enterprise», en *Yale Journal of Law & the Humanities*, I, 1988, pp. 1-2; WARD, I., *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge, Cambridge U.P., 1995 (2.^a ed. 2004), pp. 3 y ss.; GARCÍA AMADO, J. A., «Breve introducción sobre Derecho y Literatura», en Id.; *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, p. 362; OST, F.; *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 40. Algún trabajo, como el de MORAWETZ, T.; «Ethics and Style: The Lessons of Literature for Law», en *Stanford Law Review*, 45 (1993), pp. 497-499, añade un cuarto punto de intersección conducido a través de la perspectiva histórica (*storian way*), tocante a la forma en que la Literatura ha trasladado determinada imagen del Derecho a la hora de comprender su realidad histórica e influido sobre la opinión pública para identificar ciertos procesos jurídicos, en especial, legislativos. Sobre esta cuestión véanse también FERGUSON, R. A.; *Law and Letter in American Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1984; Brook, T.; *Cross-Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, New York, Cambridge UP, 1987, y DOLIN, K.; *Fiction and the Law: Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature*, Cambridge UP, Cambridge, 1999. En línea *storian way* mi trabajo «Naturalismo y direcciones criminológicas a finales del siglo XIX en España», en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, núm. 12 (2003), pp. 255-270.

³ Véase OSSORIO MORALES, J.; *Derecho y Literatura*, Universidad, Granada, 1949, (Recogido ahora en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 6, 2003, pp. 501-524); HINZ, E. J.– ANDERSON, T.– MCGILLIVRAY, A.; *Adversaria. Literature and Law*, Manitoba, University of Manitoba-Winnipeg, 1994; NEVILLE TURNER, J. – WILLIAMS, P. (eds.); *The Happy Couple. Law and literature*, Sidney, The Federation Press, 1994; CHEE DIMOCK, W.; *Residues of Justice. Literature, Law, Philosophy*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1996; ROCKWOOD, B. L. (ed.); *Law and literature perspectives*, New York, Peter Lang, cop., 1996; BALL, M.; «The Future of Law and Literature: Convocations and Conversations», (pp. 107-110), y LEVINSON, S.; «Some (Brief) Reflections About Law and Literature» (pp. 121-123), ambos en 10 *Cardozo Studies in Law and Literature* 2 (1998); MYRSIADES, K.– MYRSIADES, L. (eds.); *Un-disciplining literature. Literature, Law, and Culture*, New York, Peter Lang, cop., 1999; RODRÍGUEZ CHÁVEZ, I.; *Literatura y derecho*, Lima, Perú, Universidad Ricardo Palma, 2002; RYF, J.–P.; *Justice et litterature. Regards croisés*, Anglet, Atlantica, 2004; MEYER, M.; *Literature and law*, Amsterdam, Rodopi 2004; WARD, I.; *Law and Literature: possibilities and perspectives*, cit.; Iván RODRÍGUEZ CHÁVEZ, *Literatura y Derecho*, Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú, 2002; GOODRICH, P.; «Erotic Melancholia: Law, Literature, and Love», 14 *Law & Literature* (2002), pp. 103-129; TORRES MÉNDEZ, M.; *Jurisprudencia literaria y filosófica. (La aplicación del Movimiento «Derecho y Literatura» en la jurisprudencia)*, Lima, Perú, Grijley, 2003; HANAFIN, P.; «Introduction: On Writing: Law and Literature», en Hanafin P. et al.; *Law and Literature*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004 [Journal of Law and Society Special Issues. Issue 4], pp. 1-2. Un repertorio interesante en RAY PAPKE, D.; «Law and Literature: A Comment and Bibliography of Secondary Works», en 73 *Law Library Journal* (1980), pp. 421-437.

y Literatura está adquiriendo en algunos sistemas jurídicos fisonomía científica autónoma. Al propio tiempo, si no parece dudoso que lo entendido por Derecho *como* Literatura comporta evidentes dimensiones metodológicas, también se han apuntado respecto al Derecho *en* la Literatura ciertas virtualidades de método para el estudio jurídico⁴.

– La segunda concierne al planteamiento (Richard A. Posner) que en general enfatiza la esencial divergencia entre Derecho y Literatura con base en las diferentes funciones sociales que corresponden a textos jurídicos y literarios. Es cierto que a primera vista tal afirmación no parece demasiado discutible; las funciones sociales que cumplen al Derecho en cuanto Dogmática jurídica⁵ no se registran en la Literatura. Con todo, Derecho y Literatura sí se imbrican a una función social indiscutible y común a través de su fundamento en el Mito (*Mythos*); en ambas creaciones humanas la función mítica se halla presente a través de la vocación instituyente de dar sentido al desorden de la experiencia; la institución jurídica otorga sentido reordenando el conflicto social, la literaria socializa mediante la ficción una «promesa de sentido» frente al desconcierto de la experiencia. Contemplada desde esta perspectiva la relación Derecho y Literatura albergaría una realización suplementaria, fraguada en la oportunidad de contemplar lo jurídico no ya con base en el aprovechamiento de recursos literarios (la Literatura *en* el Derecho) ni tampoco mediante análisis o método de revelación comparativa (Derecho *como* Literatura), sino forjado *con* apropiación de lo literario. Tal apropiación de la Literatura por el Derecho consiste en la traslación/trascrición de formas instituyentes literarias a las jurídicas, y su posibilidad obedece a que, positivamente, ambos comparten socialmente una misma práctica poética.

Y así, el área estricta de la *Teoría literaria del Derecho* comprendería la superficie y volumen ocupados por las intersecciones Derecho *en* la Literatura y Derecho *como* Literatura y Derecho *con* Literatura.

Estas tres intersecciones, que en adelante denominaré respectivamente como *instrumental*, *estructural e institucional*, conforman pues el foco inmediato la *Teoría literaria del Derecho*.

– Finalmente, decir también que nuestro enfoque sobre una *Teoría literaria del Derecho* prescindirá del Derecho *de* la Literatura, por encarnar una acepción demasiado restrictiva de *Derecho*, que va entendido como disciplina jurídica de especialidad, e igualmente de un subtipo implícito en el Derecho *como* Literatura, en concreto la Literatura *del* (contracción de la preposición *de* y artículo *el*) Derecho, ya que ésta se suscita desde una acepción demasiado extensa de *Literatura*, por entendida como conjunto de obras que versan sobre la ciencia jurídica o *Bibliografía jurídica*, al par que demasiado limitada

⁴ CARRERAS JIMÉNEZ, M., «Derecho y Literatura», en *Persona y Derecho*, 34, 1996, pp. 33-62.

⁵ Véase CALSAMIGLIA, A.; *Introducción a la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 129-150.

de *Derecho*, circunscrito al estudio de legislaciones históricas, o *Literatura jurídica* propiamente dicha⁶.

2. INTERSECCIÓN INSTRUMENTAL

El Derecho *en* la Literatura plantea una intersección de carácter *instrumental* en recorrido de sentido doble: el Derecho en cuanto recurso literario, y también la Literatura en cuanto recurso jurídico. En ambos sentidos el carácter instrumental de la intersección revierte en utilidades varias.

El Derecho en cuanto recurso literario, es decir, la presencia de lo jurídico en el contexto de la ficción literaria, contribuye a la formación de los juristas a través del entendimiento sociológico y iusfilosófico de las concepciones de la justicia (por ej., ordalfas, talión y venganza, justicia retributiva/principio de conciliación⁷) y del Derecho (por ej., derecho natural/derecho positivo). Son así dignas de mención

⁶ Así los trabajos de TORRES CAMPOS, M. (1850-1918); *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España*, Madrid, Estab. Tip. de Góngora, 1884 [Reprod. facs. Pamplona, Edit. Analecta, 2002] y UREÑA y SMENJAUD, R. (1852-1930); *Sumario de las lecciones dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 98 y siguientes. (Intento de una historia de las ideas Jurídicas en España)*, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1897, e *Historia de la Literatura Jurídica Española*, Madrid, Estab. Tip. de Idamor Moreno, 1906, o SANCHO IZQUIERDO, M. (1890-1988); *El Fuero de Molina de Aragón*, Madrid, 1916, Librería General de Victoriano Suárez (Col. Estudios de historia de la literatura jurídica española). Vid. también RIAZA, R. – GARCÍA GALLO, A.; *Manual de Historia del Derecho español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, p. 22; GARCÍA GALLO, A.; *Historia del Derecho español*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 3.^a ed. 1943, t. I, p. 11; PESET, M. et al.; *Historia del Derecho*, Valencia, Albatros, 1993, pp. 27 y 30. En Literatura jurídica extranjera véase por ej.: HOLDSWORTH, W.S.; *Sources and literature of English law*, with a foreword by Justice Atkin, Oxford, Clarendon Press, 1925; LANSKY, R.; *Grundliteratur Recht*, MÜNCHEN, C.H. Beck, 1978, 2 vols., o NELSON, W. E. – REID, J. Ph.; *The Literature of American legal history*, New York, Oceana, 1985. Mi aportación en punto a bibliografía jurídica son cuatro trabajos: *Prólogo* a VERA DELGADO, A. – GARCÍA RECHE, G.; *Repertorio de Libros Antiguos en el que se recogen las obras publicadas con anterioridad a 1801 que están en la Facultad de Derecho*, Málaga, Universidad de Málaga – Facultad de Derecho, 1990, pp. 7-12, «Notas sobre literatura jurídica y juristas sevillanos del s. XVII: Juan de Ayllón Laynez», en *Archivo Hispalense* (Sevilla), núm. 225, 1991, pp. 233-238, «Notas sobre literatura jurídica y juristas malagueños del s. XVII: Francisco de Amaya», en *Revista de Estudios Antequeranos*, (Antequera. Málaga), 2, 1994, pp. 359-371, y «El derecho escrito. Lectores, lecturas, leyes, lecciones», Presentación a *El derecho escrito. La cultura del libro e impresos jurídicos en las colecciones privadas malagueñas. Siglos XVI-XIX* (3 de febrero-18 de marzo 2005), Málaga, Cedma, 2005, pp. 9-24.

⁷ Véase el interesante trabajo de HENBERG, M.; *Retribution: evil for evil in ethics, law, and literature*, Philadelphia. Pa., Temple University Press, 1990. Por mi parte, el trabajo titulado «Medio rural y Justicia. Literatura social-reformista en España, 1914-1925», en FERREIRA DA CUNHA, P. (Coord.); *Direito Natural, Justiça e Política* (II.º Coloquio del Instituto Jurídico Interdisciplinar. Faculdade de Direito da Universidade do Porto), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, vol. I, pp. 37-86.

reflexiones como la de Gustav Radbruch exhortando a la lectura de concretas obras en prosa⁸ y verso⁹. Por pasiva, esto es, atendiendo a la intersección de lo literario en el Derecho, o Literatura en cuanto recurso jurídico, no carece de oportunidad la referencia a trabajos, ahora clásicos, en los que se destaca el empleo de mecanismos y dispositivos poéticos llevado a cabo por legisladores y jurisconsultos¹⁰.

No obstante, el beneficio que de ello reporta no sólo aprovecha al tipo de utilidades que Radbruch denominaba genéricamente de «estética del Derecho», o sea, en el rastro de método didáctico y lema de esópica tradición («instruir deleitando»). Lo observamos también allí donde la divisa de la práctica iuspedagógica parecería rezar con emblema opuesto («la letra con sangre entra»); es decir, durante el trámite de la instrucción jurídico-dogmática. Porque ciertamente también aquí se obtienen rendimientos que para la experiencia formativa

⁸ RADBRUCH, G. (1878-1949); *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Verlag Scherer, Heidelberg, 1948, trad. de W. Roces (1951), *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1974 (4.ª ed), pp. 151-152. (Así, FRANCE, A. (1844-1924); *Crainquebille, Putois, Riquet y otros relatos edificantes*, trad. de L. Ruiz Contreras, Imp. A. Marzo, Madrid, 1908, o TOLSTOI, L. (1828-1910); *Resurrección* (1899), trad. de M. Orta Manzano, Barcelona, RBA, 2005).

⁹ Sobre la presencia del Derecho en la poesía es referencia clásica GRIMM, J.; «Von der Poesie im Recht», en *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, II (1816), pp. 25-99. El propio Radbruch ocupó su interés jurídico en poetas como Goethe. Véase RADBRUCH, G.; «Goethe und K.F. Hommel», en Id.; *Elegantiae Juris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, 2. Auflage, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, 1950, pp. 176-180 [Karl Ferdinand Hommel (1722-1781) fue profesor de derecho y juez en Leipzig, además de un importante promotor del reformismo penal ilustrado, siendo conocido como el Beccaria alemán, trad de éste en ed. vienesa de 1786]. Consúltese también la recensión a Radbruch de K. GRZYBOWSKI en *American Journal of Comparative Law*, vol. 3, n.º 4 (1954), pp. 603-604. Igualmente, RADBRUCH, G.; «Il diritto nella visione getheana del mondo», en *RIFD*, 1940, pp. 193 y ss. Para otras referencias, como por ejemplo a *Maß für Maß [Medida por Medida]* de Shakespeare, en su obra *Gestalten und Gedanken*, Acht Studien, Koehler & Amelang, Leipzig, 1944.

¹⁰ Véanse los trabajos de Hans Fehr, reunidos en *Kunst und Recht* Festgabe für Hans Fehr, Karlsruhe, C. F. Müller, 1948, 3 t. [I. *Das Recht im Bilde* (1929); II. *Das Recht in der Dichtung* (1931); III. *Die Dichtung im Recht* (1936)]. Para ej. más recientes Barbara JOHNSON, «Anthropomorphism in Lyric and Law», en *Yale Journal of Law and the Humanities*, 10 (1998), pp. 549-574, y en Derecho constitucional, véase HÄBERLE, P.–LÓPEZ BOFILL, H.; *Poesía y derecho constitucional: una conversación*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, 2004, que también contiene trad. parcial de *La Constitución de los literatos*, de HÄBERLE (*Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur*, Illustrationen von Bernd Burkhard, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983). En Derecho penal, GARCÍA OVIEDO, C.; *Ideas jurídico-penales contenidas en el Romancero español*, en *Revista del Centro de Estudios Histórico de Granada y su Reino*, 1912, pp. 223-250, e *infra* n. 19. En historia política, FERREIRA DA CUNHA, P.; «La poésie, signe juridico-politique: l'exemple de l'Al-Andalus Lusitanien. Essais de lecture», en Id.; *Le Droit et les Sens*, Paris-Orléans, L'Atelier de l'Archer, 2000, pp. 106-127. Véase asimismo sobre juristas poetas «Off the Record: An Anthology of Poetry by Lawyers», en 28 *Legal Studies Forum*, 1-2 (2004), íntegramente dedicado a la poesía de juristas, en ed. de J. R. ELKINS.

de los juristas suponen adquisición de conocimientos y desarrollo de habilidades. Lo han comprendido de ese modo quienes en la estela de John Henry Wigmore (1863-1943) y su *A List of Legal Novels* (1908 y 1922)¹¹ hacen uso de esa prospectiva, renovando la colección de aquel catálogo¹² y ofreciendo y formando ampliadas selecciones y antologías escolares de textos y críticas¹³.

¹¹ En *Illinois Law Review*, vol. II (1908), pp. 574-593, y «A List of One Hundred Legal Novels», en id., vol. XVII (1922), pp. 26-41. Wigmore las organiza en cuatro grupos de novelas: 1) las que describen escenas de tribunales; 2) las que muestran rasgos de abogados, jueces, o detallan formas de la vida profesional; 3) las que exponen métodos jurídicos en el proceso y ejecución penales; y 4) las que tratan sobre alguna cuestión jurídica tocante a derechos o conductas de los personajes literarios. Véase también PERGOLES, F.; *Diritto e giustizia nella letteratura moderna, narrativa e teatrale*, Bologna, Zuffi, 1949 p. 25 [reimp. 1956] y VILLIERS GEMMETTE, E.; *Law in Literature. Legal Themes in Short Stories*, New York, Praeger Publishers, 1992 [En espec. Appendix A: «Wigmore's List of Legal Novels», pp. 444-456, y APPENDIX, B: «Weisberg and Kretschman's Expanded List of Law-Related Literary Works», pp. 457-461, y APPENDIX, C: «Fifty Law-Related Films», pp. 463-467]. Asimismo, BREEN, J. L.; *Novels Veredicts: A Guide to Courtroom Fiction*, Metuchen (N.J.), Scarecrow Press, 1984.

¹² Véanse reunidas las diversas ampliaciones KRETSCHMAN, K. L.; *Legal Novels: An Annotated Bibliography*, Austin, University of Texas, 1979 y WEISBERG, R.; *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven and London, Yale U.P., 1984. Asimismo la Nota «A New List of Recommended Reading for Prospective Law Students (Faculty of the Michigan Law School)», en *Michigan Law Review*, Vol. 83, n.º 4, 1985 Survey of Books Relating to the Law (Feb., 1985), pp. 663-669.

¹³ De textos, entre otras, LONDON, E.; *The World of Law: The Law in Literature*, New York, Simon and Schuster, 1960; SURETSTK, H.; «Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities», en *Rutgers Law Review* 32 (1979), pp. 727-739; THOMAS, B.; *Cross-examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, New York, Cambridge UP, 1987; VILLIERS GEMMETTE, E. (ed.); *Law in Literature: Legal Themes in Short Stories*, cit.; *Law in Literature: Legal Themes in Drama*, Troy, New York, Whitson Pub. Co., 1995, *Law in literature: legal themes in Novellas*, Troy, New York, Whitson Pub. Co., 1996, y *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law-Related Works*, Whitston Publishing Co., Troy, New York, 1998; WISHINGRAD, J. (ed.); *Legal Fictions: Short Stories About Lawyers and the Law* (reissued ed. Woodstock, Overlook Press, 1994; MORISON, J.- BELL, C. (eds.); *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1996; MALAURIE, Ph.; *Droit et Littérature. Une anthologie*, Paris, Edition Cujas, 1997; SHAPIRO, F. R. - GARRY, J.; *Trial and Error: An Oxford Anthology of Legal Stories*, Oxford, Oxford UP, 1998; HEALD, P. J.; *A Guide to Law and Literature for Teachers, Students, and Researchers*, Durham, North Carolina. Carolinam Carolina Academic Press, 1998. En lengua española FINA SANGLAS, A.; *Justicia y Literatura*, Barcelona, Bosch, 1993, y ALAMILLO SANZ, F. J.; *La Administración de Justicia en el clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*, Madrid, Civitas, 1996.

De análisis críticos, entre otras, FISHER, J.; «Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?», en *Texas Law Review* 72 (1993), pp. 135-160; LEVINSON, S.- MAILLOUX, S. (eds.); *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Evaston, Northwestern UP, 1988; LEDWON, L. (ed.); *Law and Literature: Text and Theory*, New York, Garland Publishing, 1995; ROCKWOOD, B. L. (ed.); *Law and Literature Perspectives*, New York, Peter Lang, 1998; FREEMAN, M.- LEWIS, A.

Sin duda, pues, las guías literarias del Derecho (*a literary guide to Law*) son practiquísimas guías de lectura jurídica (*a reader's guide to Law*), pero poseen además un valor añadido. El cultivo de la intersección Derecho en la Literatura, sea mediante el examen del Derecho en cuanto recurso literario o, a la inversa, de la Literatura en cuanto recurso jurídico¹⁴, no únicamente asiste a la «educación sentimental del jurista»¹⁵, sino que fructifica más allá de favorecer en ese plano de la relación Derecho y Literatura una función sólo *estética*, ya que además transforma su provecho en *guía ética*. La inmersión jurídica en las fuentes literarias, y viceversa, actúa con poder de empatía (*power of empathy*) ética. En esta dirección humanista¹⁶ se expresa Nussbaum al opinar que la *imaginación literaria* vale «para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas»¹⁷. Y, en efecto, el hábito en esas lecturas «brinda intuiciones que —una vez sometidas a la pertinente crítica— deberían cumplir una función en la construcción de una teoría política y moral adecuada; que desarrolla aptitudes morales sin las cuales los ciudadanos no lograrán forjar una realidad a partir de las conclusiones normativas de una teoría política o moral, por excelente que sea»¹⁸. La imaginación literaria aplicada al Derecho presta servicio de imaginación ético-civil y pública universalizable.

Ahora bien, comparto el parecer de que en el discurso jurídico tal *fabulación literaria*, que desde luego en absoluto tendría por qué no poseer naturaleza lírica (Derecho en la Poesía)¹⁹, debería presentar en

(eds.); *Law in Literature*, London-New York, Oxford UP, 1999. (Nota: Se ha ofrecido por lo general la fecha de aparición, a la que más siguieron numerosas reimpressiones y reediciones). También, aunque en parte, DANOVI, R.; *Tra fantasia e Diritto. List of Novel*, Giuffrè, Milano, 2004. En lengua española el reciente trabajo de TALAVERA, P.; *Derecho y Literatura*, Granada, Edit. Comares, 2006, en esp. caps. II y ss.

¹⁴ Véase ALMOG, S.; «Literature Alongside Law as a Contemporary Paradigm», en *Cultural Dynamics* 13, 1 (2001), pp. 53-65.

¹⁵ Tomo la expresión de LARRAÑAGA, E.; *Derecho y literatura*, México, Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), División de Ciencias Sociales y Humanidades, 1987, p. 23.

¹⁶ Así, J. B. BARON califica de «humanistas» a los *law-and-lits*, adeptos al *law and literatura*, que sostienen la conveniencia de que los juristas lean Literatura. Véase su trabajo «Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity», en *Yale Law Journal* 108, 5 (1999), pp. 1059-1085, en esp. p. 1063.

¹⁷ NUSSBAUM, M.; *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (1995), *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. Carlos Gardini, Santiago de Chile, Edit. Andrés Bello, 1997, p. 27.

¹⁸ *Ibid.*, p. 38. Sobre el alcance de la concepción literaria y aristotélica del juicio práctico en Nussbaum, véase Robert PIPPIN, «Percepire le necessità del tempo. Letteratura, conoscenza morale e Diritto», en *Ars interpretandi* 7 (2002), pp. 87-108, en esp. pp. 97-108.

¹⁹ En este punto, señalo una aportación personal con el estudio de temas jurídico-penales en la poesía popular del flamenco andaluz, entendiendo las tonás de carcereras como micro-relatos: véase CALVO GONZÁLEZ, J.; *El Cante por Derecho. Las «Carceleras» y el krausofloclorismo andaluz. (Un estudio de Etnología jurídica y*

presentar en cualquier caso estructura narrativa²⁰. Esa empatía ético-civil y pública universalizable se aprecia particularmente tratándose de la *compasión* –algo distinto del pesar o la pena– hacia las víctimas, del discurso jurídico de género (*legal feminism*) y sobre el derecho de las minorías²¹. Y así, me parecen reveladoras propuestas que partiendo de la relación Derecho y Literatura en su intersección Derecho *en* la Literatura, aún admitiendo que no siempre resulte fácil de conseguir la comparación intersubjetiva y la comprensión empática, no obstante promuevan la idea de que Literatura puede contribuir a lograr la promesa moral de trascender nuestra propia condición subjetiva. Es en efecto difícil empatizar con aquellos cuyas experiencias vitales son diferentes a las nuestras. Hay ejemplos clásicos que no han perdido actualidad; v. gr., para un heterosexual es difícil, por ejemplo, *comprender* lo que es *ser* homosexual, para un blanco *comprender* las experiencias de una persona de raza negra. Hay también otros ejemplos más recientes, como que para un nacional resulta difícil *comprender* al inmigrante... En verdad puede ser y es difícil trascender nuestra propia experiencia hasta alcanzar la empatía con la experiencia de «los otros», pero entonces «la literatura narrativa, cuando es buena, es el puente que facilita la comprensión empática (...) La metáfora y la narrativa son los medios por los que llegamos a comprender lo que inicialmente

Filosofía Penal), Ilustraciones de Eugenio Chicano, Málaga, Ayuntamiento de Málaga, Área de Cultura, 2003. Extendiendo el argumento y llevándolo hasta su proximidad con la idea jurídico-política rawlsiana de sociedad justa, me permito recomendar el sugestivo libro de CARTA, P.: *Il poeta e la polis. Colpa e responsabilità in Wylan H. Auden*, Padova, CEDAM, 2003.

²⁰ Véase VAN ROERMUND, B. C. G. J.: «Law is narrative, not Literature», en WITTEVEEN, W. J. (ed.): *Law, Rhetoric and Literature (Special Issue of Dutch Journal for Legal Philosophy and Legal Theory)*, ZWOLLE, TJEENK WILLINK, pp. 221-227. (Recogido ahora en Id., *Derecho, relato y realidad*, trad. de H. LINDAHL, Madrid, Edit. Tecnos, 1997 pp. 13-19).

²¹ A título de ej. los trabajos de BANDES, S.: «Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements», en *University of Chicago Law Review* 63 (1996): 361-412; FRANK, S.: «Eve Was Right to Eat the “Apple”»: The Importance of Narrative in the Art of Lawyering», en *Yale Journal of Law and Femenism*, 1996, 8, 1, pp. 79-118; HEALD, P. J.: «Introduction. Law and Literature as Ethical Discourse», en Id. (ed.): *Literature & Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse*, Durham, North Carolina. Carolina Carolina Academic Press, 1998, pp. 3-14, y MELANIE, W.: *Empty Justice: One Hundred Years of Law, Literature and Philosophy*, London, Cavendish Publishing Ltd., 2002. Más en general HEINZELMAN, S. S.– WISEMAN, Z.: *Representing women: law, literature, and feminism*, Durham, Duke UP, 1990; GOLDSTEIN, A. B., *Law and literature: representing lesbians*, Austin. Texas, University of Texas at Austin, School of Law Publications, 1992; BACCHILEGA, C.: *Postmodern fairy tales. Gender and narrative strategies*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1997, y HEILBURN, C.– RESNIK, J.: «Convergences: Law, Literature and Feminism», en Jacqueline St. Joan and Annette Bennington McElhiney (eds.), *Beyond Portia: Women, Law, and Literature in the United States*, Boston, Northeastern UP, 1997, pp. 11-52.

nos fue ajeno»²². En mi experiencia de lector y propugnador de lecturas coincido en que la narrativa nos permite superar las limitaciones del hombre económico, prevalecer sobre nuestra identidad y apropiarse la identidad del otro y, con todo ello, excitar el deseo y la pasión de conocer y producir comparaciones intersubjetivas de utilidad, aunque éstas no dispensen del sufrimiento, el dolor y hasta la agonía.

Del resto, no ha de obstar a la percepción del *law-and-lits* que ese *elogio de la lectura* declare –en la mejor acepción de Derecho en la Literatura y por relación a la *Literatura en el Derecho*– el valor de la Literatura misma incluso en la *literatura didáctica preparatoria del Derecho*.

En mayo de 1954, Paul Claussen, un muchacho de doce años, escribió a uno de los más renombrados *Justices* norteamericanos, l'inspirateur du tribunal de Nuremberg, el juez Felix Frankfurter, pidiéndole consejo sobre cómo adelantar y mejor prepararse en un futuro estudio del Derecho. El juez le respondió: «May dear Paul», le dijo, «*No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings, in the original or in easily available reproductions, and listening to great music. Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicariously as much possible the wonderful mysteries of the universe, and forget all about your future career*». Que, por tanto, de momento, se olvidase de estudiar libros jurídicos; el mejor camino para preparar el ingreso en Escuela de Leyes consistía más bien en escuchar la mejor música, contemplar las obras maestras de la pintura y, sobre todo, hacer de su mente un depósito de la buena literatura²³.

²² GILLIGAN, C.; *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard UP, 1982, p. 874.

²³ «My dear Paul,

No one can be a truly competent lawyer unless he is a cultivated man. If I were you, I would forget about any technical preparation for the law. The best way to prepare for the law is to come to the study of law as a well-read person. Thus alone can one acquire the capacity to use the English language on paper and in speech and with the habits of clear thinking which only a truly liberal education can give. No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings ... and listening to great music. Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicariously as much as possible the wonderful mysteries of the universe, and forget all about your future career.

With good wishes,

Sincerely yours»

Véase ELMAN, Ph. (ed.); *Of Law and Men: Papers and Addresses of Felix Frankfurter, 1939-1956*, Brace and Company, New York: Harcourt, 1956, p. 103, o «Felix Frankfurter» (Felix Frankfurter: «Advice to a Young Man Interested in Going into Law» in London, E. (ed.); *The World of Law: The Law as Literature*, New York, Simon & Schuster, 1960, p. 725.

3. INTERSECCIÓN ESTRUCTURAL

Cuando denomino intersección *estructural* a la planteada en el Derecho *como* Literatura creo necesario dejar constancia de tres posibles puntualizaciones:

i) Se trata de una intersección que resulta *un-paso-más-allá* de aquella enunciada en términos de Derecho *en* la Literatura y, en consecuencia, donde la formación jurídico-literaria debida a la lectura no es suficiente, ni tampoco el método exegético de comentario.

ii) Se trata de un *como si* (*Als-Ob*) o ficción, y

iii) No se trata de una ficción. El *como* entre Derecho y Literatura no consiste en un *como si*. En el Derecho *como* Literatura la intersección Derecho y Literatura no viene dada por el recurso mental (*Denkbehelf*) a un eficiente medio de conocimiento (*Erkenntnismittel*) que aproxima la comprensión de una parte de la relación que escapa a la certeza racional de compartir un mismo dato empírico²⁴, y mediante el cual no obstante se colmaría la necesidad de equivalencia.

La primera de estas puntualizaciones restablece la peculiaridad de la intersección. La segunda y tercera se excluyen mutuamente. Ahora bien, aunque a mi juicio con sostener la segunda se acabaría incurriendo en la irrealidad de la equivalencia²⁵, a los fines operativos de descripción aceptaré que *ab initio* potencialmente una no excluya la otra.

Tomado así, resulta que:

a) Ante la intersección Derecho *como* Literatura ya no nos hallamos *prima facie* en una reposición de la función instrumental, y que

b) Su objetivo de paralelismo apunta –opcionalmente– sea la adyacencia, sea la simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias.

La opción primera de paralelismo da cabida a las «hipótesis estéticas», tanto sea la retórico-poética de Benjamín Nathan Cardozo²⁶,

²⁴ Véase VAIHINGER, H.; *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig, Felix Meiner Verlag, 1922, p. 19 [1.ª ed. 1920], y MARTÍNEZ GARCÍA, J. I.; *La imaginación jurídica*, Madrid, Edit. Debate, 1992, pp. 95 y ss.

²⁵ A veces, sin advertirlo. Véase ALPA, G.; «Law & Literature: *Un inventario di questioni*», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, II, 1997, p. 175: «la expresión derecho *como* literatura, es decir, el análisis del texto jurídico *como si* fuera un texto literario». (Nota: la cursiva es mía).

²⁶ CARDOZO, B. N.; «Law and Literature», en *Yale Law Review*, 14 (1925), pp. 699-718 [Asimismo en reeds. CARDOZO, B. N.; *Law and Literature, and Other Essays and Addresses*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1931, e Id.; «Law and Literature», en HALL, M. E. (ed.); *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, Fal-lon Law Book Co., 1947, y con Pref. de E. W. Patterson, Albany, New York, Matthew Bender, 1967, reimp. 1980]. Véase también WEISBERG, R. H.; «Law, Literature, and Cardozo's Judicial Poetics», en *Cardozo Law Review* 1, 1979, pp. 283-342, y por

sobre vínculos existentes entre la opinión judicial y el arte literario y en torno al estilo de redacción de las sentencias y su rango estético (magisterial o imperativa, lacónica, conversacional, refinada o artificial, demostrativa o persuasiva, y tensorial), como la más hermenéutica de Ronald Dworkin²⁷. En ambas la postulación concluye meramente en términos de analogía. Así, pues, Derecho *a modo de* o *según* Literatura.

Algo muy diferente sucede en la segunda opción. Al enfrentar el problema del proceso hermenéutico la moderna (postmoderna) teoría tanto de la Literatura como del Derecho promueve el paralelismo con

extenso Id., *Poethics: And Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia UP, 1992.

²⁷ DWORKIN, R.; «Law as Interpretation», en *Critical Inquiry* 9 (1982-1983), pp. 179-200, reimp. como «How is Law like Literature», en Id., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard UP, 1985, pp. 146-166. Existe trad. de José Manuel POMBO ABONDANO «Cómo el derecho se parece a la literatura», en RODRÍGUEZ, C. (ed.); *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santa Fe de Bogotá (Colombia), Universidad de Los Andes— Siglo del Hombre Editores, 1997, por donde se cita, en espec. pp. 149, 150, 168-169: [A los juristas] «les vendría bien estudiar interpretaciones literarias y artísticas. Puede no parecer un buen consejo —salir de Guatemala para meterse en Guatepeor— ya que los mismos críticos están muy divididos en cuanto a lo que la interpretación literaria es, cosa que no mejora en las otras artes. [...] Para que [los juristas] puedan sacar provecho de una comparación entre lo que es la interpretación jurídica y la literaria, es menester que vean la segunda desde cierta perspectiva. [...] Mi sugerencia aparentemente banal —que he llamado *hipótesis estética*— es la siguiente: lo que la interpretación de un texto literario busca es mostrar qué lectura —o voz o dirección, o actuación— es capaz de revelarnos al texto como una verdadera obra de arte [...] Lo que la interpretación de un texto pretende es mostrar «la obra» como la mejor obra de arte que «puede ser». [...] He dicho que la interpretación literaria busca mostrar cómo la obra en cuestión puede verse en su mejor luz en tanto obra de arte, y por lo tanto —dicha interpretación— debe cuidar de rasgos formales de unidad, identidad y coherencia, así como consideraciones sustantivas de valor artístico. Una interpretación viable de la práctica del derecho debe también, de manera análoga, pasar un examen de doble filo: debe ajustarse a dicha práctica y debe mostrar un valor, un punto. Pero el valor o punto en este caso no puede ser artístico *porque el derecho no es una labor artística*. La ley es una empresa política cuyo asunto más general, de existir alguno, descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y los de la comunidad, o en resolver disputas tanto sociales como individuales, o en asegurar que se haga justicia entre los ciudadanos y entre ellos y el Estado o cualquier combinación posible entre estos elementos [...]. Así las cosas, la interpretación de cualquier cuerpo o división del derecho debe mostrar el valor de tal cuerpo jurídico en términos políticos, demostrando —o mostrando— el mejor de los principios que dicho cuerpo debe tener para prestar un servicio». (Nota: la cursiva es mía). En cuanto a la bien conocida y ciertamente afortunada metáfora de la *chain novel* (*Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1986, trad. de Claudia FERRARI, *El Imperio de la ley*, Barcelona, Edit. Gedisa, 1992, cap. 7) referida a la idea de coherencia interna del sistema jurídico, ha de ser tenida como ajena a cualquiera pretensión que pudiera exceder su carácter de *analogía*. Véase también RUIZ TAGLE, P.; «La novela legal en serie y el concepto de Derecho: Una teoría de Ronald Dworkin» (1988), en Id., *Derecho, Justicia y Libertad. Ensayos de Derecho Chileno y Comparado*, México D. F., FONTAMARA, 2002, pp. 47-57, y sobre su conexión con la teoría del precedente judicial Lindquist, S. A. —CROSS, F. B.; «Empirical Testing Dworkin's Chain Novel theory: studying the paths of precedent», en *New York University Law Review* 80 (2005), pp. 1156-1206.

la propuesta de la *muerte* del autor/legislador (intención del autor/*voluntas legislatoris*) y la *resurrección* del texto y el lector a través de constructos heurísticos tales que dialogismo intertextual y comunidades interpretativas. Es decir, la estética de la recepción literaria (*Rezeptionsästhetik*) –heredera del viejo y genérico adagio hermenéutico *quidquid recipitur, ad modum recipientes recipitur*– y nueva retórica sobre la interacción texto/lector *como* (*en tanto que o tal que*) teoría de la interpretación –y aplicación– jurídicas²⁸. El parangón tiene aquí una intensidad mayor y más penetrante que en la opción precedente, donde el símil no superaba el estadio de comparación parcial o sólo limitada. Lo que ahora se apunta en la trayectoria de los *hermeneutic law-and-lits* es a la simetría. Ello determina, desde mi punto de vista, que la diferencia existente entre ambas opciones no sea de grado, sino de índole, y en consecuencia que si la razón de cotejo en cada una ni es común ni tampoco intercambiable, lo más lógico sería reajustar la opción primera a su propia línea de fuga, ubicándola en el área de una intersección diferente, resultando adecuada la de Derecho *en* la Literatura (dirección Literatura *en* el Derecho).

Por lo demás, deteniéndonos a observar otro de los grandes recorridos que proyecta hacia la intersección Derecho *como* Literatura veremos reproducida una situación relativamente similar a la anterior. Me refiero a la trayectoria seguida por los *narrative law-and-lits*.

Al hablar de Derecho *como* Narración la pertinente puntualización señalaría en este caso lo siguiente²⁹:

i) Que en términos de comparación Derecho y Narración van contruidos *como* (*según o a modo de*) una alegoría. En Derecho *como* Narración aquello por lo que el Derecho se interesa se da a entender mediante lo que representa o significa Narración.

²⁸ WHITE, J.B.; *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Boston Mass, Brown and Company, 1973 (2.^a ed. 1985) y *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985; FISH, S.; «Is Here a text in this Class?», en Id.; *Is Here a text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge Mass. & London, Harvard UP, 1980, pp. 303-321, y *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham and London, Duke UP, 1989; Safford Levinson– Steven Mailloux, *Interpreting, Law and Literature. A Hermeneutic Reader*, cit.; Douzinas, C.– WARRINGTON, R.– McVEIGH, S.; *Postmodern jurisprudence. The law of text in the texts of law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1991; CALVO GONZÁLEZ, J.; *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa. (Un modelo de juego intertextual para el Derecho)*, Barcelona, Edit. Ariel, 1992; BERNIS, S.; *Concise Jurisprudence*, Sydney, The Federation Press, 1993; DOUZINAS, C.– WARRINGTON, R.; *Justice miscarried. Ethics and aesthetics in law*, New York, Harvester Wheatsheaf, 1994, y JULIUS, A.; «Introduction», en Freeman, M.– LEWIS, A. D. E.; *Law and Literature, Current Legal Issues*, Oxford UP, Oxford, 1999, vol. 2, pp. XI-XXV. Más en general MINDA, G.; *Postmodern legal movements : law and jurisprudence at century's end*, New York UP, New York, 1995.

²⁹ Deduzco una parte del argumento en BINDER, G.– WEISBERG, R.; *Literary Criticisms of law*, Princeton. New Jersey, Princeton UP, 2000, pp. 201 y ss. y 261 y ss.

ii) Que en términos de comparación Derecho y Narración van contruidos *como* una ficción (*como si*).

iii) Que en términos de comparación Derecho y Narración van contruidos *como* (*en tanto que o tal que*) recíprocamente inherentes. En Derecho *como* Narración aquello por lo que el Derecho se interesa se da a entender sin acudir a un tropo o lenguaje figurado, ni a una ficción

Tomado así, resulta que:

a) Ante la intersección Derecho *como* Literatura tampoco aquí nos hallamos *–prima facie–* en una reposición de la función instrumental, y que

b) Su objetivo de paralelismo apunta *–opcionalmente–* sea a la adyacencia, sea a la simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias (narrativas).

De las tres puntualizaciones, la primera concierne en su asunto al interés por las tramas narrativas de las historias relatadas entre los diversos operadores (clientes y en general usuarios de la administración de justicia, partes procesales técnico-jurídicas, y jurados y jueces) en la práctica procesal (*courtroom drama*), atendidas de acuerdo a su relevancia persuasiva³⁰, pudiendo alcanzar en algún caso a la alegorización narrativa del «gesto judicial» (relato del principio de imparcialidad objetiva y subjetiva)³¹ o de determinadas construcciones doctrinales (relato del principio de igualdad)³², y desde una versión *passionately* como la de Cover también al sistema y aparato de la jurisdicción como *jurispática* (iuris-patética) y a la eficiencia de los relatos fundacionales frente al *nomos* y derechos actuales³³. La segun-

³⁰ Véase BRUNER, J.; *Making stories: law, literature, life*, New York, Farrar, Straus, and Giroux, 2002 (*La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*, Buenos Aires, FCE-Argentina, 2003), y VV.AA.; *How to succeed in the courtroom. The secrets of persuasive storytelling*, St. Paul, Minn., Minnesota Continuing Legal Education, 2006.

³¹ Lo que se narra es el relato de la imagen y conducta gestual de los jueces. Véase mi trabajo *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga, Edit. Agora, 1996 (2.ª ed. 2002).

³² Los artículos de BELL, D.; «The final report: Harvard's affirmative action allegory» (pp. 2382-2410) y DELGADO, R.; «Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative», (pp. 2411-2441), ambos en *Michigan Law Review* 87 (1989).

³³ COVER, R. M.; «Nomos and Narrative», en 97 *Harvard Law Review* 4 (1983), pp. 4-68, luego recogido en MINOW, M.–RYAN, M. & SARAT, A. (eds.); *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor, Michigan, The University Michigan Press, 1993, y parte asimismo de COVER R.; *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. y ed. a cargo de Christian Courtis, Barcelona, Edit. Gedisa, 2002 [véase mi recensión en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), XXII, 2005, pp. 445-450]. En la ed. de Minow et al. es particularmente interesante el trabajo titulado «The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction», pp. 173-201. Para el área de Derecho Constitucional merece mención el trabajo de LARUE, L.H.; *Constitutional Law as Fiction: Narrative*

da, que de ordinario parte admitiendo las posibilidades de la Literatura en el Derecho³⁴, añade que al contener las teorías jurídicas un componente narrativo (*Teoría narrativista del Derecho. Narrative Jurisprudente*³⁵) cabe analizarlas como (*en tanto que o tal que*) Literatura, esto es, sosteniendo una «hipótesis estética», pese a que su capacidad explicativa no resulte completa³⁶. Así pues, siendo imperfecta la equivalencia entre Derecho y Narración –pues en el paralelismo de uno con otra aquél mantiene un punto de fuga respecto de ésta– se representa no obstante como si no lo fuera. Y está, por último, la tercera puntualización que, en especial sin abandonar el ámbito jurisdiccional³⁷ (*litigation*), perfila la relación Derecho y Narración como (*en tanto que o tal que*) *Narrative Criticism of Law*. Su preocupación y alcance explicativo se apoya en la naturaleza narrativa inherente a varios institutos procesales (confesión)³⁸, al razonamiento jurídico y

in the Rhetoric of Authority, University Park. PA., Pennsylvania State University Press, 1995.

³⁴ Sobre el tratamiento de la dimensión narrativa en el orden de la enseñanza jurídica puede consultarse ELKINS, J. R.: «The Quest for Meaning: Narrative Accounts of Legal Education», en *Journal of Legal Education* 38 (1988), 577-598, y el núm. 40 (1-2) del *Journal of Legal Education*, de 1990 (Pedagogy of Narrative: A Symposium), con trabajos de ELKINS, J. R.: «The Stories We Tell Ourselves in Law», pp. 47-63; MCTHENIA, A. W.: «Telling a Story About Storytelling», pp. 67-76; FRIEDRICH, D. O.: «Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin», pp. 3-18, y BATT, J.: «Law, Science, and Narrative: Reflections on Brain Science, Electronic Media, Story, and Law Learning», 40 *Journal of Legal Education* (1990), pp. 19-46.

³⁵ ELKINS, J. R.: «Narrative Jurisprudence», en 9 *Legal Studies Forum* (1985), pp. 123-234.

³⁶ Véase WEST, R.; *Narrative, Authority, and Law*, Ann Arbor. Mich., The University of Michigan Press, 1993. Cap. 8: «Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Moder Legal Theory». pp. 345-418, en esp. p. 410: «Tres diferentes inferencias respecto a la forma en que leemos las teorías jurídicas emergen de nuestro análisis sobre tales teorías como narrativa. Primero, si las teorías jurídicas le deben algo a nuestra imaginación literaria no pueden ser completamente entendidas y no deben ser leídas como un puro análisis filosófico. Segundo, si las teorías jurídicas le deben algo a nuestra imaginación literaria no pueden ser debidamente entendidas sólo como un producto de nuestros deseos. Por lo tanto, las teorías jurídicas no deben ser entendidas ni leídas simplemente como una rama de la retórica política. Tercero, debido a que las teorías jurídicas son *en parte* producto de nuestra imaginación literaria deben ser entendidas y leídas *en parte como arte*».

³⁷ KURZON, D.: «How Lawyers Tell Their Tales: Narrative Aspects of a Lawyer's Brief», en *Poetics*. 14 (1985), pp. 467-481; O'BARR, W. M.– CONLEY, J. M.: «Litigant satisfaction versus legal adequacy in small claims court narratives», en LEVI, J. N.– WALKER, A. G. (eds.); *Language in the Judicial Process*. New York, Plenum Press, 1990, pp. 97-131, y WEISBERG, R.: «Proclaiming trials as narratives: premises and pretenses», BROOKS, P.– GEWIRTZ, P. (eds.); *Law's Stories. Narrative an rhetoric in the Law*, New Haven, Yale UP, 1994, pp. 75-83.

³⁸ BROOKS, P.: «Storytelling without fear? Confession in law and literature», en BROOKS, P.– GEWIRTZ, P. (eds.); *Law's Stories. Narrative an rhetoric in the Law*, cit., pp. 114-134, y *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, Chicago, University of Chicago Press, 2000.

las decisiones judiciales³⁹, a la praxis tribunalicia en su conjunto⁴⁰, al discurso e interpretación operativa de los hechos⁴¹, al razonamiento probatorio⁴², a la verdad judicial⁴³, al *iudicium facti*⁴⁴, al precedente judicial⁴⁵, etc., asimismo prolongándola y extendiéndola a otros muchos⁴⁶, todo ello como parte de la tarea de construcción de una *Teoría narrativista del Derecho* (*Narrative Jurisprudente*).

Aquí, y en general para Derecho como Literatura, el principal *handicap* sigue estando en el poso de incompreensión –a menudo revestido de superioridad doctrinal– que algún tipo de juristas aún opone a la Literatura, y en la renuencia o resistencia –tantas veces compartida entre todos– a la elaboración interdisciplinaria (*cross-disciplinary*) del conocimiento.

4. INTERSECCIÓN INSTITUCIONAL

El Derecho y la Literatura comparten una misma práctica poética. Ella no es otra que la efectiva capacidad de instituir lo social, de hacer

³⁹ Véanse trabajos de LEVINSON, S.; «The rhetoric of the judicial opinion» (pp. 196-200), LEVAL, P.N.; «Judicial opinions as literature» (pp. 206-210), y BALKIN, J. M.; «A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason» (pp. 211-224), en BROOKS, P.– GEWIRTZ, P. (eds.); *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the Law*, cit., y HOLMES SNEDAKER, K.; «Storytelling in Opening Statements: Framing the Argumentation of the Trial», en *American Journal of Trial Advocacy*, 10 (1986), pp. 15-45 (Recogido también en PAPKE, D. R. (ed.); *Narrative and the Legal Discourse*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1991, cap. 7).

⁴⁰ AGUIAR E SILVA, J.; *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra-Porto, Livraria Almedina, 2001.

⁴¹ Véase JACKSON, B. S.; *Law, fact, and narrative coherence*, Merseyside. Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988. También mi trabajo *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Madrid, Edit. Tecnos, 1993 (2ª ed. 1998).

⁴² Véase JACKSON, B. S.; «Narrative Models in Legal Proof», en *International Journal for the Semiotics of Law*, I/3 (1988), pp. 225-246 [Recogido también en PAPKE, D. R. (ed.); *Narrative and Legal Discourse A Reader in Storytelling and the Law*, cit., pp. 158-178]. Asimismo mi trabajo «Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), XVIII, 2001, pp. 13-33.

⁴³ Véase mi trabajo «La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo», en Id. (Coord.); *Verdad [Narración] Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-38. (También publicado en *RIFD* 1, 1999, pp. 27-54).

⁴⁴ Véase mi trabajo «Modelo narrativo del juicio de hecho: *inventio* y *rationatio*», en ZAPATERO, V. (ed.); *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2002, T. II, pp. 93-102.

⁴⁵ Mi trabajo «Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)», en *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), n.º 33, 1994, pp. 33-43., y YOSHIMO, K.; «Lo Pasado es Prólogo: El Precedente en la Literatura y en el Derecho» en *Revista Derecho y Humanidades* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) 8, 2000-2001, pp. 139-173.

⁴⁶ Para un interface derecho, psicología y semiótica WAGENAAR, W.A.– VAN KOPPEN, P. J.– CROMBAG, H. F.–M.; *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, New York, St. Martin's Press, 1993. Véanse asimismo otros varios trabajos contenidos en mi libro *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

pasar de la naturaleza a la cultura, de tipificar actos y procesos de sentido compartido, esto es, institucionalizar *imaginarios sociales*. Desde esa óptica la intersección Derecho y Literatura que en el Derecho *con* la Literatura llamo por ese motivo *institucional* aconseja, si no reclama, al menos tres puntualizaciones a fin de constatar:

i) Que en lo jurídico y lo literario se alojan prácticas sociales instituyentes

ii) Que esa dualidad instituyente puede aprovechar del préstamo de ciertas formas literarias de los cánones de poética jurídica

iii) Que, por lo que aquí particularmente nos ocupa en interés a una *Teoría literaria del Derecho*, el propósito es conocer la apropiación por la práctica jurídica institucional de formas arquetípicas de la poética literaria.

Tomado así, resulta que:

a) La intersección Derecho *con* Literatura no reedita una función instrumental, sea en sentido amplio (v. gr.: el Derecho *de* la Literatura) o estricto (v. gr.: el Derecho *en* la Literatura/Literatura *en* el Derecho)

b) Tampoco reproduce la intersección Derecho *como* Literatura, pues no reincide en paralelos de afinidad mediante estatuto de comparación directa o indirecta

c) En cualquier caso, es ajena a la transposición o compensación sustitutiva (Derecho *por* o *en lugar de* Literatura)

d) Los vectores jurídico y literario de la intersección Derecho *con* Literatura se hallan en una relación (Derecho y Literatura) de *paraigualdad*

De lo anterior y en conjunto, la intersección Derecho y Literatura en el Derecho *con* la Literatura introduce una variante nueva, consistente en la apropiación por lo jurídico de la práctica literaria institucional, así pudiendo distinguirse dos modalidades, de acuerdo a la específica circunstancia con que aquélla se ejecute o suceda: *con* traslación (transporte), o *con* transcripción (reproducción). La oportunidad y marco de discusión de esta intersección institucional tienen como referencia los retos planteados a la Ciencia del Derecho por la crisis del paradigma jurídico de la modernidad⁴⁷, y que en Literatura se remontan al desafío de la interacción texto-lector en las escuelas estructuralistas y las teorías del *Textlinguistik*.

Desde luego, a la interrogante de si los juristas han sido *insiders* de la literatura o más bien *out-siders*, podremos hallar respuesta, en el sentido de haber existido precedentes de apropiación de la Literatura

⁴⁷ Acerca de ello ZIOLKOWSKI, T.; *The Mirror of Justice. Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton. New Jersey, Princeton UP, 1997.

por el Derecho, asimismo durante el período en que se originó el actual paradigma en crisis, esto es con el movimiento codificador⁴⁸.

Y, en efecto, fue entonces cuando se produjeron varios fenómenos que, de modo absolutamente genuino y exponencial, ponen en relación Derecho y Literatura precisamente haciendo Derecho *con* Literatura. El legislador apareció allí, como nunca antes, en el papel de lector de la escritura social cuya lectura se trasladaría (*scriptor librarius*, o copista) y transcribiría al texto de la ley (de *legere*-leer) también nunca antes como hasta entonces. El legislador allí, por tanto, como un lector que escribía en una parte lo que estaba escrito en otra, dándolo luego en lectura, pero cuya escritura fijaba de tal manera la comunicación normativa y la transporta a sus destinatarios de un modo tan intenso y penetrante –mucho más que cuando en la Antigüedad esa incisión se realizaba sobre una superficie encerada mediante un instrumento punzante, el *calamus*– que aquella transcripción al texto físico, al objeto físico *texto*, al *caudex*, esto es la corteza del árbol (*liber libri*), o lo que es igual, al *codex* (la tablilla para escribir), se convertía en *código* o libro escrito del Derecho. Ese poderosísimo proceso de textualización jurídica, representado en la reducción a escritura de todo el Derecho, será asimismo, por excelencia, un proceso de objetivación y ordenación sistemática en el que quedará fuera de la realidad social legible (legal) cualquier derecho no escrito (derecho natural), no inscrito en el *Código*. El Código, el lugar de la escritura del Derecho como lectura de la escritura social daba a leer ésta como escritura jurídica, y a su vez ésta se leía como la escritura de ese texto, que era la del Derecho puesto por escrito.

Por tanto, la institución social de la lectura/escritura, práctica literaria, se transformó –*con* traslación (transporte) y *con* transcripción (reproducción)– a través de esa reducción eurocontinental del Derecho al texto escrito (*positum*) de un Código, en práctica fundacional jurídica, y aún más, hizo de la escritura legal institución formal (la forma del Derecho era su escritura pública), y de su disposición prescripta (*prescripta*), el modo de reconocibilidad social cuya expresión categoricial encontraremos en la Constitución, la *Grundnorm*, clausura además del sistema jurídico en su totalidad; cerramiento que, como se sabe, tendrá su corolario gráfico más representativo en la pirámide kelseniana, icono de una teoría de la gradación jerárquica (*Stufentheorie*) útil para describir en imaginal ascenso –reencumbrada hasta una norma hipotética fundamental– o en descenso, el recorrido y la estructura de formación del Derecho válido y la soberanía jurídico-política.

⁴⁸ Así se advierte en Alemania durante las discusiones sobre la Codificación, cfr. ZIOLKOWSKI, T.; *German Romanticism and its Institutions*, Princeton. New Jersey, Princeton UP, 1990, p. 80. Véase asimismo ENGELL, J.; *The Creative Imagination: Enlightenment to Romanticism*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1981. También OST, F.; *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, cit.

Pero, en todo caso, lo que ahora importa es evidenciar que, incluso si todavía en gran parte mentalmente condicionados por aquella *imaginación jurídica* decimonónica (concepto, metodología y fuentes del Derecho), la deriva de ese modelo de derecho escrito y textualmente formalizado (positivismo jurídico formalista), denunciada ya desde muy temprano como «fetichismo de la ley escrita y codificada» y «culto supersticioso de la voluntad legislativa»⁴⁹, nos sitúa hoy, desde hace tiempo⁵⁰, frente a su patente e irreversible crisis. La constatación más inequívoca es hallarnos de lleno en *el tiempo de la decodificación*. Y es que la figura piramidal del Derecho se ha truncado. El Derecho de la edad posmoderna se refigura desde ya como una pirámide truncada, o por mejor decir, como una meseta, y aún más, como *mil mesetas*⁵¹.

El emblema posmoderno de esa geografía jurídica *milmesetaria* es la complejidad, y su signo la red⁵². El rizoma⁵³, la iconografía de enredadera, implica reformulaciones acerca de la centralidad y estabilidad jurídico-productivas⁵⁴, y acoger las ideas de multiplicidad de centros y movilidad. También el abandono de la incomunicación de categorías y su reemplazo por principios de concurrencia. Este es el desafío que la relación Derecho y Literatura⁵⁵ debe aceptar y asumir en su intersección Derecho *con* Literatura renovando críticamente el enfoque de la vieja textualización jurídica a tres niveles: *relectura, reescritura y oralización* del Derecho.

⁴⁹ Véase GÉNY, F.; *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A. Chevalier–Maresq et Cie, Paris, 1899, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 1919, T. I, § 35 p. 70 y § 60 p. 126. [Puede consultarse ed. reciente, reimp. de la versión española de 1925 (2.ª ed.), con Estudio Prel. de J. L. Monereo Pérez, Edit. Comares, Granada, 2000, pp. 53, 100]. Asimismo HUSSON, L.; «Analyse critique de la méthode de l'exégèse», en *Nouvelles études sur la pensée juridique*, París, Éditions Dalloz, 1974, p. 184.

⁵⁰ IRTI, N.; *Letà della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, pp.16 y ss. (4.ª ed. 1999).

⁵¹ Véase DELEUZE, F.– GUATARI, G.; *Mil mesetas* (1980), trad. de José Vázquez Pérez, Edit. Pre-textos, Valencia, 1994.

⁵² OST, F.– van de Kerchove, M.; *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, en *Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques*, 2000.44, pp. 1-82, y *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. Asimismo varios de los trabajos contenidos en el núm. 2202.49 (monográfico «Le Droit en perspective interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau») de la *Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques*, destacando: VANDERLINDEN, J.; «Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la reencontré de deux aspirants-paradigmes de la science juridique» (pp. 11-36), y WOODMAN, G.; «Observations sur les limites de la métaphore» (pp. 37-49).

⁵³ Véase DELEUZE, G.– Guatari, F.; *Rizoma: (introducción)*, trad. de Víctor Navarro et al., Valencia, Edit. Pre-Textos, 2005.

⁵⁴ Véase OST, F.– JADOT, B.; *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?* Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1999.

⁵⁵ Véase OST, F.; *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001.

Y así pues,

1) En la *relectura* (reinterpretación del sentido del texto), como quiera que los fenómenos de descodificación comportan problemas de comunicabilidad del texto hacia sus destinatarios, se debería recobrar la pragmática de una complejidad donde la legibilidad del código fuera su legética como texto de «derecho que habla a todos»⁵⁶, abriendo a una nueva codificación jurídica (refundación o recreación del Derecho) no reductiva ni epistemológica ni normativamente.

2) Respecto a la *reescritura*, idea de una renovada escritura del Derecho, se integra de varias dimensiones, y son:

– La reescritura como aceptación de las transformaciones operadas en la categorización monopolística del poder-autoría de escritura del texto por la pragmática de la multiplicidad concurrencial de otros poderes-autores. Los textos de *legística*⁵⁷ y los textos jurisprudenciales han de aparecer situados a un nivel *paraigual* de escritura jurídica⁵⁸. Reescritura, en consecuencia, de la teoría de las fuentes del Derecho escrito. Asimismo, la apertura del modelo general de la categorización jurídica también a los aportes de semiología⁵⁹

⁵⁶ «Esta refundación popular del derecho, esta reconciliación del derecho con el pueblo, podría constituir el punto de partida de una nueva «revolución jurídica» (...) si la complejidad sigue siendo un reto para la convivencia humana, no está claro que la respuesta tenga que ser la de su reducción epistemológica o normativa. Quizás al revés. La forma más eficaz de superar los obstáculos de la complejidad sea la de reconstruir instrumentos de conocimiento, de descripción y de normativización también cada día más complejos (...) un derecho para la vida no puede dejar de nacer sino de la irreductiblemente caótica naturaleza de la misma vida». Cf. ESPAÑA, A. M.; «Código y complejidad», in CAPPELLINI, P.– SORDI B. (eds.); *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 148-163, en espec. p. 162. Véase también CORSALE, M.; «La codificazione vista dall'età della decodificazione», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, pp. 423-37.

⁵⁷ Véase PAGANO, R.; *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 2001 (2.^a ed.), y bibliografía en pp. 369-408)

⁵⁸ Véase la defensa de esta tesis en mi trabajo «Jurisdictio como traducción», en *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), 39 (septiembre 1995), pp. 381-387. Asimismo incluido en *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, cit., pp. 107-118, y publicado en versión francesa («Jurisdictio comme traduction») en *Eudikia. Revue du Centre International de Philosophie et Theorie du Droit* (Atenas), 5-6 (1999), pp. 115-123. Con posterioridad resoluciones judiciales nacionales [*Sentencia Tribunal Supremo* (España), de 13 de febrero 1999 (Centro de Documentación Judicial 1999/386: cuando una decisión jurisprudencial «es declarada formalmente obligatoria (...) desempeña exactamente el mismo papel que la ley»)] y de la Corte Europea de Derechos del Hombre [*Arrêt Cantón v. France*, de 15 de novembre 1996 26, al sostener que la noción de ley «englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle»].

⁵⁹ Véase PAPAUX, A.; «Un modèle dynamique de catégorisation juridique: l'encyclopédie semiotique de U. Eco», en *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, 17, 1, 2004, pp. 1-25.

– La reescritura del género del autor histórico de la escritura del derecho. El texto de las leyes y el de su aplicación judicial se escribió tradicionalmente desde y para el género masculino. Reescritura, en consecuencia, de un «Derecho para dos»⁶⁰.

– La reescritura, por último, como operación material. Las modificaciones de la escritura de los textos producidas con la evolución de la tecnología escritorial han originado importantes consecuencias en la historia de la escritura del Derecho, así en orden jurídico-político (estabilidad de los imperios y el desarrollo de la burocracias), como también para la dominancia hegemónica de un cierto modelo de Derecho (el puesto por escrito en un Código) durante la presencia colonial de potencias europeas, y tras ella, en territorios no occidentales⁶¹. En la actualidad, la informática interviene en el proceso de escritura de los textos jurídicos generando con el procedimiento de la escritura digital, por influencia epistemológica global y naturaleza virtual de la visibilidad de todo el derecho escrito (positivo), una renovada comprensión de los agentes y funciones codificadoras⁶².

3) Finalmente, en cuanto a *oralización*, su concepto invierte la tradicional relación con el texto cuyo presupuesto era la escritura como ortofonía de la palabra oral. Ahora se trata de la oralización de la palabra escrita. El alcance de este replanteamiento, tanto sea en alteración como en alternativa al modelo de «escriturismo» jurídico, permite descubrir y consignar igualmente diversas manifestaciones:

– La que muestra el tránsito a la oralización de la escritura jurídica, y por tanto un acortamiento de la distancia entre derecho escrito y derecho oral, en las reformas de las leyes procedimentales del sistema

⁶⁰ Véase PITCH, T.; *Un derecho para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (1998), trad. de Cristina García Pascual, Madrid, Edit. Trotta, 2003. Asimismo BERNIS, S.; *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Aldershot, Ashgate Publishing Co., 1999 y recensión de Cristina Monereo Atienza en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XX, 2003, pp. 327-335.

⁶¹ Véase GOODY, J.; *Entre l'oralité et l'écriture*, PUF, Paris, 1994, p. 11, y MARTIN, H.-J.; *Historia y poderes de lo escrito*, trad. de Emiliano Fernández Prado– Ana Rodríguez Navarro, Gijón, Eds. Trea, 1999. Capítulo III. La palabra y la letra. 1. La escritura del derecho: la costumbre y la ley. También STARR, J.; *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, Albany, New York, State University of New York Press, 1992, o MESSICK, B. M.; *The Calligraphic State: Textual Domination and History in a Muslim Society*, Berkeley– Los Angeles, University of California Press, 1993, y «L'écriture en procès: les récits d'un meurtre devant un tribunal shar'î», en *Droit et Société* 39 (1998), pp. 337-256.

⁶² Véase BOURCIER, D.– MACKAY, P.; *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992; THOMASSET, C. et al. (dir.); *Le droit saisi par l'ordinateur*, Cowansville, Éditions Blais, 1993; BOURCIER, D.– THOMASSET, C. (dir.); *L'écriture du droit face aux technologies de l'information*, Paris, Romillat, 1996; BOURCIER, D.– HASSSETT, P.– ROQUILLY, C. (dir.); *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, 2000 y BOURCIER, D.; *Inteligencia artificial y Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2003.

de justicia penal y administrativa, con rehabilitación de las habilidades y competencias retóricas y técnicas de litigación adversarial entre las representaciones y defensas técnico-jurídicas participantes en la sustanciación de procedimientos judiciales y, en general, en el conjunto de tareas jurídicas relacionadas con la impartición de la Justicia⁶³. Esta tendencia a la oralidad frente al procedimiento escrito, es decir, a sustituir los enjuiciamientos escritos por los juicios públicos orales, es prácticamente global, remonta significativamente al pensamiento ilustrado –(v. gr: Voltaire (*Histoire d'Élisabeth Canning et de Calas*, 1762), y otros como Filangieri, Romagnosi, Pagano y Bentham)– que lo vinculó a los principios de publicidad, inmediatez y transparencia procesal. Significativo es también que por la codificación napoleónica de 1808 se renunciara a esa herencia revolucionaria (Decretos de 1789 y 1791), introduciendo entonces el modelo de procedimiento mixto, es decir, de instrucción escrita y juicio oral en plenario.

– La que contempla los fenómenos relacionados con la oralización dentro de la problemática del análisis del lenguaje jurídico⁶⁴, volcándola sobre la redacción lingüística de productos legislativos⁶⁵ y, particularmente, en la escritura de las resoluciones que ponen fin al proceso. Es lo conocido como proyecto «Lenguaje llano» («*Plain Language*»)⁶⁶. En ello, además, se hace fácil advertir la enorme dis-

⁶³ Véase PEREDA, C.; «Sobre retórica», en HERRERA LIMA, M. (ed.); *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, México, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM–Paidós, 1998, pp. 103-124, y PÉREZ VÁZQUEZ, C.; «Derecho y Literatura», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Instituto Tecnológico Autónomo de México. México), núm. 24/ abril 2006, pp. 135-153, en esp. pp. 144 y ss., y 149-152.

⁶⁴ Véase GOODRICH, P.; «The Role of Linguistics in Legal Analysis» en *Modern Law Review* 47, 5 (1984), pp. 523-534; GOPEN, G. D.; «The State of Legal Writing: Res Ipsa Loquitur», en 86 *Michigan Law Review*, 2 (1987), pp. 333-380, y SOLAN, L. M.; *The language of Judges*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, pp. 93-117, y «Judicial Decisions and Linguistic Analysis: Is There a Linguist in the Court?», en 73 *Washington University Law Journal* (1995), pp. 1069-1083.

⁶⁵ Véase BARNES, J.; «The Continuing Debate About “Plain Language” Legislation: A Law Reform Conundrum», en 27 *Statute Law Review*, 2 (2006), pp. 83-132.

⁶⁶ Véase ATIENZA, M.– RUIZ MANERO, J.; *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht– Boston– London, Kluwer Academic Publishers, 1998; y MALEM SEÑA, J.; «El lenguaje de las sentencias», en *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 7 (2006), pp. 47-63. La sensibilidad y preocupación ante el lenguaje alambicado y el empleo de «palabras reliquia» (latines) es antigua: «Abramos una colección de sentencias y, sin mucho espigar, encontraremos giros barrocos, arcaísmos, defectuosa sintaxis, participios y gerundios sin tasa, repeticiones de los mismos pronombres en la misma línea, cacofonía en «entes» y en «ción» que resuenan a timbal de parche roto. Si ahora leemos escritos de demanda o contestación, la suerte tampoco nos será propicia: algunas veces pobreza de léxico, reiteración de terminologías; otras, las más, atentados a las reglas gramaticales con olvido de las funciones de adverbios, adjetivos y pronombres, con errores en el uso de verbos irregulares y hasta de los regulares, barbarismos y solecismos que tanto afean el decir y el escribir. En documentos públicos y oficiales, dictámenes y actos administrativos, sucede algo análogo», AGÚNDEZ, A.; «Formación literaria del jurista», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), CXIX, 2, 1970, pp. 177-178.

tancia que media entre este punto de intersección y el correspondiente (Derecho *como* Literatura) a las reflexiones de Cardozo en su citado *Law and Literatura*, tan cercanas a una preceptiva literaria del derecho, donde se aducen proximidades y aproximaciones de la construcción del discurso forense o literario.

– La que mediante la metáfora de la «traducción» se interesa por el proceso de oralización del derecho escrito protagonizado por el abogado como figura medial entre diferentes lenguajes; pasa el mensaje desde un lenguaje extra-legal y/o jurídico (del cliente o patrocinado) a uno lenguaje legal y/o jurídico (judicial), y nuevamente al lenguaje extra-legal y/o jurídico (del cliente o patrocinado)⁶⁷.

– Finalmente, la que con base en el enfoque narrativo del derecho (*ex fabula oritur ius*⁶⁸) aporta en la metáfora literaria del *rapsoda* (de *rhaptein* o coser, y *oide*, canto, poesía)⁶⁹ razón de la tendencia contemporánea a la forma oral de organización y transmisión del pensamiento. La «rapsodia» palia la futilidad del texto jurídico escrito, cuya vertiginosa urgencia (paroxismo normativo, *fast law*) e inflacionaria proliferación productiva («legislación motorizada»)⁷⁰ tanto origina archipiélagos textuales como una continua pérdida de fuerza preformativa. Frente al declive del paradigma jurídico-político aún vigente (derecho escrito y voluntad soberana) el jurista-*rapsoda* construiría el Derecho entretejiendo y trenzando (intérpretes-*rapsodas*) los relatos de la tradición jurídica a la búsqueda de potenciar la cualidad y cantidad de posibles relaciones. Hereda y renueva pues esta dirección postulados de la *Rezeptionsästhetik* y *Textlinguistik* aprovechando la hibridación oralidad-escritura presente en dispositivos lógicos paratácticos de algunos conceptos jurídicos (indeterminación, borrosidad, flexibilidad, ductilidad, razonabilidad, «soft», etc.) y cada vez más habituales.

Vale añadir que, en su conjunto, la relación Derecho y Literatura en su intersección Derecho *con* Literatura si planteada y propuesta a partir de la acumulación y combinación de cada uno de los indicados

⁶⁷ Véase WHITE, J. B.; *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

⁶⁸ OST, F.; «Le droit au miroir de la littérature», en Id. *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, cit., p. 9.

⁶⁹ Véase VOGLIOTTI, M.; «La rhapsodie: fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal», en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001.46, pp. 141-187, y «De l'autour au «rhapsode» pu le retour de «oralité dans le droit contemporain», en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2003.50, pp. 81-137.

⁷⁰ Véase también GÉRARD, Ph.– OST, F.– VAN DE KERCHOVE, M. (dirs.); *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.); y PEDRÓN, A. P. (dir. adj.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003), Madrid, Edit. Thomson-Civitas, 2004.

niveles de *Relectura*, *Reescritura*, *Oralidad* representa posiblemente el más idóneo enfoque para llevar a cabo un control eficiente de la diversificación reticular cuyas irrevocables fuerzas centrífugas degenerarían en destrucción de la idea de orden jurídico. En general también esta opción supone una ruptura epistemológica y profunda realfabetización jurídica.

5. MIRADOR AL JARDÍN

Al interior de los muros de defensa en la fortaleza de La Alhambra (Granada) hay escritos en tacas, pórticos, fuentes y arcos de miradores composiciones epigráficas de varios poetas. Uno de ellos, Ibn Zamrak (1333-1393) acomodó la que puede leerse en la Sala de las Dos Hermanas, de cuyas estrofas extraigo estos versos: «Jamás vimos jardín más floreciente,/ de cosecha más dulce y más aroma».

La hermandad Derecho y Literatura es una constante en el pensamiento jurídico. Recorre transversalmente la mejor inquietud intelectual por la idea de cultura del Derecho y la más fecunda inspiración de las creaciones literarias. Confraternidad estética y crítica.

Otro poema, el labrado en el alfiz del arco de entrada a la terraza de Daraxa, contiene en uno de sus versos la profecía del sentido. Dice: «Cada una de las artes me ha enriquecido con su especial belleza y dotado de su esplendor y perfecciones», y al instante la mirada del observador se regala de una certidumbre: «No estoy sola, pues desde aquí contemplo un jardín admirable».