



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Zolezzi Ibárcena, Lorenzo

Derecho y Literatura: aspectos teóricos

Derecho PUCP, núm. 70, diciembre-junio, 2013, pp. 379-409

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656139020>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Derecho y Literatura: aspectos teóricos

Law and Literature: a theoretical perspective

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA *

Resumen: Mientras en la mayoría de trabajos sobre Derecho y literatura desde el inicio se hace la distinción entre derecho *en* la literatura y derecho *como* literatura, en el presente trabajo la aproximación es desde el punto de vista de la enseñanza del derecho. Lo que se postula es que un curso sobre derecho y literatura tendrá efectos en los aspectos formales de la educación jurídica (aprender a escribir bien), pero también le mostrará al estudiante diversos aspectos de la realidad, como el conocimiento de las interioridades de la psíquis humana y la influencia del entorno en las actividades de los individuos, el entendimiento de la cultura legal y la captación de que determinadas categorías jurídicas son, en cierto modo, instintivas. También se aborda y critica la que se denomina tesis edificante. La distinción entre derecho *en* la literatura y derecho *como* literatura corta transversalmente las diversas materias tratadas.

Palabras clave: lenguaje – poder – condición humana – categorías jurídicas instintivas – dramas judiciales – tesis edificante – derecho *en* la literatura – derecho *como* literatura

Summary: While most of the Law and Literature books and articles stress from the beginning the distinction between Law *in* Literature and Law *as* Literature, my approach is from the standpoint of Law teaching. A course on Law and Literature will help the students not only to write better, but it may convey the students facts that surround the work of the formal legal system as the human condition or the legal culture, as well as a legal perspective that is, so to speak, engraved in the human mind. The so-called didactic school is treated and criticized. The distinction between Law *in* Literature and Law *as* Literature cuts across the whole work.

Keywords: language – power – human condition –instinctive legal categories – court dramas – didactic school – Law *in* Literature – Law *as* Literature

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL TEMA DEL LENGUAJE.– II.1. LA VISIÓN MÁS CAUTELOSA.– II.2. LA VISIÓN MÁS AMBICIOSA.– III. LA CONDICIÓN HUMANA.– IV. EL DERECHO COMO RASGO PERMANENTE DE LA EXISTENCIA HUMANA.– V. LAS TESIS «EDIFICANTES».– VI. CONCLUSIONES.

* Lorenzo Zolezzi Ibárcena es doctor en Derecho, profesor principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), ex decano de la Facultad de Derecho de la PUCP, y presidente de la Academia Peruana de Derecho. Ha sido académico visitante en las Universidades de Wisconsin y Stanford, EE.UU. y profesor visitante en la Universidad Central de Venezuela. Correo electrónico: zolezz@pucp.edu.pe

I. INTRODUCCIÓN

«Derecho y Literatura» es hoy día un curso que se ha hecho de un lugar en el plan de estudios de acreditadas Facultades de Derecho en todo el mundo, aunque más específicamente en los países del sistema anglosajón. Algunas cifras de enero de 2013 nos pueden dar una indicación del creciente interés de esta asociación entre dos grandes ramas del saber y de la civilización. En Google se encuentran 142 millones de sitios web dedicados al tema, Google books nos conduce a 361 000 títulos y el catálogo en línea de la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos muestra 3644 títulos. En nuestro país, he consultado los catálogos en línea de las dos principales Facultades de Derecho, siendo la Pontificia Universidad Católica del Perú la que lidera con 62 títulos. Algunos autores se refieren, en términos más amplios, a un «movimiento» sobre derecho y literatura, en vista de que no existen tantos cursos en las universidades del mundo que expliquen la gran cantidad de publicaciones, foros y debates sobre el tema.

La perspectiva del presente ensayo es la de un profesor de Derecho, que durante muchos años —que el primero de abril de 2013 serán 46— se ha preocupado por la enseñanza del Derecho y por la relación entre «este Derecho» y otras disciplinas. La pregunta que yo me hago es la siguiente: ¿de qué manera puede contribuir a la formación de un abogado el que se interese por la Literatura, por leer diversos géneros literarios, a la vez que trabaja cotidianamente con las herramientas propias del Derecho? Pero más específicamente, ¿en qué forma «Derecho y Literatura», articulados en una asignatura específica, pueden ayudar al estudiante de Derecho en su etapa formativa, cuando todavía es alumno?

En las décadas del sesenta y setenta del siglo XX, entró, con igual o mayor impulso, la Sociología en los estudios de Derecho¹. Varias razones determinaron esta situación. En primer lugar, la Sociología adquiría por esos años carta de ciudadanía como disciplina rigurosa y dejó de ser un curso que se impartía como cultura general en algunas facultades, para desplegarse en una serie de materias articuladas que dieron lugar al nacimiento de las facultades de Sociología o de Ciencias Sociales. La producción intelectual fue enorme. En segundo lugar, las facultades de Derecho de muchos países empezaron a modernizarse y a querer adaptarse a los tiempos que corrían. Y en tercer lugar, que quizás fue lo más importante, los científicos sociales y los juristas empezaron a preguntarse si el Derecho podía ser un factor de cambio social o si era más bien un obstáculo al cambio social². Y los que se decantaban por

¹ Sobre el particular puede verse mi trabajo «La aparición de la dimensión social en la educación jurídica de los años sesenta». En *Derecho en Contexto*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

² De esa época es el libro de NOVOA MONREAL, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1975.

la posición afirmativa, se preguntaban, a su vez, si el Derecho podía impulsar cambios radicales o si su vocación era más bien la de impulsar cambios pequeños, pero acumulativos³. Simultáneamente aparecieron los cursos de Antropología Jurídica, una de cuyos adalides en esa época era la profesora norteamericana de la Universidad de Berkeley, Laura Nader⁴. Interesarse por la Antropología Jurídica tenía y tiene mucho sentido en países con pueblos indígenas, que naturalmente poseen sus propios usos y costumbres, un verdadero derecho consuetudinario al decir de algunos, pero que sin embargo están regidos por un derecho nacional unitario, que ni siquiera conocen y que en muchos casos ha sido una causa más de bien de perjuicio para su forma de vida y sus intereses.

Después de que cursos como los de Sociología del Derecho y Antropología Jurídica fueron aceptados y adoptados como parte de la formación universitaria de un abogado, irrumpió con mucha fuerza un movimiento parecido al de «Derecho y Literatura», que fue «Law and Economics», «Derecho y Economía». Este movimiento empezó a preocuparse por el impacto que podría tener en la economía una ley determinada o una institución jurídica en especial, y así, yendo de lo menor a lo mayor, una rama del Derecho o una concepción o teoría contenidas, incluso, en la Constitución. «Derecho y Economía» también halló su sitio en los planes de estudio, y hoy no existe una Facultad de Derecho que se precie de ser moderna y buena, que no incluya uno o más cursos sobre Derecho y Economía.

Existe, sin embargo, una gran diferencia entre la sociología, la antropología y la economía en su relación con el derecho, y la relación que pudiera haber entre la literatura y el derecho. Mientras que las tres primeras son disciplinas rigurosas que tratan con hechos, inclusive mensurables, como ocurre con la Economía, o con las investigaciones empíricas de la Sociología, la Literatura es una disciplina que surge de la imaginación del escritor, y que trata de fantasías y de hechos inventados. ¡Cómo, entonces, puede venir en auxilio de la formación del abogado?

II. EL TEMA DEL LENGUAJE

II.1. La visión más cautelosa

a) Dentro de lo que hemos dado en llamar «la visión más cautelosa», se considera que la Literatura puede aportar al estudiante la habilidad para escribir bien y para hablar bien. Leonora Ledwon nos refiere que un socio de un gran estudio de abogados de Atlanta le manifestó que un

³ Sobre este tema puede verse «El Derecho como instrumento de cambio social incremental» de Lawrence M. Friedman y Jack Ladinski. *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1969, Número 27.

⁴ Véase su libro *No Access to Law*. EE.UU., Academic Press, 1980.

egresado de una Facultad de Derecho que no sabe escribir bien no tiene ningún futuro en la profesión⁵.

Este requerimiento se hace mucho más necesario hoy día, cuando los jóvenes —y los no tan jóvenes (gente entre los fines de los veinte años y principio de los treinta)— están suscritos a juegos internacionales de video y pasan horas jugando y alternando con amigos que están simultáneamente en distintos países. Todos ellos enganchados a un complejo juego por el que no solamente pagan para iniciarse, sino también para avanzar a niveles más elevados del juego, o para superar un obstáculo que aparentemente no hay forma de vencer como no sea adquiriendo un arma o una estrategia diseñada específicamente para ese propósito. Pagan con su tarjeta de crédito a través de su teléfono celular. Y cuando no están jugando en su computadora o en su *laptop*, están enganchados a otros artílugos de esta época, como son los teléfonos inteligentes (*smartphones*) o las *tablets*, desde donde se relacionan con sus amigos a través del *Facebook*, que viene a ser como una especie de «barrio virtual», se enteran de lo que opinan los formadores de opinión, o de las noticias, o del estado del tráfico, a través del *Twitter*, ensayan y practican otros juegos, o se relacionan, en general, con el mundo que los rodea. No hay tiempo para leer, muy pocos lo hacen, y de ello podemos dar fe todos los profesores cuando tenemos que calificar trabajos escritos, donde la redacción y el estilo son deplorables. Contribuye a esto una costumbre adoptada por muchos profesores, que yo no apruebo, de hacer todas sus clases con *power point*. Después de cada sesión entregan a los alumnos las presentaciones impresas, alejándolos no solo del libro, sino de la habilidad de formarse en un ambiente discursivo, especialmente útil para quien desea ser abogado, en el cual el alumno debe aprender a escuchar, a seleccionar lo que es relevante y lo que no lo es, a preguntar, a apuntar en su cuaderno lo pertinente y a estudiar de aquellos apuntes y de un buen número de libros que los aclaren, complementen y pongan en contexto. Si queremos imaginar una situación totalmente reñida con el auténtico quehacer universitario pensemos en el siguiente escenario: las presentaciones son hechas por los asistentes del profesor, limitándose este a leerlas en clase, conforme las va pasando, y los alumnos consultan para los controles o exámenes únicamente las versiones impresas de dichas presentaciones. Debe haber más de un caso que coincide con esta descripción.

Hace algunos años, cuando hacían furor en el mundo las tres voluminosas novelas del prematuramente desaparecido novelista sueco Stieg Larsson (conocidas como la trilogía de *Millennium*), uno de cuyos volúmenes fue uno de los libros más vendido del mundo el año de su publicación,

⁵ LEDWON, Leonora (ed.). *Law and Literature. Text and Theory*. Nueva York: Garland Publishing Inc., 1996, pág. ix.

me interesé por saber qué novela había ocupado el primer puesto. El primer puesto correspondió a una de las novelas de Khaled Hosseini, escritor afgano y médico de profesión, autor de *Cometas en el Cielo* y *Mil Soles Espléndidos*. Pues resulta que pregunté a mis alumnos, estudiantes del primer año de Derecho, pero de tercer año de Universidad (porque en la PUCP, donde enseño, para llegar al primero de Derecho hay que haber cursado previamente dos años de Estudios Generales Letras), pregunté —repito— si habían leído las novelas de Larsson o de Hosseini, y resultó que nadie conocía a dichos autores, y nadie, en ese momento, estaba leyendo ninguna obra de literatura.

De manera que resulta absolutamente imperioso poner a leer a los estudiantes. Pero si se trata tan solo de eso, de que lean para que mejoren su habilidad estilística y de redacción, da lo mismo que lean cualquier libro, con tal que sea una obra de calidad. No hace falta que lean un libro que haga referencia al mundo del Derecho. Si pudieran leer los libros que suelen coincidir en las listas de los mejores libros, que regularmente sacan a la luz instituciones, revistas o personas, podrían mejorar ostensiblemente su redacción y estilo⁶. Sobre las ventajas, en general, de leer literatura, encuentro sumamente interesante el siguiente pasaje de Robert Alter, citado por Posner:

¿Por qué leemos literatura? Podríamos leerla para mejorar nuestras habilidades de lectura estudiando textos que son difíciles debido a la distancia cultural o la densidad o complejidad de la escritura. La Literatura enrola (y, agregaría, estimula y ejercita) muchas de nuestras facultades más complejas de percepción, nuestro matizado conocimiento del lenguaje, gente, instituciones sociales, política, historia, moralidad; nuestra habilidad para captar analogías, paralelismos, antítesis, repeticiones significativas, elipses, ironías, dobles significados, aún criptogramas⁷.

b) Otro punto de vista dentro de esta visión cautelosa es la que considera que el abogado es un profesional del arte de convencer y, por tanto, de la retórica y de la narración. En derecho procesal se ha discutido acerca de la finalidad del proceso. Frente a la concepción generalizada acuñada por Cornelutti en el sentido que el proceso sirve para la composición

⁶ Mi propia lista personal comprende las siguientes obras: 1) *Don Quijote de la Mancha*, de Miguel de Cervantes Saavedra; 2) *Cien años de soledad*, de Gabriel García Márquez; 3) *La guerra del fin del mundo*, de Mario Vargas Llosa; 4) *El aleph, Historia universal de la infamia y Ficciones*, de Jorge Luis Borges; 5) *La guerra y la paz*, de Lev Tolstoi; 6) *Los hermanos Karamazov*, de Fyodor Dostoevski; 7) *Los miserables*, de Victor Hugo; 8) *Madame Bovary*, de Gustave Flaubert; 9) *La montaña mágica*, de Thomas Mann; 10) *La divina comedia*, de Dante Alighieri; 11) *Noticias del imperio*, de Fernando del Paso; 12) *Anna Karenina*, de Tolstoi; 13) *Pasaje a la India*, de E.M. Forster y las principales tragedias de William Shakespeare.

⁷ POSNER, Richard A. *Law and Literature*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002, p. 326.

justa del litigio⁸, se yergue la teoría de la prueba, que aparentemente podría contradecir esta visión, en el sentido en que la prueba, se dice, busca establecer la verdad de los hechos, y el conocimiento de los hechos, de lo que realmente ocurrió, más que ayudar a componer el litigio puede, en algunos casos, ser un obstáculo para la composición de la litis, puede ser algo así como echar más leña al fuego y magnificar el pleito o traer otros conexos. No es el propósito de este trabajo entrar a mediar en esta polémica⁹, pero cuando se analiza este tema de la verdad de los hechos, hay quienes sostienen que de lo que se trata en un juicio es de una contraposición de narraciones. Y será la narración mejor elaborada, más articulada, mejor apoyada en la prueba de cómo ocurrieron presumiblemente los hechos, la que termine convenciendo al juez. El abogado, entonces, debe ser un buen narrador, y para enriquecer esta capacidad no hay como una buena dosis de lecturas literarias.

Sobre esto de la narración, me permito hacer una digresión sobre la película llamada en castellano *El hombre que nunca estuvo*¹⁰. En ella un marido engañado mata al amante de su esposa, con quien ella trabajaba. Una serie de circunstancias apuntan hacia ella y es detenida y acusada de homicidio. El marido contrata a un abogado de una gran ciudad y en una conversación entre los tres aquel confiesa que el verdadero asesino es él. Ante lo cual el abogado le dice algo así como que eso no se lo va a creer nadie, el marido autoinculpándose para salvar a la mujer, demasiado melodramático y demasiado obvio. Ya se me ocurrirá una historia para contarle al jurado, termina diciendo el abogado.

c) El lenguaje formalizado del Derecho ha alejado a los abogados de la vida y a estos les resulta particularmente difícil entrar a hacer disquisiciones sobre el odio, la venganza, las pasiones, el remordimiento, en otras palabras, los impulsos más antiguos de la psíquis humana. La Literatura puede entrenar a los abogados para que se acerquen a la vida, para que puedan comprender los sinsentidos y absurdos que a veces anidan en el alma. Algunas obras nos explican con lujo de detalles los diversos procesos mentales y las circunstancias sociales que han estado presentes en la comisión de un hecho atroz, como ocurre en la novela *Native Son (Sangre negra)* de Richard Nathaniel Wright, en la cual presenciamos el cúmulo de circunstancias, y algunos elementos irrationales personalísimos del protagonista, que lo llevan a cometer dos horribles asesinatos¹¹. En otros casos, el protagonista no llega a entender

⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 287.

⁹ Sobre esta polémica puede consultarse con mucha utilidad TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: 2002.

¹⁰ En inglés se llamó *The Man Who Wasn't There*. Fue dirigida por Joel y Ethan Cohen y actuaron en los roles principales Billy Bob Thornton, Frances McDormand, James Gandolfini y Scarlett Johansson.

¹¹ WRIGHT, Richard. *Sangre negra*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1951. La novela, que lleva en inglés el nombre de *Native Son*, se publicó en 1940 y fue, según Wikipedia, «el primer libro de un autor afroamericano en ser considerado libro del mes por el conocido *Book of the Month Club*».

él mismo, por qué llegó al extremo de matar a un hombre, vive en un estado como de irrealidad, ajeno a consideraciones morales e incluso racionales. Es el caso de Meursault, el protagonista de *El extranjero*, de Albert Camus.

d) Los abogados del sistema romano germánico hemos sido formados para intentar interpretar los textos legales. Reposando nuestro Derecho en textos legales, más que en opiniones de los magistrados, nos enfrentamos con un material de trabajo que no emplea los términos del habla común, sino un lenguaje formal, técnico, que tiene la pretensión de poder ser entendido por abogados de diversos países, pues, aparentemente, es unívoco. Y mucho de esto es cierto, pues he tenido la ocasión de trabajar en Hong Kong, con un abogado chino formado en Canadá, en la redacción de un complejo contrato. Pero, aun comunicándonos en inglés, ambos entendíamos sin problemas lo que era un incumplimiento contractual, lo que era culpa o dolo, lo que era mora y los tipos de mora, etcétera. Esto se debe a que durante nuestro aprendizaje del derecho hemos trabajado mucho con un lenguaje especial y hemos aprendido a darle determinada fijeza al sentido de los términos, pues nos han entrenado en el empleo de técnicas de interpretación.

Los abogados anglosajones, por el contrario, deben leer las decisiones de las Cortes, que no están escritas necesariamente en un lenguaje formalizado. Por el contrario, tratan de ser redactadas en el lenguaje común y muchas de ellas, como las opiniones de los magistrados que se apartan de la mayoría y emiten votos discordantes, son en algunos casos verdaderas piezas literarias. Pero estas piezas jurídicas también deben ser interpretadas, primero porque es necesario identificar lo que es *stare decisis*, es decir, la doctrina jurídica que compone (que resuelve) el caso, y lo que es *obiter dicta*, vale decir las consideraciones ajenas al núcleo central, diversas a lo que se está convirtiendo en doctrina jurisprudencial. Pero los fallos de las Cortes y los escritos de los magistrados hacen también referencia a las peculiaridades del caso y de los individuos involucrados, a los usos del mercado, al sentimiento popular, y a consideraciones generales. Resulta sumamente ilustrativo traer a colación en este punto un párrafo sumamente esclarecedor de John Merryman:

Los que vivimos en el mundo del derecho común anglosajón sabemos lo que es un juez. Es un héroe de la cultura, incluso es algo así como un padre. Muchos de los nombres famosos de nuestro derecho son los jueces Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. Sabemos que nuestra tradición jurídica fue creada originalmente y que ha crecido y se ha desarrollado en manos de los jueces, razonando en forma similar de caso en caso y construyendo un cuerpo de leyes que obligan a los jueces de generaciones

posteriores, mediante la doctrina de *stare decisis*: decidir en casos semejantes de una manera semejante¹².

Pero la formación universitaria del abogado anglosajón no insiste tanto en los métodos de interpretación, como sí ocurre en los países de la tradición romano germánica. Por ello, hoy se mira con esperanza a la literatura, que posee, ciertamente, un gran arsenal de métodos de interpretación. En este punto se habla del derecho *como* literatura. Todas estas piezas jurídicas (las decisiones en mayoría y las opiniones discordantes) son, en cierto modo, Literatura, y el movimiento «Derecho y Literatura» viene en auxilio de los juristas para prestarles métodos de interpretación.

II.2. La visión más ambiciosa

a) La mayor parte de autores que escribe sobre «Derecho y Literatura» hace la distinción entre el derecho *en la literatura* y el derecho *como* literatura. Es la dicotomía que ensayó Ephraim London en su ya clásico libro de 1960 titulado *El mundo del Derecho*¹³. En el acápite anterior ya hemos hecho referencia al derecho *como* literatura. A los juristas del mundo romano germánico nos llama más la atención el primer aspecto, es decir, cómo los literatos perciben el mundo del Derecho. Sin descuidar esto último, y por las razones ya esgrimidas, los juristas anglosajones dan especial importancia al Derecho *como* Literatura. Y es que les interesa que exista una comunidad entre los que delimitan las doctrinas jurídicas, que se tornan en una especie de leyes, y la población a la que van dirigidas. Les preocupa mucho que se produzca un abismo infranqueable entre los jueces y el pueblo, y con aproximaciones diversas, van enfatizando la tremenda importancia que asignan al Derecho *como* Literatura.

James Boyd White es uno de los grandes nombres en el campo de «Derecho y Literatura», y, además, un pionero, pues su libro *The Legal Imagination* es de 1973¹⁴. Según Ian Ward, White:

[...] enfatiza la función de «decir historias» de la narrativa y le da un rol central en la creación de «comunidad». [...] Este interés dominante crea una jerarquía en los escritos de White, de manera que es «derecho como literatura» lo que claramente emerge como interés primario [...] los textos narrativos, mucho más obviamente que los textos legales o políticos, nos presentan un mayor sentido de comunidad. Es la naturaleza peculiar del lenguaje la que define

12 MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano canónica*. México D.F.: Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 66.

13 LONDON, Ephraim. *The World of Law*. Nueva York: Simon & Schuster, 1960.

14 WHITE, James Boyd. *The Legal Imagination*. Edición abreviada. Chicago: The University of Chicago Press, 1985.

nuestra relación con los otros y, en verdad, nuestra relación con el texto¹⁵.

Volviendo al sentido de comunidad aludido, nos dirá el propio Ward:

El lenguaje es la construcción de la comunidad y no algún tipo de fuerza trascendente. Es esto lo que hace del lenguaje el medio esencial para el cambio social y, como lo sugiero al final de este capítulo, le da fuerza política, a la vez que educativa, a Derecho y Literatura. Entre los filósofos contemporáneos, quizás el exponente más reverenciado de esta posición es Richard Rorty. En opinión de Rorty, los héroes de la democracia son los «poetas», no los políticos. Ellos se comunicarán con el futuro porque se articulan por y para la comunidad. Al mismo tiempo, mientras que puede querer enfatizar el carácter «ordinario» del lenguaje, el Derecho como Literatura también desea intelectualizar los estudios legales¹⁶.

b) Una posición más bien radical es la que sostiene que, como forma de ordenar la realidad, el Derecho ha reemplazado a los textos de carácter filosófico o sacerdotal de siglos anteriores. Pero el Derecho es palabras, escritas o habladas, pero palabras al fin de cuentas, y que articuladas en discursos complejos poseen el efecto de alejar a quien las pronuncia de «los riesgos de la espontaneidad de la interacción humana»¹⁷. La posición de Weisberg supone una gran desconfianza en el discurso jurídico, el cual se presenta como opresivo del individuo, como dotado del poder de causar daño. Para ello trabaja con las novelas «legales» de Fyodor Dostoievski (*Crimen y castigo* y *Los hermanos Karamazov*), Salambó y *La educación sentimental* de Gustave Flaubert, *El extranjero* y *La caída* de Albert Camus y *Billy Budd, marinero* de Herman Melville.

Un párrafo clave para entender su propuesta es el siguiente:

De este modo, si mi libro plantea algo, es la afirmación que la razón para la conducta pública puede (y debe en tiempos de crisis) ser investigada. Todos estos escritores sitúan el centro de tal entendimiento en los discursos de personas en el poder. La fuerza de los textos literarios que examino reside en que, en un mundo en balance entre las confusiones postmodernistas y los absolutos pasados de moda, la literatura, en todo el brillo de su narrativa, provee el medio más fino para captar y evaluar cómo se comporta la gente que está en el poder. La literatura nos ayuda a discriminar

DERECHO Y
LITERATURA:
ASPECTOS
TEÓRICOS

LAW AND
LITERATURE:
A THEORETICAL
PERSPECTIVE

15 WARD, Ian. *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 6-7.

16 *Ibíd*, p. 15.

17 WEISBERG, Richard H. *The Failure of the Word. The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*. New Haven: Yale University Press, 1984, p. ix.

también, en la medida en que escogemos entre articulaciones opuestas de lo que es correcto y lo que es errado¹⁸.

El libro de Weisberg no se ubica con facilidad en la perspectiva asumida en este ensayo, consistente en indagar de qué modo la Literatura puede ser un insumo importante en la formación del abogado. Es más un texto filosófico sobre el poder y el rol que en él juega la palabra, más que sobre el fracaso de la palabra. En *Salambó*, por ejemplo, se centra en las figuras del esclavo Spendius y del sacerdote Schahabarin, quizás porque el primero era quien incitaba y aconsejaba a Matho, el jefe de los mercenarios que peleaban contra Cartago, y el segundo quien ejercía una influencia determinante en Salambó, la hija de Amílcar Barca, el jefe de los ejércitos de Cartago. Pero no hay en toda la novela escenarios propios de las instituciones jurídicas, y, discrepando en esto con el citado autor, las figuras centrales son precisamente los dos jefes militares, Amílcar Barca y Matho, y lo que movía a este último era la pasión que sentía por Salambó, que nunca tuvo nada que ver con discurso alguno de Spendius¹⁹.

Pero sí resulta valedero considerar el discurso jurídico como una emanación del poder. Las leyes son aprobadas por el Congreso y promulgadas por el presidente de la República, y en los contextos judiciales, las sentencias son pronunciadas por los jueces. Todas las instituciones y personas mencionadas son instrumentos del poder del Estado. Y también resulta valedero sostener que la aplicación del Derecho debe atemperarse y entrar en sintonía con la comunidad donde se aplica.

III. LA CONDICIÓN HUMANA

a) El estudiante de Derecho es obligado, desde que entra a la Facultad, a leer centenares de páginas sobre conceptos y doctrinas jurídicas (sistema romano germánico) o sobre las decisiones de las Cortes (sistema anglosajón). El trabajo al cual se ve sometido es en verdad arduo y hasta esclavizante. Recuerdo haber visto un dibujo en tres partes en un libro ilustrado sobre chistes de abogados en el que se ve a un joven sentado ante una mesa llena de libros y en una habitación con anaqueles de libros en las cuatro paredes. En el primer cuadro se le observa estudiando y la leyenda dice «en el trabajo». En el segundo se ve que está cabceando sobre los libros y la leyenda reza: «en tiempo libre». Y en el tercero se aprecia que está en el mismo sitio, acompañado de una muchacha a la que tiene tomada de la mano, y dice «en una cita». Lo que se da a entender es que el estudiante de Derecho vive prácticamente aislado del mundo exterior.

18 Ibídem, p. xviii.

19 FLAUBERT, Gustave. *Salambó*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

En teoría, y también en la práctica, los buenos estudiantes de Derecho de las buenas Facultades de Derecho no tienen tiempo para nada que no sea leer y enfrascarse en ese cúmulo de conceptos abstractos que constituyen la doctrina jurídica. Pero cuando egresan y son contratados, digamos, por un gran estudio de abogados, la exigencia horaria parece aumentar. Veamos un párrafo de la novela *The Firm*, de John Grisham, traducida al castellano como *La tapadera*:

Los novatos eran verdaderamente asombrosos. De dieciocho a veinte horas al día, seis días por semana. A veces siete. Todos se proponían ser el mejor abogado del mundo y ganar un millón de dólares en un santiamén. A veces trabajaban día y noche y dormían en el despacho. Había visto de todo. Pero no eran capaces de resistirlo. El cuerpo humano no estaba hecho para tanto abuso. Al cabo de seis meses perdían vitalidad. Reducían la jornada laboral a quince horas diarias, seis días por semana. Más adelante cinco y medio. Despues doce horas diarias²⁰.

Pero no son solo horas y días de permanencia en la oficina, sino de producción efectiva para poder facturar al cliente por horas. La competencia entre abogados por ver quién factura más al mes suele ser feroz. No hay tiempo para almorzar, para estar con la familia, para leer, en suma, para vivir.

De este modo, los abogados se alejan paulatinamente de la condición humana, de los problemas cotidianos de quienes los rodean, de las aspiraciones, frustraciones, sueños y esperanzas de la gente a la que se aplica el derecho. Es en este punto donde yo veo particularmente útil un compromiso con la lectura de buena literatura. Y dadas las dificultades y problemas de tiempo anotados, su lugar ideal es como uno o varios cursos en el *pensum* o plan de estudios de una Facultad de Derecho.

Es importante que el abogado, o el futuro abogado, esté familiarizado con las complejidades del ser humano y con las características de la cultura en que le toca vivir. Esto se logra con lo que podría llamarse la experiencia vicaria, es decir, a través de un intermediario, que es a quien le suceden las cosas, pero con quien uno se identifica, aprendiendo, diríase, desde dentro. «Una educación legal puede ser una educación liberal: uno puede adquirir experiencia que no sea propia, aprender de su propia cultura, aceptar la ambigüedad y la incertidumbre como las condiciones de la vida»²¹. En el mismo sentido se pronuncia Vargas Llosa cuando nos dice: «No la ciencia, sino la literatura, ha sido la primera en bucear las simas del fenómeno humano y descubrir el escalofriante potencial

20 GRISHAM, John. *La tapadera*. Buenos Aires: Debolsillo, 2012, p. 93.

21 WHITE, James Boyd. Ob. cit., p. 7.

destructivo y autodestructor que también lo conforma»²². Y aquí se trata no de literatura referida al derecho, sino cualquier literatura, aunque para suerte nuestra existen grandes obras que ahondan en el espíritu humano en contextos jurídicos o cercanos al Derecho, como *Crimen y castigo* y *Los hermanos Karamazov* de Dostoievski o *El extranjero* de Camus. Otras obras, que por lo menos a mí me han enseñado mucho sobre el ser humano son *Madame Bovary*, de Gustave Flaubert; *Anna Karenina*, de Lev Tolstoi; *Pasaje a la India*, de E.M. Forster; *El corazón de las tinieblas*, de Joseph Conrad; *Tiempos difíciles*, de Charles Dickens; *El gran Gatsby*, de Scott Fitzgerald; *Bomarzo*, de Manuel Mujica Lainez, entre muchos otros.

b) La Literatura nos puede ayudar a entender la cultura jurídica del medio en el que nos toca actuar. Desde los años sesenta y setenta del siglo pasado (cuando el Derecho empezó a entenderse como un sistema compuesto de varias partes que interactuaban entre ellas, así como de demandas y respuestas influidas a su vez por los componentes del sistema) el concepto de cultura jurídica adquirió particular importancia. Una definición de la misma es la siguiente:

Cuando yo digo «cultura legal» me estoy refiriendo a las ideas, actitudes, opiniones y expectativas sobre el derecho, el sistema legal y el orden legal: lo que la gente piensa sobre el derecho, los abogados y otros aspectos del sistema. Otros académicos han usado el término en diferentes sentidos; pero yo prefiero aplicar el término en el modo que acabo de mencionar. Cuando se emplea el concepto en este sentido, la cultura legal se convierte en una variable mensurable. Entonces, la cultura legal puede ser tratada como un tipo de hecho social. Un académico puede descubrir mucho acerca de la cultura legal a través de encuestas y entrevistas, aunque esto nunca es fácil. Evidencia indirecta de la cultura legal viene de la literatura popular y de muchas otras fuentes²³.

Algunos autores peruanos, como Ciro Alegría, Manuel Scorza o Enrique López Albújar han escrito sobre la cultura jurídica en el mundo andino, enfatizando, por ejemplo, el compromiso incondicional de los jueces con los detentadores de poder, o el desencanto y frustración de los pobladores del Ande respecto a los jueces y, en general, a las instituciones del Estado.

Para volver a la cita de Friedman, la gente tiene una opinión muy negativa del Poder Judicial, como lo demuestran múltiples encuestas de opinión

22 VARGAS LLOSA, Mario. *La Literatura y la vida*. Conferencia magistral. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, p. 65.

23 FRIEDMAN, Lawrence M. *Some Aspects of Modern Legal Culture*. Disertación para su incorporación a la Academia Peruana de Derecho. Documento no publicado. Lima, 2012, p. 3. Puede verse también su libro *The Legal System. A Social Science Perspective*. Nueva York: Russell Sage Foundation, 1977.

de los últimos años. Y esto no es un fenómeno únicamente peruano. En España hay un insulto o maldición que dice «pleitos tengas». Los abogados, en todo el mundo, son el blanco preferido de críticas y de chistes. En general son percibidos como tramposos y mercenarios al servicio de quien está dispuesto a pagarles. No sorprende, por ello, que en el libro *Los condotieros*, que trata sobre los soldados de fortuna en el Renacimiento italiano, se nos explique que eran personas que solo sabían pelear y hacer la guerra, y que como siempre había todo género de conflictos, no les faltaba trabajo bien remunerado, y que si habría que buscar en el mundo moderno un oficio que se le pareciese es el de los abogados²⁴.

La Literatura, escrita al fin de cuentas por personas que conocen muy bien su cultura, es una fuente magnífica para apreciar cómo el pueblo percibe a los abogados y a todas las instituciones del Derecho. Pienso que la cultura jurídica de una población está básicamente referida a los siguientes componentes del sistema jurídico: (i) las normas (la Constitución, los Códigos, las leyes ordinarias, los reglamentos y decretos que expiden el Poder Ejecutivo y los gobiernos regionales y locales); (ii) las personas que detentan posiciones de poder en el gobierno central o en los gobiernos regionales y locales); (iii) los jueces, cortes y el personal auxiliar (los antiguos escribanos, por ejemplo, disfrutaron de muy poca estima por la población, que los consideraba corruptos e ineficaces); (iv) los abogados y su personal auxiliar (como los pasantes o practicantes); (v) los procesos judiciales, que por razones que analizaremos más adelante, siempre han logrado capturar la imaginación del común de la gente; (vi) la policía y, en general, los llamados agentes del orden; (vii) el sistema carcelario.

La cultura jurídica tiene un contenido. Para Friedman la cultura legal moderna tiene tres notas características: a) la preocupación por los derechos humanos; b) el acento en la capacidad del individuo de tomar sus propias decisiones; y, c) la convergencia, es decir, la similitud en los valores y actitudes hacia el Derecho de sociedades parecidas²⁵.

En la sociedad peruana, la cultura jurídica se caracteriza también por una creciente preocupación por los derechos fundamentales de la persona, pero predomina la desconfianza en todo lo que tiene que ver con el mundo del derecho, el cual se percibe como ininteligible, alejado del quehacer cotidiano de la gente corriente y, muy particularmente, abusivo y corrupto.

También así se percibe el sistema jurídico en otros países similares al Perú y también corresponde esta percepción a épocas pasadas de países hoy

24 TREASE, Geoffrey. *Los condotieros. Soldados de fortuna*. Barcelona: Aymá, 1973, p. 12.

25 FRIEDMAN, Lawrence M. *Some Aspects of Modern Legal Culture*, p. 3.

muy desarrollados, como es el caso de Inglaterra. Jonathan Swift (1667-1745), por ejemplo, nacido en Irlanda, pero trabajó mucho tiempo en Inglaterra, presenta un panorama desolador del sistema jurídico británico en su famoso libro *Los viajes de Gulliver*, escrito en 1726. Swift es mundialmente conocido por el viaje a Lilliput, que hoy es más bien considerado un cuento para niños. Los viajes, sin embargo, se hacen a otros lugares, como por ejemplo a Brobdingnag; a Laputa, Balnibarbi, Luggnagg y el Japón; y, finalmente, al país de los *houyhnhnms*. En este país, los caballos eran los seres civilizados, y los humanos, que vivían en un estado salvaje, eran los animales y llamados *yahoos* eran despreciados por los *houyhnhnms*, que así es como se llamaban a sí mismos los caballos. Estos caballos hablaban una lengua extraña, pero Gulliver pudo llegar a dominarla al cabo de muchos meses, y hacerles muchas explicaciones acerca de la vida e instituciones inglesas. Sobre los abogados se expresó de esta manera:

Díjele que entre nosotros existía una sociedad de hombres educados desde su juventud en el arte de probar con palabras multiplicadas al efecto que lo blanco es negro y lo negro es blanco, según para lo que se les paga. El resto de las gentes son esclavas de esta sociedad. Por ejemplo: si mi vecino quiere mi vaca, asalaria a un abogado que pruebe que debe quitarme la vaca. Entonces yo tengo que asalariar a otro para que defienda mi derecho, pues va contra todas las reglas de la ley que se permite a nadie hablar por sí mismo. Ahora bien; en este caso, yo, que soy el propietario legítimo, tengo dos desventajas. La primera es que como mi abogado se ha ejercitado casi desde su cuna en defender la falsedad, cuando quiere abogar por la justicia —oficio que no le es natural—, lo hace siempre con gran torpeza, si no con mala fe. La segunda desventaja es que mi abogado debe proceder con gran precaución, pues de otro modo le reprenderán los jueces y le aborrecerán sus colegas, como a quien degrada el ejercicio de la ley. No tengo, pues, sino dos medios para defender mi vaca. El primero es ganarme al abogado de mi adversario con un estipendio doble, que le haga traicionar a su cliente insinuando que la justicia está de su parte. El segundo procedimiento es que mi abogado dé a mi causa tanta apariencia de injusticia como le sea posible, reconociendo que la vaca pertenece a mi adversario; y esto, si se hace diestramente, conquistará, sin duda, el favor del tribunal²⁶.

Es notable que esta descripción, hecha en la primera mitad del siglo XVIII, nos resulte tan familiar: defensa cautiva, es decir, que nadie puede defenderse por sí mismo sino es a través de un abogado; lenguaje complejo, enrevesado e inaccesible al común de la gente («esta sociedad

26 SWIFT, Jonathan. *Viajes de Gulliver*. Madrid: Espasa Calpe, 1967, pp. 199-200.

tiene una jerganza y jerga particular para su uso, que ninguno de los demás mortales puede entender, y en la cual están escritas todas las leyes, que los abogados se cuidan muy especialmente de multiplicar»²⁷); abogados que pueden ser comprados por la otra parte al doble de lo que le pagó el cliente original; desapego total de los abogados con respecto a la justicia del caso.

Y aquí viene, curiosamente, en auxilio de los que abogamos por «Derecho y Literatura» como una forma de enriquecer la cultura de los profesionales del Derecho, un párrafo absolutamente pertinente y de verdadera actualidad (con perdón de algunos de mis colegas): «En todas las materias ajenas a su oficio eran ordinariamente el linaje más ignorante y estúpido; los más despreciables en las conversaciones corrientes, enemigos declarados de la ciencia y el estudio e inducidos a pervertir la razón general de la Humanidad»²⁸.

Otro rasgo típico de la cultura jurídica peruana de hoy, producto de la aludida desconfianza hacia los jueces, es la desaparición del temor reverencial que antes despertaban. En este sentido, la prensa ha ayudado mucho. Las decisiones de los jueces, ya sean sentencias, medidas cautelares u otras providencias son objeto de intensa crítica en la prensa escrita, en la radio y la televisión. El gran público se entera de estas decisiones y toma partido. Los procesos han dejado de ser secretos para convertirse en un material sujeto al implacable escrutinio público. También ha contribuido a esto la Oficina de Control de la Magistratura, que es una dependencia del Poder Judicial abierta a las quejas que los litigantes desean plantear sobre los jueces que llevan sus casos, y que ha montado operativos para desbaratar y exponer ante la opinión pública el momento preciso en el que algunos jueces están recibiendo dinero de un litigante. Los jueces así sorprendidos no solamente son detenidos, sino que la filmación de toda la situación se puede ver en los programas de noticias que se emiten por la televisión en horarios estelares. Se ha llegado en este punto al extremo, positivo por cierto, en que algún periodista ha sorprendido a magistrados almorcizando o cenando con personas que tienen procesos pendientes ante sus despachos, y las respectivas fotografías aparecen al día siguiente en todos los periódicos, a veces en primera plana.

Se piensa que la maquinaria judicial funciona perfectamente en países como los Estados Unidos. Sin embargo, hay muchas obras de literatura que nos exponen situaciones opuestas a cualquier tipo de perfección, y que, sin duda, reflejan la cultura jurídica del país, como el párrafo que se transcribe a continuación:

27 Ibídem, p. 200.

28 L. cit.

Kramer se partía de risa siempre que veía una escena judicial en las series de televisión. En esas escenas siempre se asistía a una vista oral. ¡Una vista oral! ¡Quién diablos se inventaba esa clase de escenas? Cada año había en el Bronx siete mil procesamientos por delitos mayores, pero solo se podían juzgar seiscientas cincuenta causas anuales. De modo que los jueces tenían que sacudirse de encima otras seis mil trescientas cincuenta causas por uno de estos dos procedimientos: o bien absolviendo al acusado. O bien permitiendo que este se declarase culpable de una acusación más leve, a cambio de que librarse al tribunal de juzgarle [...] y en esto se ocupaban las horas dedicadas a pasar lista. De manera que esas sesiones eran el principal canal alimentario del sistema judicial en el Bronx²⁹.

Así funciona la cultura legal, son las opiniones, creencias y actitudes del pueblo sobre el Derecho, muy bien descritas en infinidad de obras literarias, que los abogados debemos conocer, para evitar convertirnos en los monstruos que describe Swift, para insertarnos en lo que es realmente una comunidad, como se vio en la primera parte de este ensayo.

IV. EL DERECHO COMO RASGO PERMANENTE DE LA EXISTENCIA HUMANA

a) Mi idea básica es que el derecho es uno de los parámetros con los que nos enfrentamos a la realidad y actuamos sobre ella, como la moral, las matemáticas, la geometría o el lenguaje. Postulo que el ser humano porta casi genéticamente categorías jurídicas en lo más profundo de su yo. La venganza, por ejemplo, es tan antigua como el hombre y es una pulsión que se encuentra enmascarada en muchas instituciones del Derecho. Igualmente enraizados en la psique individual y en las relaciones interpersonales se encuentran los pactos, las alianzas, el apoderamiento de bienes, la preeminencia de ciertos individuos, las prohibiciones, los castigos, los procesos. Elementos que a su turno encontraron su sitio en el universo de las regulaciones jurídicas.

Para comprobar este aserto basta con irnos al libro del Génesis del Antiguo Testamento donde encontramos que Yahvé prohíbe a Adán y a Eva comer los frutos del árbol de la ciencia del bien y del mal, y apreciamos la desobediencia de estos y el castigo al que son sometidos. Los libros que componen la Biblia empezaron a ser escritos probablemente cerca de dos mil años antes de Cristo y se refieren a períodos previos, que llegan a 3761 años antes de Cristo según el calendario hebreo. En otras palabras, en una época tan remota, los sujetos de la ira divina pudieron

29 WOLFE, Tom. *La hoguera de las vanidades*. Barcelona: Anagrama, 1990, p. 109.

comprender el destino al que eran arrojados, no porque conocieran un derecho formalizado, sino porque sabían en lo más íntimo de sus conciencias que habían infringido determinadas prohibiciones que acarrean castigo. Y estas, que hoy son instituciones jurídicas, en épocas tan remotas se mezclaban con los sentimientos religiosos. El profesor Carl Ehrlich nos explica:

A diferencia de otras prácticas del Cercano Oriente, en Israel el rey no era concebido como el promulgador de las leyes. Moisés y otros fueron simplemente intermediarios que transmitían las reglas de Dios al pueblo. Así, tanto a la ley secular como a la religiosa se les daba origen divino. [...] Quebrantar la ley no era simplemente un delito secular, sino una infracción a la voluntad de Dios, es decir, un pecado³⁰.

La epopeya de Gilgamesh es el texto poético más antiguo de la humanidad, de origen sumerio y cuya edad se calcula en dos mil cien años antes de Cristo, coetáneo con el libro del Génesis del Antiguo Testamento y muy interesante si se tiene en cuenta que en ambos se trata extensamente el tema del diluvio. Allí se dice: «*Acaso construimos una casa para que dure por siempre, sellamos un contrato para que tenga valor todo el tiempo? ¿Crees que los hermanos comparten una herencia para guardarla para siempre? ¿Qué diferencia existe entre el amo y el siervo cuando ambos han cumplido su destino?*»³¹. En esta selección de versos, de los tres mil quinientos que debió contener el texto en su integridad, se habla de la condición efímera de lo humano y se intercalan, como hechos naturales de la vida, referencias al derecho contractual, al derecho familiar y a la relación entre amo y siervo.

La literatura nos ofrece incontables ejemplos de formas embrionarias de instituciones jurídicas, sin que los protagonistas cobren conciencia, salvo excepciones, de que su conducta está siendo impulsada por determinados aspectos del mundo del Derecho. Es el tipo de análisis que yo mismo he utilizado en mis ensayos «El Derecho en la obra de Jorge Luis Borges» y «El Derecho en la Divina Comedia»³².

El caso de Borges es particularmente interesante porque él no le atribuye al Derecho mayor jerarquía en la vida del hombre ni en la civilización humana, como es fácil de apreciar en su poema «Otro poema de los dones», en el que da gracias a Dios, al que se refiere como el «divino laberinto de los efectos y las causas», por los dones que iluminan la existencia humana. En la enumeración de estos no hay nada relacionado

30 EHRLICH, Carl S. «*Israelite Law*». En METZGER, Bruce M. & Michael David COOGAN (eds.). *The Oxford Companion to the Bible*. Nueva York: Oxford University Press, 1993, p. 422.

31 *La epopeya de Gilgamesh*. Presentación y traducción de Bernardo Roca Rey. Lima: Talleres Gráficos de Industrial Papiros S.A., 1993, p. 66

32 ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. *Derecho en Contexto*.

con el Derecho, a pesar de que este ha prestado grandes servicios a la humanidad, mientras que agradece, entre otras cosas, por la Ilíada y la Odisea, por la Divina Comedia, por la lengua inglesa, por la música, por Schopenhauer («que acaso descifró el universo»). Más asombroso es su cuento «*Tlön, Uqbar, Orbis Tertius*», en que una sociedad secreta inventa un universo y lo plasma en una enciclopedia, pero no existe el Derecho. No obstante esto, en muchos de sus cuentos están presentes elementos jurídicos embrionarios, como lo demuestro en los casos de las siguientes narraciones: «*La viuda Ching, pirata*», «*El informe de Brodie*», «*El muerto*», «*El hombre en el umbral*», «*Emma Zunz*», «*Los teólogos*» y «*El atroz redentor Lazarus Morell*».

En un género tan antiguo, y tan popular, como la novela policial, el Derecho siempre está algo así como agazapado, impulsando a los detectives y fiscales a descubrir al criminal eludiendo formas jurídicas y garantías procesales (como el allanamiento de morada sin orden judicial o el interrogatorio de los sospechosos sin la presencia de un abogado o utilizando métodos de coacción psicológica y aun física). O está impulsando a los criminales que tratan de evadir la acción de la justicia, ya sea porque conocen al dedillo el accionar del Derecho y logran encontrar los agujeros que este posee para escapar por ellos (es el caso de «*Emma Zunz*», de Borges), o a través del empleo de abogados astutos que, insertados en el engranaje de la maquinaria sancionadora del Estado, conocen los modos de liberar de culpa a sus clientes o conseguirles las mejores condiciones de condena, como se aprecia en *La hoguera de las vanidades*, de Tom Wolfe.

Sobre lo que acabamos de tratar Posner ha acuñado una frase muy feliz: «Como el amor, la madurez, el accidente, la aventura, la religión, la amistad, la alienación, la muerte y el propio arte, el Derecho es un rasgo permanente de la experiencia humana»³³.

Muy ilustrativa resulta *La divina comedia* de Dante Alighieri, uno de los pináculos de la literatura universal, y una obra en la cual la musical narración de Dante discurre a través de una trama llena de reminiscencias jurídicas. Para empezar, las personas son juzgadas apenas fallecidas y se pronuncia sobre sus almas una sentencia salvadora o condenatoria, en función de comportamientos específicos u omisiones cometidos durante la vida del procesado. Según he podido establecer³⁴, la declaración de culpabilidad es una especie de autocondenación, ya que es ajena a la naturaleza divina la repartición de males entre sus criaturas. En este juicio no hay abogados, uno es el mismo autor de los hechos condenables y su propio abogado, fiscal y juez. El infierno posee

33 POSNER, Richard. Ob. cit., p. 19.

34 Ver mi trabajo «El Derecho en la Divina Comedia». En ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. *Derecho en Contexto*.

nueve círculos, que en realidad son diez, porque hay uno que no es numerado, que es el vestíbulo de los fútiles. Los fútiles son las personas que no han incurrido en causal de condenación, pero han llevado una vida en la que tampoco han hecho el bien. Algunos círculos tienen diversas cámaras, por lo que los lugares de castigo, incluyendo el vestíbulo, son veinte y cuatro. Viene, entonces, otro elemento que existe en el Derecho, que es el Derecho penitenciario, y que determina a cuál de las veinte y cuatrocámaras de castigo debe ser destinado el condenado, y se hace de una manera muy irracional: a través del número de vueltas de la cola de un demonio, Minos, personaje tomado de *La Eneida*. Del infierno no se sale nunca, es una especie de cadena perpetua. Más interesante, desde el punto de vista jurídico, resulta el Purgatorio, donde los condenados no habrán de permanecer siempre, sino que purgarán su pena a través del castigo —y de las oraciones e indulgencias terrestres—, y en un determinado momento podrán ascender al Paraíso. Todas estas categorías jurídicas han pasado de Dante, a través de múltiples versiones populares, al imaginario colectivo. El temor a la condenación y al fuego del infierno —a pesar de que en el infierno el fuego recién aparece a partir del quinto círculo, y el noveno círculo, el peor, no es de fuego sino de hielo— ha inspirado una de las más bellas historias de amor que nos ofrece la Literatura: «El diablo de la botella», de Robert Louis Stevenson.

b) Si se formula la siguiente pregunta: *¿dónde se encuentra el Derecho?*, la mayoría responderá: en los juicios. Los juicios han atraído desde antiguo el interés de la gente. *¿Por qué?* Se pueden ensayar varias respuestas: una, que los seres humanos se sienten atraídos por el dolor ajeno. Es lo que explica las aglomeraciones que se forman alrededor, por ejemplo, de un cadáver que se encuentra en la vía pública, o en los accidentes o en los incendios, o la atracción que siempre han ejercido las ejecuciones. Hay una actitud morbosa en los periodistas, quienes tratan de obtener las fotografías más escalofriantes, o hacer a las personas allegadas a una víctima las preguntas más impertinentes en los momentos menos adecuados. Es una especie de actitud vicaria al revés: no queremos estar en el lugar de la víctima, sentimos un profundo alivio al saber que una determinada instancia del dolor o de la miseria humana no nos ha llegado todavía, sino que son otros los afectados, a los cuales podemos incluso observar. Un juicio es una miseria humana, especialmente si se trata de un caso de homicidio. Nos alegra no haber estado en la piel del victimado ni ser los acusados, y con la misma morbosidad de los periodistas, queremos saber todo lo que pasó, pero especialmente en el teatro judicial, porque allí se sabrá la verdad, según se crea que la verdad puede salir a relucir en un proceso, o, por lo menos, se decidirá la inocencia o culpabilidad del acusado. Se puede ensayar otra respuesta: nuestras

propias vidas son como un proceso. Guardamos secretos que no quisiéramos que salgan a la luz; poseemos odios ocultos. Tenemos, pues, temor a ser descubiertos. La vida, por lo demás, está llena de normas que nos gobiernan: en el hogar, en la escuela, en el trabajo, en la relación con los amigos, en las relaciones amorosas, etcétera. Nuestra existencia transcurre entre el cumplimiento y la violación de estas normas. Y vivimos siendo permanentemente juzgados, por nuestros padres, amigos, maestros, jefes, etcétera. Posner ensaya una tercera explicación:

La frecuente discontinuidad entre el espíritu y la letra de la ley, o entre su objetivo general y su aplicación concreta, es una de las razones por las que el Derecho a menudo impresiona al leigo como arbitrario. Y el aparentemente arbitrario e innegablemente coercitivo carácter del Derecho, combinados con los inevitables errores de hecho y de derecho en la administración de justicia y su injusto resultado, y con el carácter «extraño» de la ley (la ley, como el lenguaje, el estado y la economía de mercado, es una institución humana frecuentemente percibida como externa al hombre, como un fenómeno natural) hacen del Derecho una metáfora superlativa del carácter azaroso, coercitivo e «injusto» como la condición humana, «la vida», se nos presenta en ocasiones³⁵.

Esta similitud entre las miserias de la vida y las miserias de los procesos, que sería una de las causas de la atracción que el público siente por los juicios, funciona porque el aparato legal en general, y el aparato judicial en particular, son sumamente imperfectos. Es muy difícil, si no imposible, que con las pruebas que se manejan en un juicio se llegue a discernir cómo ocurrieron los hechos en verdad, los jueces padecen muchas veces de falta de preparación y aun de sentido común, las leyes han sido mal redactadas y son enrevesadas y admiten varias interpretaciones, y los abogados se han adiestrado en el arte de emplear los tecnicismo legales y las mañas de su oficio para alejar a la justicia de sus causas. Por todo ello, en la práctica, hay culpables que quedan libres, y un número indeterminado de inocentes que pueden pagar con su libertad y hasta con su vida por estas imperfecciones. Pero no tendría que ser así si las cosas funcionaran bien. El mismo Posner se encarga de aclararnos:

el espíritu esencial del Derecho no es dramático. La meta del Derecho es mediar, a menudo hacer difusos los conflictos, muy raramente agravarlos, si ello llegara a suceder. La mayoría de leyes representa compromisos y la vasta mayoría de las disputas legales

35 POSNER, Richard. Ob. cit., pp. 21-22.

se arreglan fuera de la corte. Los jueces en sus decisiones buscan reducir antes que aumentar las tensiones sociales³⁶.

Cualquiera sea la razón, lo cierto es que los juicios, ya sea en novelas, obras de teatros, libros de ensayo, series de televisión o películas, generan un gran atractivo en el público.

Un ejemplo interesante es el del cine, donde muchos dramas de corte o judiciales se han alzado con el codiciado premio Oscar, que otorga la Academia de Artes Cinematográficas de los Estados Unidos. El *American Film Institute* considera que las diez mejores películas de este género son las siguientes:

1. *Matar a un niseñor* (*To Kill a Mockingbird*, 1962);
2. *Doce hombres en pugna* (*12 Angry Men*, 1957);
3. *Kramer vs. Kramer* (1979);
4. *El veredicto* (*The Verdict*, 1982);
5. *Cuestión de honor* (*A Few Good Men*, 1992);
6. *Testigo de cargo* (*Witness for the Prosecution*, 1957);
7. *Anatomía de un asesinato* (*Anatomy of a Murder*, 1959);
8. *A sangre fría* (*In Cold Blood*, 1967);
9. *Un grito en la oscuridad* (*A Cry in the Dark*, 1988);
10. *El juicio de Nuremberg* (*Judgement at Nuremberg*, 1961).

Salvo *Un grito en la oscuridad*, película australiana que en su versión original se llama *Devil Angels*, basada en un libro de no ficción de John Bryson y *El juicio de Nuremberg* y *Doce hombres en pugna*, originalmente escritas para la televisión, las otras siete provienen de obras literarias, algunas de gran renombre y reconocimiento. *Matar a un niseñor* deriva de la novela homónima de Harper Lee y que obtuviera el premio Pulitzer; *Kramer vs. Kramer* se basa en una novela de Avery Corman; *The Verdict* en la novela del mismo nombre de Barry Reed; *A Few Good Men* encuentra su origen en una obra de teatro de Aaron Sorkin; *Witness for the Prosecution* se inspira en un relato corto de Agatha Christie; *Anatomy of a Murder* fue originalmente una novela del mismo nombre escrita por un juez de la Corte Suprema de Michigan, quien usó el seudónimo de Robert Traver; finalmente, *In Cold Blood* se basa en la novela del mismo título de Truman Capote.

Cómo no pensar, entonces, que la lectura de estas obras literarias, o ser espectador de las correspondientes películas, no puede ser sumamente ilustrativo y formativo para los estudiantes de Derecho y aun para los

DERECHO Y
LITERATURA:
ASPECTOS
TEÓRICOS
LAW AND
LITERATURE:
A THEORETICAL
PERSPECTIVE

36 Ibídem, p. 23.

que ya ejercen la profesión. En ellas veremos todo aquello de lo que está hecha la experiencia humana: las acciones de los hombres y los motivos internos o exteriores que los llevan a realizarlas; la cultura jurídica de una población, tanto la de los legos como la de los expertos en Derecho; el funcionamiento, bueno o malo, del sistema legal; y el azar que gobierna a veces con tanta fuerza el destino humano. Cuando leí por primera vez *Bomarzo*, la monumental obra de Mujica Lainez, tomé nota de una frase que me impresionó mucho y que trata sobre lo que acabo decir:

Percibí entonces con claridad algo que ya había advertido en mi soledad romana, o sea que lo que para unos está mal para otros está bien y que los bandos proceden, en su rechazo o en su aprobación, con igual sinceridad y vehemencia, de manera que la justicia pura escapa a las decisiones humanas, gobernadas por normas preestablecidas, pero dirigidas también por factores inherentes a la sensibilidad de cada uno y al enigma que presidió la elaboración inexplicable y caprichosa del alma propia de cada ser³⁷.

V. LAS TESIS «EDIFICANTES»

En países como los Estados Unidos, muchas veces los jueces delinean las políticas públicas y pueden, incluso, contribuir al cambio social, como ocurrió con la famosa decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, de 1954, en la cual se estableció que el principio de «separados pero iguales» o «iguales pero separados» en materia de contacto entre personas de raza blanca y negra, que la Corte Suprema había consagrado en otro caso emblemático, el de *Plessy vs. Ferguson*, por lo menos en el terreno de la educación pública era atentatorio de la igual protección de las leyes garantizadas por la Enmienda 14³⁸. La Corte derogó el principio de «iguales pero separados» e inició un proceso de integración entre las razas no solo en el campo de la educación pública.

Es por esto que algunos académicos se interesan específicamente por la relación «Derecho como Literatura». Posner admite que puede darse una influencia positiva de la Literatura hacia los juristas que la leen e internalizan, pero niega que la Literatura sea una herramienta específica para este fin y recusa lo que algunos denominan «corriente edificante». Los defensores de esta última creen que hay que dictar cursos de Derecho y Literatura para que los operadores del sistema legal sean mejores personas. Martha Nussbaum, por ejemplo, nos dice:

37 MUJICA LAINEZ, Manuel. *Bomarzo*. Octava edición. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1999, p. 78.

38 Ambas sentencias se encuentran en ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. *Sociología del Derecho. Materiales de Enseñanza*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1969, pp. 172-185.

Defiendo la imaginación literaria precisamente porque me parece un ingrediente esencial de una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de personas cuyas vidas están tan distantes de la nuestra [...].

Las emociones del lector o del espectador son esenciales para un buen juicio ético. [...] Estas emociones [...] contienen una vigorosa aunque parcial visión de la justicia social y brindan poderosos motivos para la conducta justa³⁹.

Obviamente que una perspectiva como esta impone la tarea de seleccionar textos literarios especiales, obras en las cuales se pueda apreciar la opresión de las minorías y los efectos causados por la discriminación, por ejemplo, en la psíquis de los autores. Igualmente, textos en los que se perciba la contraposición entre posturas rígidas ante la vida y actitudes más sencillas, espontáneas, y humanas, y en las que estas últimas terminen por imponerse a las primeras. Es por ello que en su libro, *Justicia poética*, Nussbaum trabaja fundamentalmente con las novelas *Native Son (Sangre negra)*, de Wright, y *Tiempos difíciles*, de Dickens.

Forzando la expresión, podría decirse que *Sangre negra* es casi un libro de texto sobre la forma en que opera la discriminación racial, los resultados de la misma en la conducta, y la ferocidad e irracionalidad con la que la mayoría blanca percibe y trata a un transgresor de raza negra. Después de leerla no puede uno menos que reflexionar acerca del mal causado por la discriminación racial y de la forma tan particular en que piensa y actúa un individuo que ha sido discriminado y humillado desde la cuna.

Tiempos difíciles es más sutil en el tema central, pero no deja de ser una obra que conduce de la mano al lector a presenciar la ruina de los «deshumanizados» y el triunfo de la bondad, la solidaridad, el entendimiento, la empatía. En pocas palabras, trata de un señor que poseía un colegio y que creía en una actitud vital y, consecuentemente, en un sistema educativo en el cual solo hubiera espacio para los hechos perceptibles físicamente y mensurables. Consecuentemente, todo lo que no podía ser medido, pesado, valorizado, colocado en una tabla estadística, era calificado como producto de la imaginación y debía ser erradicado. En ese terreno prohibido entraban los anhelos, las ilusiones, las ensoñaciones y todas las formas del arte. El adalid de este pensamiento formaba así a sus pupilos del colegio y más aun a sus propios hijos. Su mejor amigo era un industrial y banquero que pensaba exactamente como él y al que había puesto el ojo para casarlo con su hija mayor cuando esta tuviera la edad adecuada. Los seres normales que están en el otro lado

39 NUSSBAUM, Martha. *Justicia poética*. Barcelona: Andrés Bello, 1997, pp. 18-19.

son personas corrientes, que pasan por la vida con absoluta sencillez, espontaneidad de sentimientos y honestidad natural en sus acciones. Dickens escoge a personajes que no pueden ser más distintos de los del primer grupo: el dueño de un circo, su personal y, especialmente, la hija de un payaso; más un obrero, su pareja, que en realidad era un amor platónico ya que él estaba casado con una alcohólica, y los compañeros de ambos en una fábrica textil. Los malos son especialmente el banquero y el hijo del dueño del colegio, y los buenos el obrero, la que hemos llamado su amor platónico, y la hija del payaso. La trama es compleja y llena de situaciones inesperadas, como pasa en muchas de las obras de Dickens, pero al final los utilitaristas demuestran ser personas de mala entraña, injustas, deshonestas y son, por así decirlo, vencidos, mientras que la hija del payaso, el obrero y su amor platónico terminan como los verdaderos héroes de la historia⁴⁰.

Nussbaum acuña los términos «juez literario», «espectador juicioso literario» y «justicia poética». El juez literario es el que indaga las realidades sociales «con su imaginación y con las respuestas emocionales propias del espectador juicioso o de su sustituto, el lector de novelas»⁴¹. Preocupada por la suerte de los pobres y de los oprimidos, cree que desde la Literatura se puede hacer un mayor acopio de potencialidades para trabajar en el sentido de atenuar las desigualdades. Por eso nos dice lo siguiente:

Desde luego, podemos tener estos pensamientos sin ser «poetas». Pero, a mi entender, lo que Whitman señala es que la capacidad de imaginar vívidamente—y luego de evaluar judicialmente—el dolor de otra persona, de participar en él y preguntar por su significado, es un modo poderoso de aprender acerca de la realidad humana y de adquirir una motivación para modificarla⁴².

Esta motivación la lleva a analizar opiniones judiciales en casos reales. Así, incluye en *Justicia poética* la opinión del juez Stevens, en disidencia, en el caso *Hudson contra Palmer*, referido a la individualidad de los prisioneros a través de sus pertenencias. También presenta un caso en el que el tantas veces citado Richard Posner actúa de juez y emite un dictamen en el que ella cree ver la influencia de la Literatura, tanto en (i) la capacidad de Posner para ponerse en el lugar de la demandante, quien fue acosada sexualmente por sus compañeros de trabajo, al ser la primera mujer que ingresó a trabajar en la sección de hojalatería («la imaginación y una emoción también apropiada son cruciales en su razonamiento»), (ii) como en su estilo: «Su dictamen logra lo que la buena sátira al estilo de Juvenal o Swift:

40 DICKENS, Charles. *Tiempos difíciles*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

41 NUSSBAUM, Martha. Ob. cit., pp. 123-124.

42 *Ibidem*, p. 129.

inspira indignación por su incisivo retrato de la venalidad y la crueldad humanas». Termina el análisis llamando abiertamente al dictamen de Posner «enfoque literario», «estrechamente relacionado con la atención compasiva al trance de personas que son socialmente desiguales, y por eso, en cierta medida impotentes» (caso Mary J. Carr vs. Allison Gas Turbine Division de la General Motors)⁴³.

De igual modo, trabaja el dictamen de los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos White y Burger, que critica porque «El dictamen sugiere un marcado esfuerzo por mantener la historia humana a distancia, para no describir los hechos como si le hubieran sucedido a alguien que uno podría ser o conocer»⁴⁴. No se crea, sin embargo, que Nussbaum descarta el análisis propiamente jurídico para la resolución de los casos, pero lo considera insuficiente:

Como sugiere Whitman, la «justicia poética» necesita equiparse de gran cantidad de atributos no literarios: conocimiento técnico legal, conocimiento de la historia y de los precedentes, atención a la debida imparcialidad. El juez debe ser un buen juez en esos aspectos. Pero, para ser plenamente racionales, los jueces también deben ser capaces de «fantasear» y comprender. No solo deben afinar sus aptitudes técnicas, sino su capacidad humana. En ausencia de esta capacidad, las voces «largamente mudas» que procuran hablar por medio de esa justicia permanecerán en silencio, y el «sol naciente» del juicio democrático quedará velado. En ausencia de esta capacidad, las «interminables generaciones de prisioneros y esclavos» nos rodearán con su dolor y tendrán menos esperanza de libertad⁴⁵.

Discrepo de esta visión. No me parece de buena lógica decir que porque se leen determinadas obras literarias uno puede llegar a ser mejor persona, puede ser más fácil que uno se ponga en el lugar del otro y puede captarse mejor que determinadas acciones han sido ejecutadas porque sus actores han sido permanentemente víctimas de una sociedad opresora. El sentido de la justicia no se aprende necesariamente en la Literatura, sino que forma parte del ser de cada persona, producto de su carácter, sus experiencias, su conocimiento de otras disciplinas y, ciertamente, de las herramientas del Derecho. El test jurídico de que para condenar a una persona el juzgador no debe tener una sola duda, empleado en los países anglosajones, debe haber guiado decisiones más justas que si no existiera, por más Literatura que haya leído el juez, o, en su caso, los miembros del jurado. El Código Civil peruano,

43 Ibídem, p. 151.

44 Ibídem, p. 154.

45 Ibídem, p. 163.

como la mayoría de Códigos Civiles, contiene muchas normas que explícitamente orientan soluciones basadas en la justicia y la equidad, como la que permite al juez —en los contratos con cláusula penal— reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva (artículo 1346), o la que dispone que el divorciado, aun cuando haya dado motivo para el divorcio, debe ser socorrido por su excónyuge si cayera en la indigencia (artículo 350), o la que prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (artículo 1314), por mencionar solo algunas.

Los jueces de paz, que administran justicia, no requieren poseer el título de abogado para ejercer el cargo. Más aun, la ley que regula este escalón del aparato judicial no menciona ningún grado de instrucción que debe ostentar el candidato. Si esto es así, es de suponer que no tienen acceso a obras literarias, y sin embargo los jueces de paz son los que gozan en el Perú de mayor aceptación pública.

Pero nada ha contribuido a humanizar más el Derecho que la constitucionalización producida en años recientes, la misma que ha colocado la defensa de los derechos fundamentales como uno de los ejes del funcionamiento del sistema jurídico. El concepto de debido proceso ha conducido a diferenciar al debido proceso típicamente procesal del debido proceso sustantivo. Este es una especie de patrón para medir el grado de justicia, respeto de los derechos fundamentales y racionalidad de todos los actos de poder, no solamente del accionar de los jueces⁴⁶.

Richard Posner no niega que la lectura pueda tener consecuencias, incluyendo las de naturaleza moral y política, aparte que el carácter artesanal de la creación literaria puede ayudar a los jueces a pensar y a escribir mejor. Pero su pensamiento básico es que la literatura responde a un credo estético y que el lector de obras literarias no habrá de ser moralmente mejor por el hecho de frecuentar la Literatura, por más que reconoce que la perspectiva estética es moral porque enfatiza «los valores de la apertura, desprendimiento, hedonismo, curiosidad, tolerancia, el cultivo del yo y la conservación de la esfera privada, en pocas palabras, los valores del individualismo liberal»⁴⁷. Queda claro que esta relación de valores no es la que reclama la corriente edificante. Lo que ocurre, como dijimos en su momento, es que como la literatura no admite cortapisas de carácter ético, si se le quiere utilizar para mejorar la perspectiva moral del juez o, en general, de los profesionales del Derecho, para que se sientan atraídos a defender las causas de las minorías, de los oprimidos, de las víctimas sociales, hay que admitir expresamente que esto es lo que se quiere, y seleccionar determinados

46 Ver BUSTAMANTE, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores, 2001.

47 POSNER, Richard. Ob. cit., p. 307.

textos, como hace Martha Nussbaum al trabajar con *Sangre negra* y *Tiempos difíciles*, o con dictámenes judiciales que ejemplifiquen una u otra posición: la solidaria o la opuesta.

Posner puede llegar a ser muy duro cuando insiste en su posición de que la Literatura no posee una esencia determinada que promueve en el lector, y especialmente si el lector es un jurista, valores como la compasión, la habilidad de colocarse en el lugar del otro, el sentido de la justicia y de la equidad, entre otros: «No existe ni evidencia ni razón para creer que la literatura provee un camino más directo al conocimiento sobre el hombre y la sociedad que obras de otros campos, como la historia y la ciencia»⁴⁸. Su posición, con la que coincido, puede reflejarse en estas dos citas:

Enfatizar el rol de la literatura de impartirnos autoconocimiento es más defendible que asignarle el rol de hacer al lector un individuo más moral⁴⁹.

Pero yo me resisto aun ante la idea que la literatura nos puede decir cómo vivir. La literatura no está en el negocio de la consejería⁵⁰.

Pero hay quienes van mucho más allá de las tesis edificantes, como los representantes del *critical legal studies movement* (movimiento de los estudios legales críticos), entre quienes cabe incluir a Robin West, para quienes la educación legal y el ejercicio de las profesiones legales se inscriben en una verdadera lucha política, y llegan a recusar el movimiento «Derecho y Literatura» por ser un factor de distracción.

Posner critica a West diciéndole que fundamentalmente no apreció bien (en *El proceso*, de Kafka) «los incidentes y las metáforas», de modo que la ficción se convirtió en su significado. Los textos de Kafka —dice—leídos literalmente proveen de una visión de la vida americana de los ochenta como *Drácula* o *El barril de amontillado*. Derecho y Literatura, dice Posner, son dos disciplinas bastante separadas. *El proceso* no aporta nada a nuestro entendimiento del proceso penal austro-húngaro. [...] Por supuesto que el método es importante, pero se trata del método legal, no del literario. Una pieza de literatura es ficción y lo jurídico que contenga es puramente auxiliar. Con Kafka, Dickens, Shakespeare, Flaubert, Dostoevski se confunde la literatura con la psicología, filosofía e historia. Son libros inapropiados para el discurso jurisprudencial⁵¹.

48 Ibídem, p. 315.

49 Ibídem, p. 329

50 Ibídem, pp. 327-328.

51 WARD, Ian. Ob.cit., p. 12.

VI. CONCLUSIONES

1. Un profesional culto estará mejor preparado para entender el mundo interior de su cliente, así como la influencia del medio en el que se ha movido, cuando se trata de evaluar acciones cometidas por aquél. Determinados profesionales deben poseer la aptitud de ponerse en el lugar de su cliente y comprenderlo, como ocurre con los psicoterapeutas y los médicos, pero también con los abogados y jueces, que deben defenderlo, los primeros, o juzgarlo, los segundos. Una mente abierta y poseedora de mucha y variada información es fundamental para esto y a ello contribuye la lectura de libros científicos ajenos al derecho, como los pertenecientes a las ramas de las ciencias puras, la historia, la sociología y la política. Pero también juegan un rol importante en la consolidación de una mente culta el frecuentar las diversas manifestaciones del espíritu que se expresan en las variadas formas del arte, como la literatura. Esta proposición no requiere que la Literatura verse sobre temas jurídicos. Leer a Shakespeare, por ejemplo, nos ayudará mucho a entender las pasiones humanas, pues como ha dicho Harold Bloom, él es prácticamente quien ha inventado al hombre tal como lo conocemos hoy⁵².
2. Un abogado y un juez son profesionales de la palabra. Es a través del discurso escrito u oral como defienden, como absuelven o condenan, como redactan las diversas manifestaciones externas del derecho (normas jurídicas, contratos, testamentos, estatutos, sentencias, laudos). La lectura de obras literarias es la mejor escuela, el mejor entrenamiento, para este importantísimo rol de poner en palabras que hagan sentido, y que sean aceptadas por su capacidad de ser fácilmente comprendidas por sus destinatarios, las normas que han de regir sus vidas o las decisiones que pueden hacer variar sus destinos. Tampoco aquí es imprescindible que las obras que se lean hagan del derecho un componente importante de las mismas.
3. Pero la literatura sobre el derecho, aquella que cae en el casillero de derecho *en la literatura*, es de gran utilidad para acercar a los estudiantes —y a los que ejercen el derecho— a la forma como las instituciones jurídicas son percibidas por los legos, son interpretadas o adaptadas a designios personales para eludirla, evadirla o utilizarlas para hacer el mal. La imaginación literaria nos hace percibir el derecho de una forma que no nos imaginábamos pudiera existir, como ocurre con la novela *El proceso*, de Franz Kafka, y nos prepara mejor para actuar en situaciones complejas.

52 Ver BLOOM, Harold. *Shakespeare o la invención de lo humano*. Bogotá: Norma. Verticales de bolsillo, 2009.

Es el terreno que hemos llamado la comprensión de la condición humana y el entendimiento de la cultura jurídica.

En países pluriculturales y multiétnicos, como el Perú, por ejemplo, existe una justicia comunal ajena a los códigos y cánones de la justicia ordinaria, y que la Constitución reconoce, poniéndole una serie de restricciones, siendo la más importante que cuando se aplica sanción no se pueden quebrantar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Los pocos que investigan en antropología jurídica nos han presentado algunos ejemplos de cultura comunal, pero ha sido de lejos la Literatura la que más ha incursionado en ella, presentándonos casos del mayor interés, como la sanción de la expulsión del pueblo, que nos narra con tanta prolijidad Enrique López Albújar en el cuento «Ushanán-jampi», que aparece en su compilación titulada *Cuentos Andinos*⁵³.

4. También en el campo del derecho en la literatura resulta sumamente instructivo para los estudiantes de Derecho, y para los que lo ejercen, conocer lo que hemos denominado formas embrionarias del fenómeno jurídico, categorías jurídicas integradores de una especie de mente colectiva o formas similares a las jurídicas (como la llamada ley del hampa). Todo ello enriquece su formación y lo convierte en un profesional más apto, pues aprende a moverse en un mundo extremadamente complejo.
5. El estudio del derecho como literatura resulta de menor aplicación en los países del sistema romano germánico, en el cual la ingeniería social se diseña y se ejecuta a través de Constituciones, Códigos, leyes y normas de inferior jerarquía. No son los jueces los que proponen políticas públicas. Pero lo referido en el cuerpo del presente trabajo, aplicable tanto a los países de raigambre románica como a los anglosajones, coloca en un lugar preeminente el enfoque del Derecho como Literatura, pues los jueces, cuyas sentencias sí establecerán políticas públicas, deben poseer no solo el rigor mental que dan las herramientas del derecho, sino también el conocimiento del ser humano, de sus circunstancias, de la cultura jurídica, etcétera, que se aprenden de muchos modos, pero que adquieren un refuerzo muy especial en la Literatura. La que nos ofrece, gracias a que es un ejercicio de la imaginación, situaciones tanto personales como medio ambientales, que probablemente no hubiéramos captado si no hubieran caído en nuestras manos determinadas

DERECHO Y
LITERATURA:
ASPECTOS
TEÓRICOS

LAW AND
LITERATURE:
A THEORETICAL
PERSPECTIVE

53 LÓPEZ ALBÚJAR, Enrique. *Cuentos andinos*. Lima: Peisa, 2007, pp. 43-54.

obras. La literatura aporta también un entrenamiento en el empleo del lenguaje, en su perfeccionamiento tanto en el discurso oral como escrito, que no se puede desdénar.

Hay que agregar algunos fenómenos relativamente recientes, como las decisiones de las cortes supranacionales en materia de protección de los derechos humanos, y la importancia creciente que van tomando en algunos países las decisiones de los Tribunales Constitucionales, para poder sostener que la perspectiva del derecho como literatura adquirirá cada vez mayor importancia, independientemente del sistema jurídico en el que nos movemos.

6. Finalmente, y es algo que no se ha tratado en el cuerpo del trabajo, la belleza que algunas veces se encuentra en determinados textos literarios, o su sentido del humor, pueden constituir un bálsamo o alivio para los estudiantes de derecho o profesionales del mismo, que se ven precisados a leer día tras día textos complejos, difíciles de entender por estar redactados en términos técnicos y colocados, en cuanto a estilo, en las antípodas de lo que podría ser un texto que nos despierte un sentimiento hedonista. Algunas frases cinceladas con esmero por el escritor, no solamente son bellas, sino que nos aportan, en ocasiones, un rayo de sabiduría. Veamos esta: «Los días vividos, hayan sido pletóricos o vacíos, tranquilos o agitados, son todos por igual días huidos, y la ceniza del pasado pesa lo mismo en todas las manos»⁵⁴. La frase no solo es rotunda, sino que pone en su lugar el significado del pasado, recusa el dicho según el cual todo tiempo pasado fue mejor. El pasado del rico o del pobre, del aventurero o del hombre doméstico, es, al fin de cuentas, pasado y pesa lo mismo en las manos de todos los que recuerdan, porque es ceniza.

En cuanto a sentido del humor, quiero concluir con un pasaje que alude, precisamente, a una de las avenidas de lo jurídico: un proceso por homicidio. En él, aparte del elemento humorístico, hay muchas críticas abiertas al sistema de administración de justicia de los Estados Unidos de la segunda mitad del siglo XIX:

Habiendo asesinado a mi padre en circunstancias singularmente atroces, fui arrestado y enjuiciado en un proceso que duró siete años. Al exhortar al jurado, el juez de la Corte de Absoluciones señaló que el mío era uno de los más espantosos crímenes que había tenido que juzgar. A lo que mi abogado se levantó y dijo: Si Vuestra Señoría me permite, los crímenes son horribles o agradables solo por comparación. Si conociera usted los detalles del asesinato previo de

54 DRUON, Maurice. *La ley de los varones*. Buenos Aires: Javier Vergara, 1981.

su tío que cometió mi cliente, discerniría en su último delito (si es que delito puede llamarse) una especie de tierna indulgencia y de filial consideración por los sentimientos de la víctima. La aterradora ferocidad del anterior asesinato era verdaderamente incompatible con cualquier hipótesis que no fuera la de culpabilidad; y de no haber sido por el hecho de que el honorable juez que presidió el juicio era el presidente de la compañía de seguros en la que mi cliente tenía una póliza contra riesgos de ahorcamiento, es difícil estimar cómo podría haber sido decentemente absuelto⁵⁵.

DERECHO Y
LITERATURA:
ASPECTOS
TEÓRICOS

LAW AND
LITERATURE:
A THEORETICAL
PERSPECTIVE

Recibido: 15/01/2013

Aprobado: 22/03/2013

55 BIERCE, Ambrose. *El club de los parricidas*. Buenos Aires: Jorge Álvarez, 1966, pp. 25-26.