

NO MÁS ACCIONES, QUEREMOS PALABRAS (A manera de prólogo de los escritos que siguen)

por JOSÉ MANUEL SIMIAN LÓPEZ*

Egresado de Derecho, Universidad de Chile

El estudio y el ejercicio del derecho, como casi todas las cosas, puede ser lo que se supone que debe ser, o lo que hagamos de él. Y estoy seguro que no soy el único que piensa que hemos dedicado demasiado tiempo y esfuerzos a la primera alternativa, olvidando las posibilidades creativas que existen en cualquier actividad humana. Sobre todo si esa actividad tiene que ver con palabras.

Es evidente que el derecho es una cuestión de palabras, tanto en el sentido directo de la expresión como en el figurado. Veamos el sentido directo. Suele decirse, restrictivamente, que el derecho es un conjunto de normas. Las normas son –también restrictivamente– reglas estructuradas por medio de palabras. Y la literatura es, en un sentido mínimo, la forma en que ordenamos y escogemos las palabras para expresar algo. De esta forma, existe un indiscutible mínimo común denominador entre ambas disciplinas: las palabras. Pero podría decirse que ese mínimo común denominador existe también entre el derecho y muchas otras áreas.

Hagamos otro intento. Como abogados, al redactar un escrito o preparar un alegato, estamos haciendo literatura. Somos un poco fabuladores, lo que no nos convierte –necesariamente– en mentirosos. Muchas veces tenemos que reconstruir una historia de una manera plausible, de una forma que tenga sentido. Y muchas veces, en determinadas circunstancias legales, es más trascendente la forma en que se narran los hechos de relevancia jurídica que las normas que rigen la situación. En ese sentido mínimo, quien diga que el derecho no tiene ninguna relación con la literatura está, en mi opinión, errado, y desperdicia oportunidades de enriquecer su conocimiento, análisis y goce de lo jurídico.

Los escritos que siguen son parte de un esfuerzo llevado a cabo en las últimas décadas por académicos interesados en rescatar la naturaleza humanista del derecho y así ampliar los horizontes de ambas disciplinas: el Movimiento Derecho y Literatura.

Bajo el nombre de “Derecho y Literatura” se ha agrupado al conjunto de personas o escritos que han intentado identificar las relaciones que unen ambos campos, o que han trabajado por utilizar dichas posibles relaciones para hacer más comprensibles, más didácticas o simplemente más interesantes ambas disciplinas, y lograr que se iluminen mutuamente¹.

Se establece como hito del nacimiento de Derecho y Literatura como un movimiento o área de estudios independiente, la publicación del libro *The legal imagination* de James Boyd

* Quisiera agradecer al Programa Linkage que nuestra Escuela mantiene con la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, por el apoyo para la investigación del tema de Derecho y Literatura.

¹ La mayor parte de las referencias históricas y teóricas al Movimiento Derecho y Literatura están tomadas de *Suspect Symbols: Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays*, Yoshino, Kenji, Columbia Law Review, November, 1996 y de *What's Past Is Prologue: Precedent in Literature and Law*, Yoshino, Kenji, Yale Law Journal, November, 1994.

White, en 1973. Desde entonces, numerosos autores, como Richard Posner, Owen Fiss, David Cole, Martha Nussbaum e incluso el propio Ronald Dworkin, han dedicado esfuerzos al análisis de este campo.

A lo largo de este tiempo se ha desarrollado una categorización clásica de las relaciones entre ambos campos, estableciéndose dos grandes áreas. La primera de ellas se denomina “derecho *como* literatura”, es decir, trabajos que se valen de la aplicación de la teoría literaria y lingüística al derecho. La segunda es llamada “derecho *en* la literatura”, y se divide a su vez en dos ramas: una, derecho en la literatura propiamente tal, que se centra en la forma en que lo jurídico es retratado en obras literarias (*El mercader de Venecia*, *El proceso*, *Crimen y castigo* y *El extranjero*, por nombrar algunas), mientras que la otra, “derecho *sobre* literatura”, se preocupa de las normas legales que regulan temas literarios, como los derechos de autor, las injurias o la pornografía.

De manera muy resumida puede también decirse que, aparte de las categorías señaladas, los autores han discutido latamente sobre la cercanía y el grado de relevancia e influencia mutua que realmente tienen ambas disciplinas entre sí. De esta forma, es también tradicional la oposición que se ha hecho por ciertos académicos entre ambos campos, a partir de características que se atribuyen a cada uno, como, por ejemplo, que el derecho es coercitivo y la literatura no lo sería; que el derecho sería racional y la literatura emocional, y también, que el derecho sería colectivo, afectando a todos por igual, y también necesariamente público, mientras que la literatura sería una experiencia individual.

Dentro de la discusión general sobre la factibilidad y seriedad del Movimiento de Derecho y Literatura, y siguiendo las características atribuidas a ambos campos, existen al menos tres posturas. La primera de ellas, la posición “fundamentalista”, afirma, basándose en la naturaleza coercitiva del derecho, que ambas disciplinas son radicalmente distintas y que cualquier intento por acercarlas constituye un esfuerzo inútil y artificial. Pero existe también una llamada postura “fundamentalista sofisticada”, que afirma que la literatura puede afectar al derecho de manera indirecta, al influenciar a los seres humanos que lo crean y lo aplican, al tiempo que rechaza la aplicación directa de lo literario en la discusión legal. Para los fundamentalistas sofisticados, el derecho es coercitivo, mientras que la literatura es *persuasiva* o *moralmente coercitiva*.

La segunda posición, llamada “antifundamentalista”, rechaza que exista una distinción fundamental entre el derecho y la literatura, afirmando en cambio que la separación alegada por los fundamentalistas es más creada que dada. Dentro de esta visión, por ejemplo, Stanley Fish afirma que las leyes son menos coercitivas de lo que parecen, ya que todos los actos dependen, en su opinión, de una interpretación y, al ser las condiciones de dicha interpretación variables, la posibilidad de que cambiemos nuestra visión de las cosas estaría siempre vigente. Así, sostiene que el considerar, por ejemplo, que una decisión judicial es algo más que un acto de convencimiento y persuasión, corresponde a una visión fantasiosa de la realidad, ya que, querámoslo o no, los actos judiciales no son más que actos de convencimiento: el juez convence al guardia de que se lleve al prisionero, el juez persuade a la gente de que no se amotine y libere al condenado, etc. El hecho de que no notemos la naturaleza persuasiva y no coercitiva de los actos judiciales no los despojaría de dicho carácter, sino que más bien revelaría su profunda naturaleza persuasiva, enmarcada dentro de un discurso que históricamente ha sido asociado con la presentación de la verdad.

La tercera visión es una síntesis de las anteriores, y concuerda con que no existe la distinción esencial, a la vez que rechaza la idea de que de ello se siga que no existen distinciones

útiles entre ambos campos o, en otras palabras, que si vamos a construir una diferencia entre ambas disciplinas, no podemos hacerlo bien.

En las páginas que siguen hay tres escritos que, en distintos grados y con cierta holgura de conceptos, podemos considerar como parte del Movimiento de Derecho y Literatura. El primero, "Lo pasado es prólogo", es obra del profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, Kenji Yoshino. En él hace un agudo análisis del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de 1992 "Planned Parenthood of Southern Pennsylvania vs. Casey", que vino a modificar el emblemático fallo de "Roe vs. Wade" (1973), considerado el dictamen más importante en la discusión sobre el aborto en los EE.UU., por declarar legal dicho procedimiento bajo ciertos requisitos y elevarlo a la categoría de derecho fundamental, como una consecuencia del derecho a la privacidad. El profesor Yoshino aplica una teoría literaria desarrollada por el destacado profesor de literatura de la Universidad de Yale, Harold Bloom, al análisis de los fallos judiciales en el sistema del *common law*. Así, el artículo es una notable contribución tanto al movimiento Derecho y Literatura (que podemos incluir dentro del derecho *como* literatura) como a nuestro aprendizaje del sistema judicial norteamericano, y particularmente, a la fuerza obligatoria que en él tiene el precedente: la doctrina del *stare decisis*.

El segundo escrito corresponde a la transcripción del debate que tuvo lugar en nuestra Escuela el 20 de agosto de 1998, bajo el pretexto de que abogados escritores egresados de nuestra Facultad analizaran, a partir del libro "Justicia poética" de la filósofa estadounidense Martha Nussbaum, las relaciones que ellos, en su doble calidad de juristas y hombres de letras, percibían entre ambas disciplinas. El libro de la profesora Nussbaum critica la falta de humanidad del utilitarismo económico -doctrina que, en su opinión, ha dominado el análisis jurídico en las últimas décadas- proponiendo la lectura de novelas realistas para producir empatía en los distintos agentes ligados a la aplicación de justicia. A dicho libro podemos de alguna forma encasillarlo dentro del área derecho *en* la literatura.

La transcripción del debate ha intentado ser lo más fiel posible a lo que sucedió esa tarde del 20 de agosto de 1998, tratando de traspasar al papel el lenguaje lleno de matices y referencias que emplearon los invitados. A ratos pareciera que está uno frente al guión de una obra teatral -hay incluso un personaje que entra a escena más tarde y sin introducción, por culpa de un cambio de escenario de último minuto-; a ratos, frente a una conversación de amigos, o una clase magistral. Espero que quienes no pudieron estar ahí disfruten con este texto tanto como los presentes lo hicimos en esa ocasión**.

Finalmente, el último trabajo, "La propiedad como narración: perspectivas desde la teoría de los juegos, la teoría narrativa y la teoría feminista", de la profesora de la Universidad de Yale Carol Rose, nos muestra una aplicación didáctica de las relaciones entre el derecho y la literatura: Por medio del empleo de personajes tomados de obras literarias e incluso de juegos de niños y de la cultura popular estadounidense, explica y critica las teorías clásicas de la propiedad.

Como dije al principio, el estudio y la aplicación del derecho pueden perfectamente ser lo que hagamos de ellos. Creo que estos tres escritos pueden servir para que recuperemos en nuestra Facultad y en la práctica profesional algo que parece haberse alejado de lo jurídico y que esta Revista pretende lograr: la capacidad de escribir las cosas a nuestro modo.

** Quisiera aprovechar esta oportunidad para agradecer a quienes colaboraron en dicha iniciativa: a María José Paredes, que hizo la primera transcripción desde las cintas, a Manuela Cuví, que me ayudó en la organización, al profesor Pablo Ruiz-Tagle, que ofició de moderador y apoyó la iniciativa, y a los cuatro invitados, que hicieron de esa tarde una experiencia inolvidable.