

## DERECHO, LITERATURA Y LENGUAJE: MIRADAS CRUZADAS<sup>1</sup>

Oscar Sarlo

Señor Presidente de la Academia Nacional de Letras,  
Señores Académicos,  
Señoras y Señores, amigos, familiares

Quiero agradecer en primer lugar al Sr. Presidente, Académico Dr. Adolfo Elizainzín, por sus palabras de bienvenida.

Y naturalmente, debo un agradecimiento muy especial al Académico Dr. Gerardo Caetano, pues en su discurso de recepción se ha dejado guiar por el afecto –que es recíproco–, sin el cual es inútil emprender ninguna actividad intelectual.

De los múltiples temas que me suscitaba esta ocasión tan honrosa para mí, he creído de interés contarles cómo he vivido y he reflexionado sobre los cruces entre derecho, literatura y lenguaje.

Pero antes de abordar esta trilogía, permítanme plantearles dos paradojas que me acosan en esta circunstancia.

La primera se me presentó cuando supe que ocuparía el sillón Horacio Quiroga, reservado tradicionalmente a juristas. Pensé entonces que el drama no sólo acompañó a Quiroga en vida, sino que igual destino ha tenido su memoria, pues hace 70 años que su Sillón viene soportando –en sentido físico, y no moral, naturalmente– el peso –en sentido moral y no físico, obviamente– de los más ilustres juristas de nuestro país. Él, que parecía atraído por la “ley de la selva”<sup>2</sup>, ha debido compartir gloria con los artífices de la ley civilizada, ciudadana. Y por si eso no hubiera sido suficiente, el sillón del notable escritor *salteño* debe empezar su próximo decenio sosteniendo a un jurista no tan ilustre y –encima– ¡*sanducero*!

La segunda paradoja, deriva de esto: como exponente de la cultura jurídica, me corresponde *prolongar* la fe en el derecho que exhibieron y cultivaron en grado sumo mis antecesores, mis maestros. Pero, al mismo tiempo, me toca también prologar el advenimiento de un nuevo modo

1 Texto de la disertación leída en el acto de ingreso a la Academia, el jueves 2 de mayo de 2013, en la Sala “Julio Castro” de la Biblioteca Nacional.

2 Quizás por su espíritu naturalista-anarquista, la obra de Quiroga no muestra casi interés por la temática jurídica. Sin embargo, se encuentran algunas pocas alusiones al mundo jurídico, como en su cuento autobiográfico “El techo de incienso”, o en la notable metáfora de “Anaconda” que alude a las muy rigurosas “leyes de las víboras”...

de hacer y pensar el derecho. Una parte de mí está fuertemente arraigada en el mundo que ellos contribuyeron a crear, que alcancé a conocer, y que aún admiro en mis estudios. Pero al mismo tiempo, soy consciente de que ese mundo ya no existe más.

Pero, como los juristas somos expertos en construir continuidades y generar certezas donde hay rupturas y conflictos, asumiré el desafío.

### ¿A qué llamamos derecho?

Comencemos por el derecho, primer miembro de la trilogía planteada. No pretendo responder “qué es” el derecho; solo trataré de presentar una noción simple, aunque fundada teóricamente, de lo que entendemos por derecho, sin entrar ahora en mayores especificaciones de las ambigüedades del término.

El derecho no es ninguna cosa material<sup>3</sup>, aunque muchas veces precomprensiones ingenuas llevan a pensar que el derecho está en tal o cual documento o texto impreso. Quienes ingenuamente descreemos de las entidades metafísicas, así como de la conveniencia de postularlas, pensamos que eso que llamamos derecho descansa en la capacidad de los seres humanos para interactuar simbólicamente. Si no existiera esta especie, no tendría sentido hablar de derecho<sup>4</sup>. Así que ya hemos dado un gran paso: el derecho es —al menos en algún sentido decisivo— algo producido por las mentes humanas en interacción simbólica.

Esa interacción humana es también la que produce todo ese mundo que llamamos *cultura*, entramado de normas, valores, conceptos, teorías, recuerdos, deseos, artes, imaginarios, etc., etc. Todo ello es lo que nos hace *ser y hacer* de determinada manera, tener una cierta *identidad* a través de la historia y la geografía.

Cuando nos acercamos al fenómeno jurídico podemos ver, sentir diría, con más detalle los componentes del mismo. Ese mundo normativo —ese *nomos*— es el resultado de interacciones más específicas; en él tienen voz los legos y los doctos, todos según el lugar que les está reservado en el orden establecido, especie de “novela en cadena”, como le gustaba decir a Dworkin<sup>5</sup>.

3 En este sentido, dice Kaufmann: “el derecho no es un *objeto*, al igual que los árboles y las casas, sino que es el sistema de relaciones de los seres humanos entre sí y de éstos con las cosas.”; cfr: Kaufmann, A.; Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 41.

4 Por derecho ha de entenderse “un conjunto de pensamientos”, y más concretamente, “un conjunto de disposiciones” afirmaba hacia 1940 un ilustre miembro de esta Academia, el Prof. Juan Llambías de Azevedo; cfr. *Eidética y aporética del derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, 2ª ed. Abeledo-Perrot, 1957, pp. 44–45.

5 Dworkin, Ronald, “Retorno al Derecho Natural” [1982] en: J. Betegón, J.R. de Páramo, *Derecho y Moral*, Barcelona, Ariel Derecho, 1990, p. 23; Dworkin, Ronald, “En

En esa “novela” el pueblo elige sus representantes con la esperanza de ver plasmados en leyes sus intereses. Pero ha de verse que –contra lo pensado por el gran Ihering<sup>6</sup>– tampoco *los intereses son el derecho*. Los legisladores y gobernantes negociarán políticamente acuerdos que reconozcan públicamente esos intereses en la medida de lo posible: pero *tampoco bastará el reconocimiento público* para decir que ahí está el derecho. ¡Si bastara con eso, ya podríamos descansar tranquilos con todo lo que reconoce nuestra Constitución! Será necesario, todavía, que esas promesas públicas y abstractas sean concretadas por otros agentes motivados por aquellas disposiciones generales y abstractas, pero interpelados ahora por problemas concretos de los demandantes de derechos; esos agentes (administradores, jueces) tendrán que adoptar decisiones que apliquen aquellas convenciones a casos concretos y particulares, esto es: deberán ponerle nombre y apellido a los derechos. Pero claro, tampoco en esas decisiones está “el” derecho, porque estas pueden ser contradictorias, revisadas o criticadas, y muchas veces ni siquiera llegan a producirse en la medida de nuestras expectativas. ¿Y entonces? Si no es nada de eso en particular, ¿a qué llamamos derecho?

Una tentación, demagógica seguramente, sería decir: ¡es todo eso y quizás mucho más!, expediente sencillo y eficaz, con el cual podría retirarme tranquilo, seguro de que “algún balín de la perdigonada habrá dado en el blanco”. Pero quienes estamos interesados en la teorización, y especialmente en la función crítica de las teorías, necesariamente tendremos a buscar explicaciones un poco más claras, más racionales, de esas que no aparecen ante la mirada simple e ingenua. Creo, como el Zorro de *El Principito*, que “Lo esencial es invisible a los ojos”, y no solo porque ello dependa del corazón, sino porque también precisamos de hipótesis imaginativas elaboradas intelectualmente para comprender mejor lo que vemos y –en todo caso– aprender de los errores. ¿Y cuál puede ser esa hipótesis que nos lleve a comprender mejor ese complejo de fenómenos que llamamos “derecho”?

Se han propuesto muchas hipótesis, pero me animo a afirmar que en el fondo hoy predominan –casi como una marca de época– las visiones que sitúan al derecho en la dimensión de los fenómenos discursivos, lo cual convoca necesariamente a disciplinas como la hermenéutica, la lingüística, la teoría del discurso, etc. Hoy es usual hablar de “el dere-

qué se parece el derecho a la literatura”, en: Ídem, *Una cuestión de principios* [1985], Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2012, pp. 191–215.

6 Cfr. Ihering, Rudolf, *Del interés en los contratos*, trad. directa del alemán, revisada y corregida por Adolfo G. Posada, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

cho como lenguaje”<sup>7</sup>, “el derecho como semiótica”<sup>8</sup>, “el derecho como discurso”<sup>9</sup>, “el derecho como hermenéutica”<sup>10</sup>, “el derecho como experiencia interpretativa”<sup>11</sup>, “el derecho como construcción social”<sup>12</sup>, “el derecho como argumentación”<sup>13</sup>, etc.

Al vincular el derecho con los fenómenos simbólicos y culturales, no solo estamos buscando analogías con los componentes lingüísticos del derecho, indiscutibles por cierto, sino que también nos interesa captar la dimensión institucional de esos fenómenos. Y allí podemos aproximarnos quizás de manera decisiva al meollo de la cuestión: el derecho tiene que ver esencialmente con *la institucionalización de instancias discursivas que legitiman y condicionan el ejercicio del poder social*.<sup>14</sup>

Si esta clave epocal logra captar del derecho lo esencial (no en el sentido ontológico referido a algún tipo de entidad misteriosa, sino en el sentido epistémico, como fundamental para comprender algo), entonces aparece claro que el derecho tiene que ver con fenómenos y acciones más específicos, como:

- formación de creencias colectivas, fundamentalmente acerca de autoridades y normas, que podríamos denominar “instituciones”;
- prácticas argumentativas destinadas a legitimar intereses y decisiones en el marco de esas instituciones;
- modos de distribuir y procedimentalizar el ejercicio del poder discursivo, diseñados para mediar en el ejercicio de la violencia legítima de unas personas sobre otras;
- institucionalización de comunidades interpretativas que sustenten intersubjetivamente esas construcciones;

7 Capella, J. R., *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, 1968.

8 Warat, Luis Alberto, *Semiótica y derecho*, Buenos Aires, Eikon, 1972; Ídem, *Elementos de semiótica: conceptos básicos, proyecciones jurídicas, ideología y comunicación social*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

9 Gesso, Ana M.; Correas, O. (presentadores): *Sobre el derecho como discurso*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 14, México, UNAM, 1990; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.

10 Osuna Fernández-Lago, Antonio, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992; Viola, Francisco; Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.

11 Calvo González, José, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1992.

12 Searle, John, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

13 Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 2006.

14 He tratado el punto más extensamente en: “La legislación como fenómeno institucional discursivo”, en: Caetano, G.; Sarlo, O. (cur.) *Técnica legislativa. Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, Montevideo, Parlamento del Uruguay/PNUD, 2010, pp. 43-58.

- satisfacción de ciertas funcionalidades que legitimen ese orden, como la paz social, la gobernabilidad, la justicia social, etc. etc. Un sistema institucional que no satisfaga mínimamente estas exigencias tenderá inevitablemente a colapsar.

Toda esa ingeniería social, como gustan decir los teóricos norteamericanos<sup>15</sup>, ha estado al servicio de esta sola idea: *la pulsión más dañina que anida en la especie humana es la voluntad de dominación*<sup>16</sup>; de ella surgen la guerra (el mayor crimen internacional) y la represión política (el mayor crimen nacional). La razón práctica ha creado y perfeccionado instituciones para controlar y disuadir esas pulsiones destructivas de la especie humana<sup>17</sup>. Ésta es la gran idea que alienta la filosofía del republicanismo, cuyo ideal me place reivindicar al cumplirse 200 años de las Instruccio-

15 Pound, Roscoe, "An Engineering interpretation", en: Ídem, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Harvard University Press, 1923, pp. 141 y ss.: "Pensemos en la Jurisprudencia por un momento como una ciencia de ingeniería social que tiene que ver con [...] la ordenación de las relaciones humanas a través de la ordenación de la sociedad políticamente organizada. Esta ingeniería es pensada como un proceso, como una actividad, no meramente como un cuerpo de conocimiento o como un orden fijo de construcción". De esta manera, Pound se oponía a la interpretación económica mecanicista del derecho como resultado de factores físicos y técnicos, que atribuye a Carlos Marx y Brooks Adams.

16 Esta idea aparece tanto en la literatura como en la reflexión teórica; recordemos algunos ejemplos ilustres: el "Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit" (Plauto, *Asinaria*, ca. 195 a.C.), vulgarizado como el "homo hominis lupus" en el siglo XVII (T. Hobbes, *Leviatan*, 1651; B. Gracián, *El Criticón*, 1651-7); el "Obsérvese bien que [...] los hombres [...] son malos" (Maquiavelo, *El Príncipe*, 1532); "Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites" (Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1748); la constante "explotación del hombre por el hombre" en la historia humana (C. Marx, F. Engels, *Manifiesto Comunista*, 1848); el prójimo como "tentación para satisfacer en él la agresión, explotar su fuerza de trabajo sin resarcirlo, usarlo sexualmente sin su consentimiento, desposeerlo de su patrimonio, humillarlo, infligirle dolores, martirizarlo y asesinarlo" (S. Freud, *Malestar de la cultura*, 1929); razón de la invariable "protesta contra la coacción resultante del estado social, la reacción contra la voluntad extraña" (H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, 1929). Naturalmente, la tesis ha sido controvertida, especialmente desde visiones optimistas de la humanidad. Sin embargo, situados en la perspectiva teórica interesada en el diseño de instituciones, creo que debe evitarse la retórica del optimismo, y—en cambio— asumir la hipótesis "del hombre malo": aquél que, sin consideraciones morales, examina fríamente las ventajas y desventajas de cumplir o violar el derecho; cfr. O. W. Holmes, *La senda del derecho*, 1897.

17 En un trabajo escrito para conmemorar los 500 años de *El Espíritu de las leyes*, propuse interpretar la obra montesquina en clave de la teoría discursiva del derecho: la distribución del poder como técnica para forzar la mediación argumentativa en el ejercicio del poder público; ver: Sarlo, O. "Montesquieu, o cómo combatir ese persistente y molesto hábito de abusar del poder", en: *Tribuna del Abogado*, nº 110, octubre-diciembre, 1998.

nes del Año XIII, concebidas por Artigas<sup>18</sup> bajo esa inspiración. Hoy, como ayer, la preocupación es la misma.

Si esa *ingeniería social* se constituye y construye con interpretaciones, argumentos, utopías, narraciones, retórica, y todo cuanto esté al alcance de nuestra capacidad de *hacer con palabras*, entonces, es natural que Derecho y Literatura tengan un *aire de familia*. Pero veamos esto más de cerca.

### Derecho y literatura

La nuestra —ya me siento parte de esta corporación— es una Academia de Letras, no es solo una academia de la lengua. La expresión “letras” refiere a las humanidades en general, esto es, todo lo que creamos en el lenguaje, en definitiva, la cultura, incluyendo, naturalmente, el derecho. Y, consiguientemente, letrados deberían ser todos los que cultivan las humanidades. Sin embargo, solo a los cultores del derecho se nos designa hoy como “letrados”, en virtud del curioso derrotero del término.

Hasta la baja Edad Media, el término “letrado” refería a quienes *sabían leer y escribir*, lo cual incluía abogados, escritores, teólogos, etc.<sup>19</sup> Con la aparición de las universidades, cuyo trívium incluía la *gramática* (competencia lingüística), *dialéctica* (dominio de la razón en la búsqueda de la verdad) y *retórica* (competencia persuasiva por la palabra)<sup>20</sup>, el término

18 En ese contexto expresó Artigas: “Ciudadanos: los pueblos deben ser libres. Ese carácter debe ser su único objeto, y formar el motivo de su celo. Por desgracia, va a contar tres años nuestra revolución, y aún falta una salvaguardia general al derecho popular. Estamos aún bajo la fe de los hombres y no aparecen las seguridades del contrato. Todo extremo envuelve fatalidad; por eso una desconfianza desmedida sofocaría los mejores planes, ¿pero es acaso menos terrible un exceso de confianza? Toda clase de precaución debe prodigarse cuando se trata de fijar nuestro destino. Es muy veleidosa la probidad de los hombres, sólo el freno de la Constitución puede afirmarla. Mientras ella no exista, es preciso adoptar las medidas que equivalgan a la garantía preciosa que ella ofrece. Yo opinaré siempre, que sin allanar las pretensiones pendientes, no debe ostentarse el reconocimiento y jura que se exigen. Ellas son consiguientes del sistema que defendemos y cuando el ejército las propuso, no hizo más que decir quiero ser libre.”, Artigas, José G., Oración de Abril, 4 de abril de 1813, Delante de Montevideo.

19 Tuve oportunidad de abordar —brevemente— este tema en: “Sobre letrados y literatos”, en: *Tribuna del Abogado*, n° 108, enero-febrero 1998, p. 17.

20 Para la universidad medioeval, estos eran estudios propedéuticos para luego acceder a la única ciencia verdadera, la ciencia divina, la Teología. Así, se distinguía las letras sagradas de las letras humanas (*humaniores*). Con el declive del poder sacro, las letras humanas fueron ganando autonomía y dignidad como ciencia profana. Allí radica la conformación de las actuales humanidades; cfr. Pérez, Joseph, *El Humanismo de Fray Luis de León*, Madrid, CSIC, 1994, p. 52.

“letrado” fue reservándose para quienes completaban estos estudios, y en especial para los abogados, que eran los titulados más numerosos.

Los abogados (o nuestros antepasados inmediatos en la evolución de las especies), gracias a su dominio del discurso se vincularon a la burocracia de las monarquías, a las que aportaron un nuevo recurso del poder, que vino a sumarse al poder militar, religioso y rural. Esta nueva clase, que puso el poder de la palabra persuasiva al servicio del poder político, significó —no obstante— un avance en el camino hacia la libertad.

De tal manera, en la actualidad el término “letrado” se identifica con la condición de abogado o jurista<sup>21</sup>.

Pero volvamos al momento de la escisión: a partir de la aparición de las universidades, el cultivo del lenguaje queda en manos de dos comunidades diferenciadas: los letrados, cultores de la lengua docta, y los literatos o escritores, cultores de la lengua popular, esto es, la que no era jurídica, la no culta, la vulgar, dicho esto sin sentido peyorativo; esta es la que históricamente se ha denominado literatura en sentido estricto.

Esta diferenciación fue paralela a la separación entre el derecho escrito y académico y el derecho común<sup>22</sup>. De algún modo, esa diferenciación entre las letras doctas del derecho y la literatura como expresión popular, resultó en una fuerte incomprensión entre ambos mundos sociales.

Letrados y literatos se conformaron, pues, como sujetos epistemológicos diferenciados<sup>23</sup> con iguales pretensiones: nada ha sido ajeno a la mirada del derecho y de la literatura, y por consiguiente, no han faltado nunca las miradas cruzadas entre ambos, incluyendo las *de reojo*.

Como vimos, el derecho se valió del *poder del discurso*, hasta volverse *el discurso del poder* cuando este busca legitimar un orden estable. Desde esta perspectiva, es claro que el derecho se ha valido de la retórica, es decir: ha utilizado el lenguaje en función persuasiva, apelando a su poder sugestivo. Ha tomado también de la literatura las ficciones, las metáforas, las utopías, porque el derecho tiene necesidad de construir caminos donde la realidad los niega, o porque es necesario imaginar mundos deseables para motivarnos a actuar.

Pero el derecho positivo no solo se valió de la literatura, también se nutrió de procedimientos rituales, de formas simbólicas, que provenían

21 Cfr. Gros Espiell, Héctor, “Los juristas en la Academia Nacional de Letras”, en: *Revista de la Academia Nacional de Letras*, Año 3, n° 4, enero-junio 2008, pp. 111–131.

22 El *Ius Commune* era el producto resultante de la conjunción y adaptación de tres diferentes órdenes jurídicos: el romano-justiniano, el canónico y, en menor medida, el lombardo-feudal. No era un derecho promulgado formalmente, pero su autoridad emanaba del reconocimiento que le brindaban los principales autores medievales como fuente de conocimiento.

23 Alicia García, *Cervantes and melancholy: Philosophy, medicine and madness*. Baltimore, Maryland, ProQuest, 2008.

de sus compañeros del poder: el mundo militar y el mundo religioso. La racionalidad política, como toda racionalidad, instrumentalizó la retórica, los ritos y los símbolos en función de satisfacer sus propios intereses.

El derecho se fue haciendo escrito, formal, general y abstracto, características esenciales para su manejo conforme a una racionalidad técnica<sup>24</sup>.

Así, mientras la formación de los letrados se fue quedando en esas formas retóricas y simbolismos, por otro lado el contenido de humanidad quedaba a cargo de los literatos.

Fue inevitable y fructífero que la literatura observara el derecho de los letrados doctos, ya fuera para criticar su inhumanidad, ya para plantear la perplejidad de sus formas incomprensibles, o para descargar la sorna de quienes resultaban perjudicados por el avance de la modernidad que aquellos representaban.

Es claro que hay otras formas más obvias de intersección entre derecho y literatura, como cuando aquel dirige su poder simbólico sobre la literatura y el lenguaje, prohibiendo estilos y agravios, o cuando se llevan adelante políticas que promueven la “defensa del idioma”, el “perfeccionismo lingüístico”<sup>25</sup>, o el “lenguaje políticamente correcto”, todos intentos de regimentar ese espacio de libertad que es la expresión literaria.

Desde la otra mirada, la literatura, siempre cercana a las experiencias más íntimas de los seres humanos, el mundo-de-la-vida husserliano<sup>26</sup>, constituyó el lugar de la crítica, de los ideales, de la perplejidad frente a las fórmulas incomprensibles del derecho, muchas veces injustas, y en general a su instrumentalización técnica. Es enorme la lista de obras que hoy en día se toman como ejemplos de la mirada literaria sobre el derecho, y no las comentaré por ser de sobra conocidas<sup>27</sup>.

24 Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría, México, FCE, 1964.

25 Durante la dictadura cívico-militar (1973-1984) se llevaron adelante políticas de corrección idiomática, como “Lucha contra el portugués” y “Hablemos correctamente nuestro idioma”; cfr. Barrios, Graciela; Pugliese, Leticia, “Política lingüística y dictadura militar: las campañas de defensa de la lengua”, en: Marchesi, A.; Markarian, V., Rico, A., Jaffé, J., *El Presente de la Dictadura: Estudios y Reflexiones a 30 Años del Golpe de Estado en Uruguay*, Montevideo, Ediciones Trilce, 2004, pp. 159-168.

26 La noción –tan usual hoy– demundo-de-la-vida, aparece en Husserl, Edmund, *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, trad. y nota editorial de J. Muñoz y S. Más, Barcelona, Crítica, 1991.

27 Los ejemplos clásicos: *Antígona*, de Sófocles (el carácter creador de la desobediencia civil); *Éxodo* (el comienzo de la ley); *Orestéa*, de Esquilo (la invención de la justicia); Robinson Crusoe, de Defoe y Fausto, de Goethe (las fuentes de derecho); *El mercader de Venecia*, de Shakespeare (la importancia de los criterios interpretativos en la aplicación del derecho); *El proceso*, de Kafka (la falacia jurídica de la neutralidad); *Rebelión en la Granja*, de Orwell (la fragilidad y manipulación del derecho cuando en las manos de quien detente el poder). Para una revisión muy completa del punto, puede

Siglos de progresiva separación de aquel origen humanista común, produjo empobrecimiento y opacidad del derecho. Las facultades de derecho profesionalizantes se alejaron de las humanidades; encontramos sí —como piezas de adorno— asignaturas humanísticas, pero el currículum oculto no les reconoce la trascendencia que deberían tener.

Y así hemos llegado —al menos en América Latina— a la paradójal circunstancia de contar con masas de *letrados*, en sentido profesional<sup>28</sup>, pero generalmente *iletrados*, en el sentido humanístico<sup>29</sup>, dedicados a hacer funcionar un sistema legal cuya calidad lingüística está cada día más deteriorada, y por consiguiente, más incomprensible para la gente común, y aún para los profesionales.

Frente a este panorama, para mí inquietante, quisiera destacar dos movimientos originados en la cultura anglosajona, y que desde lugares distintos replantean la necesidad de religar lo que en los orígenes estuvo estrechamente unido.

En primer lugar, el movimiento “Law and Literature”, originado en los años 60<sup>30</sup>, dentro del movimiento crítico de las escuelas de derecho norteamericanas. Este movimiento propone incorporar el estudio de textos literarios en la formación de los abogados, atribuyéndole un profundo significado epistemológico y ético. A través de la literatura buscan estimular en el futuro abogado la imaginación y la sensibilidad ante los dramas humanos, como parte de una racionalidad pública más humana<sup>31</sup>. Al mismo tiempo, piensan que se fortalece su competencia interpretativa de textos.

---

verse inter alia: Karam Trindade, André y Magalhães Gubert, Roberta, “Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”, en: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* — Año III, Número 4, 2009.

28 Iberoamérica ostenta las tasas más altas, oscilando entre los 200 y los 400 abogados cada 100.000 habitantes.

29 Este fenómeno puede explicarse por las causas estructurales que promueven la masificación en la formación de letrados: un amplio acceso a las universidades públicas, el propósito de ascenso social, políticas de democratización que alientan —especialmente en los estudios de derecho— la flexibilización de las exigencias formativas.

30 El lanzamiento del movimiento “Law and Literature” suele asociarse con la aparición del libro de James Boyd White *The Legal imagination*, Chicago, University of Chicago Press, 1973. Este norteamericano, nacido en 1938, ha sido profesor de derecho, crítico literario y filósofo. James Boyd White parte del presupuesto que trabajos literarios ofrecen a los operadores del derecho otra manera de interpretar y comprender el orden jurídico, incitando a la discusión del derecho a partir de autores como Jane Austen, Geoffrey Chaucer, D. H. Lawrence, Camus, Kafka, Marlowe, Herman Melville, Milton, Molière, George Orwell, Alexander Pope, Proust, Ruskin, Shakespeare, Shaw, Shelley, Thoreau, Tolstoi y Mark Twain, entre otros; cfr. Bogliolo Piancastelli, Ada, *Notas sobre direito e literatura: o absurdo do direito em Albert Camus*, Col. Direito e Literatura, vol. IV, Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011, pp. 36–37.

31 Martha Nussbaum —una de las más destacadas integrantes actuales de este movimiento— nos advierte que el cultivo de la imaginación literaria no se opone a las exigencias de una argumentación racional en el Derecho, ya que considera a la imaginación lite-

En segundo lugar, está el movimiento denominado "Plain Legal English"<sup>32</sup>, desarrollado ampliamente en Inglaterra, y demás países del Commonwealth<sup>33</sup>. Esta propuesta tiende a religar derecho y lenguaje común en los textos jurídicos oficiales, con lo cual vendría a darse satisfacción a siglos de crítica literaria acerca del *legalese* de abogados, jueces y legisladores<sup>34</sup>.

Por donde se quiera, la demanda por religar derecho y literatura se cruzan en nuestro camino.

### Derecho y lenguaje

A lo largo de esta conferencia he procurado mostrar brevemente al derecho y su interacción con la literatura, tratando de comprender esa particular dialéctica en que se han desarrollado sus protagonistas, lo que podríamos denominar el *punto de vista de sus participantes*. Ahora me gustaría mostrar algo más interesante aún, que no es tan común señalar, como son las analogías estructurales entre derecho y lenguaje cuando se los considera teóricamente, esto es, *desde el punto de vista del observador*.

La filosofía del siglo XX se desarrolló —según Paul Ricoeur<sup>35</sup>— bajo el signo de la sospecha, señalando a Marx, Nietzsche y Freud como los responsables de haber demolido la confianza en el reinado de la conciencia. Karl O. Apel, por su parte, agrega la sospecha introducida, desde perspectivas muy diversas, por Heidegger y Wittgenstein<sup>36</sup>. Pero esa que ha dado en llamarse "hermenéutica de la sospecha", no estaría completa sin adicionar la *sospecha de nuestra relación con el lenguaje*, que aparece con la lingüística de Ferdinand De Saussure y la semiótica de Charles S. Peirce.

---

ria como parte de la racionalidad pública. Ambas resultan, pues, complementarias, pues aquella busca humanizar el razonamiento judicial en su constante búsqueda de la verdad y la justicia; cfr. Nussbaum, Martha, *Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública*, Barcelona, Ed. Andrés Bello Española, 1997, pp. 15, 18, 27.

32 Professor Robert Eagleson ha descrito el *plain language* como el lenguaje que es claro, directo y sencillo: es un lenguaje que permite a los lectores concentrarse en el mensaje y no en la dificultad del lenguaje utilizado.

33 En realidad, se considera que el lanzamiento de la idea corresponde al libro de David Mellinkoff, *The Language of the Law*, publicado en los EEUU en 1963, pero su mayor difusión y desarrollo proviene de Inglaterra.

34 La expresión inglesa *legalese* designa la jerga o vocabulario especializado de los profesionales del derecho, especialmente cuando se le considera complejo y abstruso.

35 Paul Ricoeur, *Freud and Philosophy: An Essay on Interpretation*, New Haven, Yale University Press, 1970. En esta obra, Ricoeur sostiene que Marx, Nietzsche y Freud introducen la duda en el recinto de la conciencia, destronándola del sitio en que la había colocado Descartes. Su intención de cuestionar la validez del discurso consciente, al considerar la conciencia en su conjunto como «falsa» conciencia, que ahora aparecerá como condicionada por o encubriendo una estructura subyacente.

36 Según Apel, a la desacreditación del papel de la conciencia debida a Marx, Nietzsche y Freud, Heidegger agrega la sospecha del "olvido del ser" en la metafísica occidental y Wittgenstein la "sospecha de falta de sentido" del lenguaje metafísico.

Desde esta perspectiva, el lenguaje pasó de ser un *útil a la mano*, a ser la estructura que nos condiciona<sup>37</sup>, el mundo que nos *conforma*, dicho esto en sus diversas acepciones<sup>38</sup>. Si a ello sumamos los aportes fundamentales de H-G. Gadamer en el campo de la hermenéutica<sup>39</sup> y del último Wittgenstein en el campo de la pragmática del lenguaje, estaremos bien pertrechados para comprender mejor todo lo atinente al derecho.

Esta reflexión teórica sobre el lenguaje, nos permite comprender que el sentido normativo de los discursos jurídicos depende de estructuras que habían permanecido ocultas a los juristas tradicionales. Estos se habían limitado –fundamentalmente– a practicar y explotar las funciones retóricas del derecho, sin interesarse por las estructuras que explican y dan sentido a esas funciones. Hoy, en cambio, nos interesamos por los auditorios<sup>40</sup>, por las metanormas que dan validez al derecho<sup>41</sup>, por las comunidades interpretativas<sup>42</sup>, por la estructura lógica de los lenguajes y los sistemas normativos<sup>43</sup>, etc.

En la actualidad, los juristas ya no se identifican con buenas dotes oratorias; hoy ocupan un lugar destacado en el mundo del derecho juristas analíticos, dedicados a examinar argumentos para criticar su consistencia, descubrir sus falacias retóricas y sus ambigüedades, así como están los que se abocan a diseñar instituciones, elaborar teorías sisté-

37 Cfr. Freitas, R. B. de, "Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações. Breve estudo sobre dimensões de criatividade em direito". Working Paper 6/02. Lisboa, Fac. de Direito da Univ. Nova de Lisboa, 1990; Aguiar e Silva, Joanna, A prática judiciária entre direito e literatura. Coimbra: Almedina, 2001; Streck, Lenio L., *Verdade e consenso*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; Karam Trindade, Andrés; Magalhães Gubert, Roberta, "Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el Derecho", en: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año III, Número 4, 2009, pp. 164–213, accesible en: [www.derecho.uba.ar/revistagioja/](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/)

38 El verbo conformar, tiene una ambigüedad muy rica, porque nos permite hablar de la función de dar forma a algo, pero también a la función moral de generar resignación o darse por satisfecho. Y es muy claro que el lenguaje está presente en ambas funciones, unas veces como estructura que condiciona nuestra subjetividad, y otras veces como instrumento destinado a "suavizar" la realidad, llevar tranquilidad o resignación al espíritu.

39 *Verdad y Método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1977;

40 Cfr. Perelman, Chaïm, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989.

41 Sea la "norma hipotética fundamental" (Kelsen), la "regla de reconocimiento" (Hart), la "ideología política que forma el presupuesto del sistema" (Ross).

42 Calvo González, José, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1992.

43 Sobre la estructura lógica de los enunciados normativos, el movimiento se inicia con Von Wright, Georg-Henrik, *An Essay on Modal Logic*, Amsterdam, North Holland Publishing Co., 1951 y una larga serie de publicaciones posteriores. Sobre los sistemas normativos, el punto de partida es: Alchourrón, C.; Bulygin, E. *Normative Systems*, Springer Verlag. Viena-New York, 1971.

micas, etc. Estos juristas son expertos en la *lengua* del derecho, aunque no necesariamente en el *habla* del derecho. Si quisiéramos establecer un paralelismo, podríamos decir que estos juristas se parecen a quienes cultivan la *crítica*, la *teoría literaria*, o la *teoría del discurso*, aunque no se ocupen de hacer *literatura*.

Como parte de un orden indiscutido, los juristas tradicionalmente podían limitarse a *utilizar* los atributos del lenguaje para construir un discurso retóricamente armónico, persuasivo. Esos discursos podían enseñarse y exhibirse dogmáticamente, porque gozaban de una legitimación incuestionada.

Pero cuando la *sospecha* ha dejado sin chance a la *ingenuidad*, entonces ya no es sustentable un saber dogmático autolegitimado; hoy en día es necesario no solo que el jurista comprenda su función desde bases teóricas más sólidas, sino además, que por esa vía, acceda a reconectar su labor con la cultura, con la economía, con la moral, etc.

### Para concluir

A lo largo de este recorrido, he querido mostrar que la cultura jurídica, proviniendo de la misma matriz que las humanidades en general, se ha ido deshumanizando, en la medida que su funcionalidad en el estado moderno, ha instrumentalizado la producción masiva de juristas y normas<sup>44</sup>.

Ante este panorama, ¿cómo mantener *la fe en el derecho* que nos demanda Couture desde sus Mandamientos<sup>45</sup>.

A mi juicio, la única manera es volviendo a las fuentes, comprender el origen y la justificación de la experiencia jurídica. Esto implica conocer la historia política y social de nuestro país y de nuestro mundo. Para ello es preciso salirnos de los claustros dogmáticos del derecho, y abrirnos a la cultura y a la interdisciplinariedad, recomponiendo nuestros lazos con el mundo—de—la—vida y con las demás disciplinas académicas.

Cuando mi Facultad se apresta a diseñar un nuevo plan de estudios, aliento la esperanza de que se comprenda cabalmente para qué mundo habrá que formar abogados y escribanos.

44 José Saramago, en su discurso "Democracia y Universidad" al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Carlos III, decía que la democracia "está gravemente enferma", porque la universidad, más que una institución dispensadora de conocimientos, debería ser el espacio por excelencia de formación del ciudadano, de la persona educada en los valores de la solidaridad humana y del respeto por la paz, educada también para la libertad, y educada para el espíritu crítico, para el debate responsable de las ideas. Si esta reflexión de Saramago es adecuada para la universidad en su conjunto, me parece particularmente pertinente si nos referimos a las facultades directamente responsables de formar a quienes han de sustentar la cultura ciudadana.

45 Couture, Eduardo Juan, *Los mandamientos del abogado*, Buenos Aires: Depalma, 1949.

Como dije anteriormente, el mundo que conocieron y construyeron mis ilustres antecesores ya no existe. Pero si profundizamos un poco la mirada, veremos que la humanidad sigue siendo la misma, y por consiguiente, la misión de los juristas, como parte de esa humanidad, también.

Más allá del cambio vertiginoso, vasto y caótico que apreciamos en el mundo actual, podemos todavía reconocer la continuidad de lo esencialmente humano, de la *paradojal esencia* de lo humano<sup>46</sup>:

- *la estabilidad del cambio*: la historia sin fin previsible;
- *la identidad de la diferencia*: nos afirmamos exigiendo igualdad, con la misma fuerza que reclamamos el derecho a ser diferentes;
- *la insaciable conformidad*: el horizonte móvil de nuestras necesidades, en cuya virtud todo crecimiento y toda redistribución de los ingresos solo genera nuevas necesidades y nuevas insatisfacciones.

De acuerdo con esto, entonces, lo único seguro que nos depara el futuro es *incertidumbre, complejidad y conflicto*. Ello no debe, con todo, angustiarnos, pues significa que nuestro mundo seguiría siendo —en suma— el mismo que ha sido desde que nos hemos comprendido como sociedad humana.

Si a pesar de ello, la humanidad ha podido asumir la historia como plena de *sentido*, dotada de *unidad* y relativamente *armoniosa*, es gracias a la capacidad de sus literatos y sus juristas, de crear cultura, esto es, un mundo que nos muestre quiénes somos, que nos oriente en qué hacer, que respalde nuestras creencias, que construya utopías.

En ese mundo, los juristas tenemos un papel en la medida que recorremos —en toda su plenitud— la condición de letrados.

46 Retomo aquí unas reflexiones que expuse en el discurso de bienvenida a Edgar Morin, cuando éste visitó mi Facultad de Derecho, en abril de 1998.