



1. ANTECEDENTES Y METODOLOGÍA

Derecho y Literatura (*Law and literature*) forma parte junto a Critical Legal Studies y la Jurisprudencia Feminista (*Feminist Jurisprudence*) de un nuevo enfoque interdisciplinar de los estudios jurídicos alternativo al propuesto desde "Derecho y Economía". Lejos de ser una moda pasajera, este movimiento ha ido ganando terreno progresivamente, hasta que algunos críticos literarios han pasado a integrarse en el cuerpo docente de prestigiosas Facultades de Derecho americanas. Desde el año 1984 se han editado cinco manuales y se han multiplicado los artículos en las revistas científicas, incluso con las contribuciones literarias de prestigiosos profesores de Derecho¹.

1. Me refiero a los manuales de: Robert A. FERGUSON, *Law and Letters in American Culture*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1984; Richard H. WEISBERG, *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven, Yale University Press, 1984; James Boyd WHITE, *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character and Community*, Chicago, University of Chicago Press, 1984; James Boyd WHITE, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985; y Thomas BROOK, *Cross-Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

Como comenta Anita L. ALLEN en "The Jurisprudence of Jane Eyre", *Harvard Women's Law Journal*, 1992, vol. 15, p. 179 "While controversies

Sus antecedentes más inmediatos se encuentran en los escritos de algunos juristas ingleses del XIX sobre la presencia del Derecho en Shakespeare y Dickens. Incluso se llegó a hablar de una estrecha colaboración entre Shakespeare y Francis Bacon, dada la profusión de referencias jurídicas en sus obras. En este sentido, John Wigmore no dudó en recomendar a los abogados que las leyeran para mejorar su conocimiento sobre la naturaleza humana y Benjamin Cardozo se dispuso a analizar el estilo literario de las sentencias judiciales. Sin embargo, James Boyd White, en *The Legal Imagination* (1973), ha sido el primero en reivindicar que la literatura sea una asignatura más en la carrera de Derecho². Aunque las relaciones entre el Derecho y la literatura son numerosas, este campo de análisis permanecía casi intacto. Las razones inmediatas derivan de la dinámica de ambas disciplinas. Hasta los años sesenta, los estudios de Derecho insistían más en los aspectos prácticos, y materias propias de la teoría del Derecho tales como la teoría de la justicia y la teoría de la interpretación, que podían beneficiarse del estudio de los textos y los métodos literarios, tenían una importancia muy secundaria. La metodología jurídica analítica centrada en el razonamiento jurídico permanecía ajena a esta problemática. A su vez, los

remain about the ultimate value of turning to theories of literary studies to explain the nature of legal discourse and interpretation, literary styles and genres have become increasingly familiar in the law journals". Por ejemplo, el *Harvard Women's Law Journal* empezó a publicarse en 1978 y a partir de 1990 dedica una sección a Derecho y Literatura.

2. Para una relación exhaustiva v. George Williams KEETON, *Shakespeare and his Legal Problems*, Buffalo, W.S. Hein Co., 1987; Franklin Fiske HEARD, *Shakespeare as a Lawyer*, Boston, Little Brown, 1883; en relación con John H. Wigmore, "Introduction" en John Marshall GEST, *The Lawyer in Literature*, Boston, Boston Book Co., 1913, pp. IX-XII y Benjamin N. CARDOZO, "Law and Literature", en Margaret E. Hall ed., *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, Fallon Publications, 1947, p. 339.

Cf. James Boyd WHITE en *The Legal Imagination*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.

estudios literarios también carecían de una teoría general. De manera que no se había planteado desde la crítica literaria la posibilidad de extender sus métodos a otras ramas. Por último, hasta la década de los sesenta el estilo de ambas disciplinas resultaba más claro en general para el lector no especializado, pues reemplazaron la falta de un sustrato teórico por la persuasión retórica. Resultó decisiva la actuación de literatos y juristas al margen de los círculos académicos. Las contribuciones de jueces como Holmes, Cardozo o Learned Hand a la teoría del Derecho, fueron iguales o mayores que las de cualquier profesor. Lo mismo cabe afirmar de Thomas S. Eliot o Edmund Wilson en la crítica literaria³.

En la actualidad, la teoría ha alcanzado un protagonismo notable en unos campos donde el interés común por los textos constituye un importante punto de unión. Tanto los profesores de Derecho como los de literatura no dudan en buscar claves hermeneúticas en la otra disciplina. Incluso algunos profesores de Derecho ven en la literatura la posibilidad de escapar de un futuro tecnocrático. Mientras que según algunos profesores de literatura, el Derecho les rescataría de la marginación⁴.

No obstante, Derecho y Literatura aparece desde el principio como una disciplina difícil de sistematizar. El análisis económico del Derecho y sus desarrollos posteriores supone la aplicación de

3. Harold LEVENTHAL, "Law and Literature: a Preface", *Rutgers Law Review*, 1979, vol. 32, n° 4, p. 606 "Writers and readers, lawyers and philosophers, share the quest for meaning below the surface of the words".

Maria José AÑÓN, en un trabajo pionero en nuestro país, antes de proceder al análisis de la obra de Camus desde una perspectiva iusfilosófica, afirma que aunque parezca paradójico "...on a souvent montré que la perspective des grands écrivains sur le coeur du juridique est parfois plus valable que celle des théoriciens du droit, dans la mesure où elle est plus originelle, plus radicale, plus près des racines", v. "Albert Camus, le Droit entre la Révolte et la Justice", *La Revue des Lettres Modernes*, 1991, n° 14, pp. 51-52.

4. Stanley FISH, "Anti-Professionalism", *Cardozo Law Review*, 1986, vol. 7, p. 654.

una serie de normas microeconómicas básicas, tales como la relación inversa entre el precio y la cantidad demandada o los efectos de los monopolios en la producción, a la solución de problemas jurídicos relevantes, como la regulación de los accidentes de tráfico o las normas anti-monopolio. Este análisis tiene por objeto demostrar que el Derecho tiene una esencia económica y justificar la necesidad de cambiar cierta legislación cuando deja de ser eficiente. De manera que Derecho y Economía, a partir del modelo antropológico del *homo oeconomicus* neoclásico, ha sido capaz de elaborar un programa positivo y otro normativo. Además, la relación entre ambos campos es unidireccional, pues la economía aporta el sustrato teórico para su posterior aplicación al Derecho, que aparece como el sujeto de esa teoría.

Sin embargo, la relación entre el Derecho y la literatura resulta más problemática. En primer lugar no hay una teoría literaria *leader*, semejante al entorno neoclásico, que sirva de referencia para su posterior aplicación al Derecho. Tampoco hay una estrategia normativa ni positiva, porque la relación entre ambos campos es bidireccional. Este nuevo enfoque pretende una relación de intercambio entre el Derecho y la literatura para profundizar en el conocimiento de ambas ramas. De manera que se procede a la confrontación global de textos jurídicos y literarios a través de las técnicas de análisis propias de cada disciplina.

Nos encontramos ya en la tercera década del movimiento, lo cual nos da cierta perspectiva y nos permite identificar dos tendencias no excluyentes⁵: *Law-in-literature* (el Derecho en la literatura) y *Law as literature* (Derecho como literatura). Como su nombre indica, el Derecho en la literatura analiza el empleo de conceptos e instituciones jurídicas en los textos literarios. Lo

5. Esta clasificación, un tanto artificial, es puramente orientativa y no excluyente, en el sentido que los representantes del movimiento suelen cultivar todas sus facetas. Por ello, daré un tratamiento unitario a Derecho y Literatura.

cierto es que este enfoque, además de ser minoritario, ha de enfrentarse a una escasez considerable de material de estudio. De hecho, siempre se cita a unos mismos autores y sus obras son objeto de un minucioso escrutinio quizás por demasiados especialistas. Esto lleva a discusiones sobre detalles nimios en un intento de optimizar los recursos disponibles⁶. Este sector considera esencial que jueces, abogados y profesores de Derecho estudien literatura para que apliquen el Derecho con empatía hacia las partes en el proceso⁷.

El Derecho como literatura se extiende a dos áreas: en una se procede a examinar el estilo y la retórica de la escritura jurídica, mientras que la otra intenta aplicar elementos de crítica literaria a los textos jurídicos. James Boyd White y Richard Posner se han dedicado sobre todo a la primera. Boyd White advierte una gran similitud entre el estilo jurídico y el literario, pues tanto el legislador como el escritor se enfrentan a dificultades relacionadas con la ambigüedad del lenguaje, la aceptabilidad de la audiencia, el desarrollo temático y la búsqueda de un final adecuado⁸. Richard Posner considera que el éxito de la obra literaria y de la disposición jurídica dependerá en cualquier caso de su poder de persuasión. Y en este sentido, el estudio de la literatura sí podría ayudar al jurista a mejorar su retórica⁹. La segunda rama del Derecho como literatura se refiere a cuestiones de interpretación y significado. Esta vez, el Derecho y la lite-

6. Cf. David CONTER, "Eagelton, Judge Posner, and Shylock vs Antonio", *MacGill Law Journal*, 1990, vol. 35, p. 905.

7. Según James Boyd WHITE este movimiento insiste "upon the reality of the experience of the other people, and upon the importance of their stories, told in their words...When we teach law properly, we teach a kind of literature as well", *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetry of Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, p.132.

8. Cf. James Boyd WHITE, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetry of Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, p. 42, Op. cit, p. xiii "The lawyer can be seen not only as arethorician but also as a poet".

9. Cf. Richard POSNER, *Law and Literature*, pp. 275-289.

ratura se estudian juntos porque en ambos casos tiene lugar primero la elaboración y luego la interpretación de los textos. El recurso a la crítica literaria ha generado una amplia polémica en un doble sentido a la hora de determinar las consecuencias de la aplicación de los métodos propios del análisis jurídico a los textos literarios y viceversa. Este proceso conduce a una serie de vínculos potenciales entre las dos materias¹⁰. Como veremos a continuación, unos son más acertados que otros.

2. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA INTERPRETACIÓN LITERARIA

Derecho y Literatura destaca el carácter problemático de la interpretación de textos jurídicos y literarios. La intervención de los críticos literarios deconstructivistas y de algunos profesores de Derecho vinculados a Critical Legal Studies (CLS) justifica su escepticismo hacia la objetividad de una actividad que resulta ser más constitutiva que cognoscitiva¹¹.

La deconstrucción es el método crítico más escéptico y el más difícil de asimilar por los juristas. La teoría deconstructivista surge como una alternativa frente a la teoría ortodoxa del lenguaje de semiólogos como Saussure, fenomenólogos como Husserl, representantes de la teoría de la acción comunicativa como Habermas o teóricos de los actos de habla como Austin y

10. GRETCHEN A., "The Persistence of Dread in Law and Literature", *The Yale Law Journal*, 1992, vol. 102, n° 2, p. 524 "most work in law and literature places one discipline in the service of the other, either by treating law as one genre of literature, analyzed by literary criticism, or by using literature as an educational tool to produce better legal writing".

11. Kenneth S. ABRAHAM ha llegado a sugerir que el término interpretación se sustituya por el de construcción, cf. "Statutory Interpretation and Literary Theory: Some Common Concerns of an Unlikely Pair", *Rutgers Law Review*, 1979, vol. 32, n° 4, p. 676.

Searle. En general, estas teorías suponen que los conceptos que elaboramos a partir de la percepción sensible llegan a alcanzar una existencia independiente. En un primer momento el concepto (significado) queda grabado en nuestra mente, pero hemos de codificarlo e incorporarlo a un soporte físico (significante) si queremos compartirlo con los demás. De manera que nuestro interlocutor recreará el mismo concepto en su propia mente al oírlo o verlo. Estos autores admiten la posibilidad de rupturas o interferencias en el canal de comunicación. Sucede que el vínculo entre significado y significante tiene un carácter convencional, pero estas convenciones no son universales. Puede ocurrir que un determinado lenguaje carezca de significante para un significado concreto, lo cual plantea dificultades de traducción. Otras veces, el significante está sobredimensionado. Por ejemplo, ante el signo "árbol" el receptor puede dudar entre los siguientes significados: árbol de decisión, árbol genealógico o árbol *tout court*. La comunicación oral permite todo tipo de aclaraciones inmediatas, pero carecemos de esta posibilidad cuando los significantes están fijados por escrito, si el autor del texto ha muerto o no se encuentra presente. La lingüística tradicional considera que estos vicios naturales de intersubjetividad pueden superarse y es aquí donde la deconstrucción lanza su primer ataque. Las dificultades de comunicación que derivan de los significantes responden a una serie de prejuicios culturales. Para superar este condicionamiento, hay que subordinar la función comunicativa del discurso a las dificultades de comunicación de los significantes que el escritor o el hablante utilizan y atender al juego de los significantes. En definitiva, el deconstructivista práctico tratará de examinar las relaciones entre los significantes y los otros conceptos que se esconden detrás del pretendido significado, para fijar su atención en los aspectos no comunicativos del lenguaje. La importancia de estas tesis para el Derecho es muy reducida. No creo que Derrida niegue la posibilidad de comunicación mediante textos escritos, aunque insista en que la función comunicativa no tiene prioridad

sobre las otras funciones que puede desempeñar el texto y considere que ningún escrito representa los conceptos como los concibió su autor. Los textos literarios pueden ser auto-referenciales e incoherentes o no, pero de aquí no se sigue que los textos jurídicos también hayan de serlo. Los fines y las técnicas de los autores de textos literarios son muy distintas de las del legislador.

La opacidad que caracteriza a la mayor parte de la literatura deconstructivista, ha erigido a la deconstrucción en el símbolo de la llamada teoría literaria post-estructuralista o postmoderna¹². Al cuestionar el status y la autoridad del autor, del lector y del texto, la deconstrucción proporciona el soporte teórico adecuado a CLS en su deseo de rebelarse contra las fuentes tradicionales de autoridad en Derecho. Conviene recordar que aunque la deconstrucción niega la prioridad inherente del autor o del concepto sobre el medio de comunicación, no rechaza la inteligibilidad del discurso comunicativo ni la posibilidad de que disposiciones

12. Jesús Ballesteros, Charles Jenks, Federico de Onís, Andreas Huyssen y Francis Jameson coinciden en subrayar la vinculación del postestructuralismo al modernismo. El Prof. Ballesteros ilustra la solidez de este vínculo a través de "...una triple dimensión: a) Epistemológica: la disolución de la verdad en el «texto» o, lo que es lo mismo, la negación de la realidad en el proceso interminable de la interpretación... b) Antropológica: la disolución de lo consciente en lo inconsciente... c) Política: la disolución de la política en simulación y la democracia en dictadura". Por eso resultaría más acertado calificar al postestructuralismo como "tardomodernismo" (Ch. Jencks, 1982, p. 32) o "ultramodernismo" (F. de Onís, 1934, p. 225) y relacionarlo con la "lógica del consumismo" (F. Jameson, 1985, p. 165), v. Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, cap. 7, pp. 85-86, en relación con las siguientes obras citadas por el autor: Charles JENCKS, *Arquitectura tardomoderna y otros ensayos*, Gustavo Gili, Barcelona, 1982, p. 32; Federico DE ONÍS, *Antología de la poesía española e hispanoamericana*, 1934; Andreas HUYSSSEN, "Cartografía del postmodernismo", en *Modernidad y Postmodernidad*, Josep Picó ed., Alianza, Madrid, 1988, y Francis JAMESON, "Postmodernidad y sociedad de consumo", en Hal FOSTER, *La Postmodernidad*, Barcelona, Kairós, 1985.

legales o constitucionales puedan transmitir los mandatos de sus autores.¹³

El deconstructivismo jurídico (*legal deconstructionism*) forma parte de un movimiento académico que empezó dentro de los círculos de la crítica literaria. El argumento básico sigue relacionado con las ambigüedades del lenguaje. El texto no puede controlar el carácter indeterminado del lenguaje, de manera que el lector es quien crea el significado. Este postulado tiene consecuencias epistemológicas evidentes, pues si el texto no limita el contenido del lenguaje y el lector tiene la clave del significado, no cabe hablar de lecturas definitivas de ningún texto, pues todas son igualmente válidas. En el plano jurídico, la deconstrucción permite que las decisiones judiciales se liberen de los dictados rígidos impuestos por la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho vigente. Ello implica que cualquier caso pueda decirse legítimamente de diversas formas, al amparo de la

13. Esta actitud ha desatado las iras de un amplio sector de profesores de Derecho. Son especialmente ilustrativos los comentarios de Camille PAGLIA en el *New York Times* respecto a tres autores franceses especialmente vinculados al movimiento "These minor French theorists have had a disastrous effect on American education. Lacan encourages pompous bombast and Foucault teaches cheap cynism, while Derrida's aggressive method, called deconstruction, systematically trashes high culture by reducing everything to language and then making language destroy itself", v. "Ninies, Pedants, Tyrants and Other Academics", *The New York Times*, 1991, May, 5, 1991, §7, p.1 (Book Review).

Kenney HEGLAND, "Looking for Certainty in All the Wrong Places", *Arizona Law Review*, 1991, vol. 33, n° 3, p. 582 "...as to who has the biggest psychological problems, deconstructionists like to ridicule the rest of us because we are uncomfortable in a world of uncertainty. But they're the ones who can't abide uncertainty; they're the ones who pathologically reject everything which isn't perfect".

Richard POSNER ha tratado de racionalizar el éxito del movimiento en "Remarks on Law and Literature", *Loyola University of Chicago Law Journal*, 1992, vol.23, n°2, p.187 "The main reason deconstruction has obtained currency in our academic discussions of law is simply that its sounds like *destruction*, has shock value, and is utterly alien to lawyers thinking".

ambigüedad del lenguaje. Además, el deconstructivismo jurídico encuentra un referente importante en la tradición del realismo jurídico americano. Suele citarse como ejemplo el escepticismo de Karl Llewellyn sobre los cánones hermeneúticos, para argumentar que el juez puede decidir cada caso como quiera siempre que cite la doctrina legal que apoye su veredicto. De forma que en un litigio, cualquiera de las partes podría ganar legítimamente¹⁴.

No obstante, olvidan matizar que, según Llewellyn, la existencia de disposiciones contradictorias no implicaba caer en la arbitrariedad, pues el juez estaba obligado en última instancia a resolver conforme al *good sense of the situation*¹⁵. De manera que como afirma Kenney Hegland, aceptar las tesis deconstructivistas supone negar la existencia de casos fáciles (*easy cases*) en Derecho¹⁶.

La deconstrucción ha influido en el ámbito jurídico a través del postestructuralismo. Según Culler y Kermode, estas teorías se caracterizan por su empeño en invertir la primacía tradicional del autor sobre el lector en la interpretación de los textos¹⁷. Esta

14. Karl LLEWELLYN, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to be Constructed", *Vanderbilt Law Review*, 1950, n° 3, p. 395 "For each canon telling a judge to do "X", another told him never to do "X".

Thrust: A statute cannot go beyond its text.

Parry: To effect its purpose a statute may be implemented beyond its text".

15. Cf. Karl LLEWELLYN, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to be Constructed", *Vanderbilt Law Review*, 1950, n° 3, p. 401.

16. Kenney HEGLAND, "Indeterminacy: I Hardly Knew Thee", *Arizona Law Review*, 1991, vol. 33, n° 3, pp. 517-518 "By an *easy case*, I mean one that a vast majority of lawyers would agree is a clear winner, a clear loser, one which should never be settled or pled".

17. Emily FOWLER HARTIGAN, "The Power of Language Beyond Words: Law as an Invitation", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1991, vol. 26, n°1, p. 71 "...The nature of texts is that they belong to reader as well as

alteración facilita la interpretación libre de los textos jurídicos en detrimento de la objetividad y la certeza del Derecho. Todo ello es coherente con su activismo en movimientos políticos de signo radical que se proponen minar las bases del Estado de Derecho debido a la naturaleza burguesa de éste¹⁸. Se trataba de demostrar la relación entre el dogma de la interpretación objetiva y el pensamiento burgués-capitalista centrado en el Estado liberal de Derecho.

Si las leyes o la Constitución carecen de contenidos objetivos-concretos-definitivos, el juez, al "interpretar", no hace más que ejercer su discrecionalidad. Negar la posibilidad de una interpretación objetiva del Derecho implica a su vez la supresión de una cadena de dogmas que con diversa intensidad, se asignan al sistema jurídico. En este sentido, se pone en cuestión el carácter normativo del ordenamiento jurídico, su certeza y seguridad, el positivismo jurídico, el imperio de la ley, el formalismo jurídico, la posibilidad de encontrar una respuesta correcta, el valor del precedente judicial, la neutralidad de los principios, la función del juez como el operador imparcial que aplica del Derecho, la neutralidad y la impersonalidad de las leyes. Los representantes de CLS consideran desde el postestructuralismo que el Derecho carece de entidad como sistema y proponen una concepción más ajustada a la realidad que acentúa el carácter arbitrario del Derecho al asimilarlo a la política. De aquí deriva la

writer...Until the reader and the writer meet in the text, the text is incomplete; re-reading continues the process".

En el mismo sentido, v. Jonathan CULLER, *On Deconstruction: Theory and Criticism after Structuralism*, Ithaca, Cornell University Press, 1982, pp. 21, 202-206, 213-222 y 273-274; Frank KERMODE, *The Art of telling: Essays on Fiction*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1983 en relación con Michel Foucault, "What Is an Author?", en Josué V. HARARI, *Textual Strategies: Perspectives in Post-Structuralist Criticism*, Ithaca, Cornell University Press, 1979, p. 141.

18. V. Gerald GRAFF, *Literature against Itself: Literary Ideas in Modern Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, cap. 3.

función ideológica del Derecho, que para mantener el *status quo* esconde su dimensión política bajo la supuesta independencia de los jueces que lo aplican y algunas veces –no sabemos cuántas– lo crean.

Los textos que interesan al movimiento son los jurídicos y los literarios. Dentro de éstos últimos destacan los que tienen una temática jurídica. Esto explica el protagonismo que han alcanzado *La Ilíada* y *Hamlet* por su tratamiento de la venganza como forma primitiva de justicia. Algunos escritores famosos como Ariosto, Flaubert o Kafka, practicaron la abogacía¹⁹. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el Derecho desempeña un papel secundario y el lector no necesita poseer nociones jurídicas para apreciar la obra en toda su extensión. Salvo excepciones, el jurista no tiene ninguna ventaja comparativa. Las grandes obras literarias tratan aspectos permanentes y generales de la naturaleza humana, y el Derecho es uno de ellos²⁰.

Escritores y juristas se ocupan de descifrar el sentido de unos textos con frecuencia alejados temporal y culturalmente de su

19. El cumplimiento de los contratos ocupa un lugar central en *El Mercader de Venecia* de Shakespeare y *el Doctor Fausto* de Marlowe; En *el Rey Lear* y en *Alicia en el país de las Maravillas* es también relevante la simulación de un proceso.

Anita L. ALLEN, "The Jurisprudence of Jane Eyre", *Harvard Women's Law Journal*, 1992, vol. 15, p.181 "The formalist's rules and the Holmesian 'bad man's' sanctions are the most apparent law appearing in literature".

20. John P. ZOMCHICK, *Family and the Law in the Eighteenth-Century Fiction: the Public Conscience in the Private Sphere*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 1-2 "In history, in politics, in economics and above all in the sense of what it means to be human, law shaped, empowered and authorized".

Maria José AÑÓN, "Albert Camus, le Droit entre la Révolte et la Justice", *La Revue des Lettres Modernes*, 1991, n° 14, p. 52 "Le droit est lui-même un des aspects de la réalité humaine... dans sa relation avec l'expérience humaine en général". Además el Derecho actúa como garante de la dignidad humana frente a los abusos del poder en una triple vertiente de revolución, solidaridad y justicia. Pero sobre todo, "le droit aide à comprendre la tension entre individu et communauté", op. cit, pp. 53 a57.

autor original, de manera que la teoría de la interpretación ocupa un lugar central en ambos casos. Además, muchos textos jurídicos, sobre todo algunas sentencias judiciales, tienen un estilo retórico y poco descriptivo que les acerca más a los textos literarios. A su vez, la literatura ha sido materia de regulación y las obras literarias han sido objeto de litigios sobre propiedad intelectual, derechos de autor, difamación... En general, se dice que los textos jurídicos son oscuros y artificiosos por el uso continuado de ficciones. Se trataría, pues, de equiparar las ficciones jurídicas con las metáforas literarias como ejemplo del uso figurado del lenguaje. Sin embargo esta equiparación no deja de ser superficial, pues estos recursos desempeñan un papel diverso. La ficción jurídica revela el deseo de los operadores jurídicos de crear una apariencia de continuidad frente a cualquier innovación. Estas ficciones resultan del formalismo jurídico y de la tendencia del lenguaje jurídico hacia los eufemismos, pero están lejos de constituir meras figuras estilísticas²¹.

Lo cierto es que la problemática relativa a la interpretación literaria y la jurídica es muy diversa, prácticamente lo único que tienen en común es la palabra "interpretación". Está claro que los críticos literarios no van a resolver las dificultades que plantea la interpretación constitucional. Tampoco se trata de caer en el nihilismo de los deconstructivistas y CLS para reivindicar el carácter meramente subjetivo y arbitrario de toda interpretación jurídica. El proceso de elaboración de un texto literario y su

21. Puede sorprender que se acuse a un traficante de drogas, que delega en sus subordinados la venta y distribución, de "tenencia preordenada al tráfico", lo que significa que será castigado "como si" las poseyera. Así, el traficante de drogas que evita hábilmente el contacto personal con la mercancía, es castigado como poseedor para demostrar que su sagacidad no es distintivo de superioridad moral. Cf. Ley Orgánica 8/83 de 25 de junio, que modifica el art. 344 del Código Penal.

función social es muy distinta de la de los textos jurídicos, lo cual repercute en las tareas hermeneúticas. Veamos por qué²².

Partimos de la ambigüedad semántica como factor común al texto jurídico y al literario objeto de interpretación. Sin embargo la trascendencia de la imprecisión en ambos tipos de lenguaje está condicionada por la naturaleza de la materia que incorporan. El fin inmediato de la literatura es puramente estético, mientras que el Derecho se concibe como un medio autorizado de poder social. La literatura admite una serie de licencias estilísticas que permiten incluso una diversidad de interpretaciones por parte de los lectores-intérpretes. Cualquier imprecisión semántica en el lenguaje jurídico se ve como una laguna que atenta contra el dogma de la plenitud del ordenamiento. El texto jurídico ideal debe responder a las exigencias de la seguridad jurídica y evitar en lo posible la arbitrariedad y la incertidumbre. Además, el intérprete ha de respetar el sistema de fuentes establecido y los cánones hermenéuticos. De manera que una interpretación objetiva y unívoca es incluso una exigencia de justicia que se concreta en el principio de igualdad ante la ley.

Hemos visto cómo el texto literario puede permanecer abierto a múltiples interpretaciones y significados. Esto ha llevado a cuestionar la identidad de la obra literaria, como si la esencia del texto dependiera del resultado de la interpretación²³. Si esto fuera así, cabría también plantear qué interpretación es la correcta. A falta de criterios hermenéuticos literarios estables, los críticos literarios de las *reader-centered schools* han acudido al artificio metodológico del super-lector, lector ideal o del lector informado.

22. Cf. Aulus AARNIO, "Sobre la Ambigüedad Semántica en la Interpretación Jurídica", *Doxa*, 1987, n° 4, pp. 109-117.

23. El concepto de literatura es asimismo problemático. Según Ellis, las obras literarias se caracterizan porque su significado es independiente del contexto específico dentro del cual se escribieron. Cf. John Martin ELLIS, *The Theory of Literary Criticism: A Logical Analysis*, Berkeley, University of California Press, 1977, cap. 2.

Se trata de un auditorio erudito que emite su valoración de acuerdo con los principios del discurso racional al establecer los criterios de corrección. La interpretación correcta sería la que más se adecuara a las líneas de la corriente estética donde estos superlectores, capaces de hallar la respuesta correcta, sitúan la obra literaria.

La tesis de la respuesta correcta del juez Hércules sigue siendo problemática, pues lo jurídico tiene una dimensión de interacción social que lo literario desconoce. El Derecho exige una aceptabilidad general de la comunidad jurídica que se concreta en sus relaciones con el poder, la interpretación, la eficacia, la vigencia y la justicia. Ello implica que un auditorio jurídico coherente ha de adoptar un punto de vista relativista y plural que como mucho puede concretarse en la regla democrática de las mayorías, con todas sus limitaciones.

Aunque autores como Aarnio consideran que el argumento democrático puede ser distintivo de lo jurídico, el criterio de la mayoría, unido a la vigencia temporal y a cierta dosis de escepticismo sobre la objetividad de la interpretación, sirvió a George Orwell para fundamentar los juicios estéticos sobre la calidad de los textos literarios²⁴.

William Eskridge y Philip Frickey proponen una combinación entre el intencionalismo (*intencionalism*) para interpretar textos

24. Orwell se sitúa en la misma línea iniciada por Platón y Nietzsche acerca de la dúsosa fiabilidad de los juicios estéticos del pueblo sobre el arte (música y teatro respectivamente), Cf. Javier DE LUCAS, "Sobre el Origen de la justificación Paternalista del Poder", *Doxa*, 1988, nº5, p. 247 n.

George ORWELL, "Lear, Tolstoy, and the Fool", en Sonia Orwell and Ian Angus, eds., *Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, London, Secker & Warburg, 1968, vol. 4, p. 290 "Ultimately there is no test of literary merit except survival, which is itself merely an index to majority opinion".

jurídicos y la nueva crítica para interpretar los literarios²⁵. El intencionalismo coincide con los postulados de la interpretación subjetiva que atiende a la *voluntas legislatoris*. En este caso, el lector-intérprete ha de conectar con la mente del escritor-legislador. La corriente opuesta está integrada por la crítica centrada en la "*reader response school*", donde se afirma que cada lector va re-creando la obra literaria. Mientras la nueva crítica considera al texto literario como una obra de arte, con personalidad propia y una estructura concreta, cuya interpretación no precisa de detalles referentes a la biografía de su autor o a su escritura. Tampoco ve a la literatura como un medio plástico donde cada lector expresa su propia creatividad. Kenneth Abraham establece un paralelismo entre el formalismo jurídico y la nueva crítica, dado que comparten un interés común por el texto como objeto independiente susceptible de un análisis semántico centrado exclusivamente en el lenguaje. A su vez, el realismo jurídico conectaría con la crítica literaria deconstructivista, donde el lector, en su calidad de sujeto autónomo, crea el texto²⁶.

Ronald Dworkin ha adoptado una postura intermedia dentro de la "Nueva crítica". Según Dworkin, nuestra elección entre varias interpretaciones literarias alternativas, se resuelve cuando decidimos cuál es la más coherente y la más estética. Este mismo modelo es aplicable a la interpretación de textos jurídicos, aunque en este caso el criterio sería más político que estético²⁷. Dentro de esta corriente, Frank Kermode se muestra más ecléctico al

25. Cf. William N. ESKRIDGE, Philip P. FRICKEY, *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*, St. Paul, West Pub. Co., 1988.

26. Cf. Kenneth S. ABRAHAM, "Statutory Interpretation and Literary Theory: Some Common Concerns of an Unlikely Pair", *Rutgers Law Review*, 1979, vol. 32, n° 4, p. 679.

27. Ronald DWORKIN, "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, 1982, vol. 60, p. 527 en relación con *Law's Empire*, London, Fontana, 1991, p. 226 "Law as integrity ... is both the product of and the inspiration for comprehensive interpretation of legal practice"

reconocer que la "reader response school" ha puesto de manifiesto la textura abierta de algunas obras literarias y la participación del lector en la formación del discurso estético en torno al texto²⁸.

Por último, la dinámica propia de cada disciplina determina que en algunos casos la interpretación literaria pueda ser más libre que la jurídica²⁹. Los críticos literarios actúan en un mercado mucho más competitivo que el de los jueces. Mientras la originalidad de los primeros ha de superar el filtro de los otros críticos y del público; los jueces que firman las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional no han de convencer a nadie de la rectitud de su interpretación, pues su palabra es ley. Además, la interpretación se nutre de legislación y viceversa. En este sentido, una interpretación jurídica demasiado vaga disuade al legislador de promulgar nuevas normas sobre la materia pues desconoce cuál es el verdadero alcance de la normativa que promulga. El principio de unidad de doctrina, aconseja una uniformidad en la interpretación jurídica que no es exigible en la interpretación literaria.

El punto de intersección entre la teoría de la interpretación jurídica y la literaria está constituido por las omisiones deliberadas. Por ejemplo, Homero nunca describió el aspecto físico de Helena de Troya en la *Iliada*, ni Kafka resultó muy explícito al relatar la metamorfosis de Gregor Samsa en escarabajo. En ambos casos, los autores tenían sus razones para desdibujar al personaje. Del mismo modo, el legislador puede adoptar deli-

28. Cf. Frank KERMODE, *The Genesis of Secrecy: On the Interpretation of Narratives*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1979.

29. Charles W. COLLIER, "The Use and Abuse of Humanistic Theory in Law: Reexamining the Assumptions of Interdisciplinary Legal Scholarship", *Duke Law Journal*, 1991, vol. 41, n° 2, p. 254 "Unlike the poet, who is presumptively free to create ideas out of thin air, the judge is expected to adhere to established rules and principles in construing and applying the law...Adjudication derives legitimacy and thereby authority, from its apparent fidelity to original texts and principles in construing and applying the law".

beradamente la decisión de redactar una disposición con cierta ambigüedad. Es posible que no se haya llegado a un acuerdo, pero sea preferible no retrasar indefinidamente la promulgación de la norma.

No deja de sorprender que los autores partidarios de la similitud entre la interpretación literaria y la jurídica, no especifiquen qué género literario es el más análogo al Derecho. En general, el teatro parece el más acertado. En un drama no sólo interviene el autor y el lector, sino también un equipo integrado por los actores y el director equivalente a los abogados y el juez. Dworkin equipara la interpretación constitucional a la composición de una novela por entregas (*chain novel*) donde cada capítulo se escribe por un autor distinto que a su vez deja unas directrices para su sucesor. De manera que cada nuevo autor tiene menos libertad que el anterior. Según Dworkin, el juez que debe interpretar primero el texto constitucional es como el autor del capítulo segundo, mientras que el juez que ha de interpretar un texto que ya había sido interpretado previamente, es como el autor de algunos de los otros capítulos. Este paralelismo tiene la dificultad de situar a los jueces que interpretan la constitución en el mismo plano que el legislador, además el juez puede discrepar de las interpretaciones precedentes siempre que lo justifique.

Influido por el aparato analítico de Wittgenstein, Fish ha insistido en las limitaciones de la teoría literaria en relación con la interpretación jurídica. En primer lugar, el significado, lejos de estar en el texto, es el que da cada lector. Si se alcanza un consenso sobre la interpretación, es gracias a la presencia, tanto en el Derecho como en la literatura, de intérpretes dotados de autoridad, ya sean jueces o críticos con prestigio. Cada comunidad de intérpretes elabora una serie de convenciones, tácitas o explícitas, privativas de su categoría profesional. Estas, a su vez, sirven para determinar la competencia y valía de sus miembros. Así, cualquier referencia a la razón o a métodos científicos que

queden fuera de estas convenciones es puramente superflua³⁰. A su juicio, las teorías de la interpretación tienen una influencia muy escasa en la práctica pues en definitiva se dedican a racionalizar sus resultados. Sin embargo, el escepticismo de Fish y sus comunidades hermeneúicas de profesionales no sirven de guía en esta materia. Da la impresión que Fish se contenta con censurar las teorías de la interpretación existentes en lugar de proponer una sustitutiva³¹.

3. DERECHO Y LITERATURA, EL POSTESTRUCTURALISMO, CRITICAL LEGAL STUDIES Y LA SEMIÓTICA JURÍDICA

El "Derecho y Literatura" puede operar como vehículo para incorporar parte de las propuestas de CLS, y aquí es donde radica su papel más relevante. CLS muestra su escepticismo sobre el carácter neutral y objetivo del Derecho, entendido como un producto de la ideología capitalista. Los "Crits" quieren acabar con esa ideología, con la tradición de pensamiento occidental que la fundamenta y con el sistema jurídico que la ampara y legitima. CLS coincide con Derecho y Literatura en dos aspectos. Muchos

30. Christopher NORRIS, "Law, Deconstruction and the Resistance Theory", *Journal of Law and Society*, 1988, vol. 15, n°2, p. 171 "External criticism does not make sense to members of the relevant community". Norris desarrolla esta tesis en *Deconstruction and the Interests of Theory*, London, Pinter, 1988.

31. V. David LUBAN, "Fish Versus Fish or, Some Realism about Idealism", *Cardozo Law Review*, 1986, vol. 7 p. 693, en relación con Stanley Fish, "On Legal Autonomy", *Mercer Law Review*, 1993, vol. 44, pp. 739-741 .

Sobre la falta de operatividad de la tesis de Fish, v. Costas DOUZINAS, Ronnie WARRINGTON y Shaun MACVEIGH, *Postmodern Jurisprudence. The Law of text in the Texts of Law*, New York, Routledge, 1993, pp. 137-139. Stanley FISH, "Theory is entirely irrelevant to the practice it purports to critique and reform. It can neither guide that practice, nor disturb it", "Denis Martínez and the Uses of Theory", *The Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, p. 1797.

de sus partidarios ven en la literatura el vivo reflejo del carácter represivo de las instituciones sociales, entre las que se encuentran las jurídicas³². Otros se amparan en la crítica literaria de las *reader-centered schools* y su escepticismo hacia cualquier tipo de interpretación con pretensiones de objetividad, para negar el carácter impersonal de las normas jurídicas como expresión del Derecho.

Resulta evidente que la literatura es el cauce más idóneo para exportar la obra de Nietzsche, Wittgenstein, los hermeneutas

32. Cf. Robin WEST, "Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law", *University of Pennsylvania Law Review*, 1986, vol. 134, p. 817. Según Posner, las transacciones voluntarias entre agentes económicos se basan en la maximización de la riqueza. Este tipo de operaciones puede ser deseable desde el punto de vista moral porque favorece el bienestar y la autonomía. Robin West niega la verosimilitud de la tesis de Posner a partir del análisis de la obra de Kafka. Los personajes kafkianos muestran que a menudo el consentimiento de las partes depende muchas veces del deseo de sumisión a la autoridad, de manera que la justificación moral de la maximización de la riqueza descansa en una concepción equivocada de la teoría de las motivaciones humanas. Cf. "Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner", *Harvard Law Review*, 1985, vol. 99, pp. 384-428.

En la misma línea de análisis, Robin Paul Malloy, ha puesto en práctica sus conocimientos sobre Derecho y literatura para comparar la maximización de la riqueza posneriana con el monstruo de Shelley. Según Malloy, Posner ha perdido el control sobre su criatura y ha fabricado un verdadero Frankenstein que tras adquirir vida propia amenaza con desarticular los valores básicos de la sociedad, cf. Paul Robin MALLOY, "Is Law and Economics Moral?", *Valparaiso University Law Review*, 1990, vol. 24, pp. 159-160, en relación con Mary Wollstonecraft SHELLEY, *Frankenstein, or the Modern Prometheus*, London, Lackington, Hughes & Jones, 1818.

Cf. Terry EAGLETON, *William Shakespeare*, Oxford, Basil Blackwell, 1986.

Edward SAID, en una entrevista reciente, destacaba los riesgos de considerar la crítica y la teoría literaria como "expresión de la identidad personal", al afirmar "no creo en una literatura de los negros sólo para los negros; no creo en una literatura de mujeres solamente para mujeres", "La Razón de la Discrepancia", *El País*, 19-VI-1993, p. 15.

alemanes, Derrida y otros postestructuralistas, a las Facultades de Derecho norteamericanas. Jacques Lacan, con su aplicación de la lingüística al estudio del psicoanálisis, es uno de los autores claves de esta corriente. Lacan construyó un sistema de oposiciones entre significantes hasta llegar a establecer una estructura lingüística. De manera que la personalidad es la articulación estructural de diferentes planos de lenguaje. Al postular que el subconsciente estaba estructurado como el lenguaje, pudo introducir a un sujeto (ego) susceptible de modificar el objeto teórico precisamente mediante el lenguaje. Michel Foucault también contribuyó notablemente al desarrollo de la crítica literaria centrada en el análisis de los aspectos semánticos del texto (significado) y la relación sujeto-verdad-objeto. La propuesta de Foucault se concreta en el estudio de los distintos modos de objetivación del sujeto a través de los procedimientos y técnicas que se utilizan en los contextos institucionales para actuar sobre el comportamiento de los individuos aislados o en grupo. Estas relaciones de poder determinan la formas de gobierno y la objetivación-caracterización del sujeto como alienado, marginado, delincuente... de acuerdo con el discurso político.

La crítica postestructuralista a la teoría de la interpretación jurídica plantea dos dificultades. Por un lado, genera una tensión entre aspectos políticos y teóricos. Si la interpretación objetiva es imposible, este escepticismo extremo también se extiende a las bases de la crítica radical que vería muy mermadas sus pretensiones de cambio social. Pues sus propuestas también podrían ser tachadas de contingentismo histórico, subjetivismo, de incorporar cierto sesgo ideológico³³... Por otra parte, el postestructuralismo no ha sido capaz de eliminar a otros enfoques rivales en la crítica literaria que centran sus esfuerzos en reconstruir las intenciones del autor.

33. Cf. Stanley FISH, "Anti-Professionalism", *Cardozo Law Review*, 1986, vol. 7, pp. 645, 656-661.

La falta de unanimidad sobre la naturaleza de la interpretación tanto en el Derecho como en la literatura, permite hablar de dos corrientes³⁴. Dentro de la crítica literaria, se consideran positivos los diversos tipos de hermeneútica, desde Gadamer hasta E. D. Hirsch. En el plano jurídico, las teorías que se integran en la corriente positiva son las que van de Kant hasta Kelsen, Rawls y Dworkin. Los teóricos positivos afirman que todos los textos, literarios o jurídicos, tiene una interpretación adecuada. Las diversas versiones de "la teoría de la respuesta correcta" (*right answer theory*) difieren en lo relativo al procedimiento empleado para encontrarla³⁵. Algunas apelan a la intención/voluntad del autor (intencionalistas), otras a la estructura formal del texto (nueva crítica americana y estructuralismo francés), al soporte de alguna teoría sustantiva de la justicia o de la moralidad o a los dictados de una comunidad autorizada de intérpretes.

Las teorías negativas coinciden en negar la existencia de una interpretación correcta de los textos jurídicos o literarios, pues en cualquier caso no es posible hallar un método de verificación. Los textos están abiertos a múltiples interpretaciones a la luz de la realidad política o social. El Derecho se concibe como un discurso mitificador que asegura su propia autoridad y poder al acomodar un "ser" contingente integrado por las desigualdades y los efectos de la injusticia social, a la percepción de un "deber ser" coherente con los postulados del liberalismo. Las teorías de Foucault, el primer Derrida, el último Barthes y CLS sirven de

34. Seguimos la clasificación propuesta por Christopher NORRIS en "Law, Deconstruction, and the Resistance to Theory", *Journal of Law and Society*, 1988, vol. 15, nº 2, pp. 166-167.

35. Cf. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, pp. 82-90 en relación con "No Right Answer?" en *Law, Morality and Society*, P. Hacker y J. Raz eds., 1977, p. 58.

base para eliminar esos *non sequitur* lógicos del Derecho y revelar sus contradicciones³⁶.

Stanley Fish describe con acierto los objetivos de CLS al afirmar que sus miembros sufren de "anti-foundationalist theory-hope". En definitiva, esperan demoler las bases tradicionales de todas las disciplinas al demostrar que la verdad y la justicia son meras interpretaciones o creaciones de una determinada corriente ideológica. Sin embargo caen en una especie de suicidio dialéctico al no medir sus postulados con el mismo rasero y creerse en posesión de la verdad de forma igualmente dogmática³⁷. Mientras que la parte desmitificadora de su proyecto, conocida con el nombre de depuración (*trashing*), no difiere mucho del escepticismo de pragmatistas como Fish, sus ansias de cambiar el mundo son un tanto contradictorias³⁸. Sus aspiraciones políticas podrán ser bien más o menos acogidas, según el único criterio decisivo constituido por los estándares profesionales de la comunidad de jueces, abogados y universitarios. Si se admiten, CLS no

36. El "negativismo" de DERRIDA se advierte en sus primeras obras, sobre todo en "Edward Jabes and the Question of the Book", *Writing and Difference*, Chicago, University of Chicago Press, 1978, pp. 64-78 y el artículo que le hizo famoso en USA, "Structure, Sign and Play in the Discourse of Human Sciences", op. cit, pp. 278-294. Sin embargo, en sus últimos trabajos se advierte un acercamiento al racionalismo. Cf. "Economimesis", *Diacritics*, 1981, vol. XIX, pp. 3-20; "Of an Apocalyptic Tone Recently Adopted in Philosophy", *Oxford Literay Review*, 1984, vol. VI, n° 2, pp. 3-37.

Las obras más representativas de CLS en este campo son Joseph William SINGER "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, 1984, vol. 94, pp. 1-70; Mark KELMAN, "Trashing", *Stanford Law Review*, 1984, vol. 36, pp. 293-348; Peter FITZPATRICK y A. HUNT, eds., *Critical Legal Studies*, Oxford, Blackwell, 1988.

37. Cf. Stanley FISH, "Denis Martínez and the Uses of Theory", *The Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, p. 1796.

38. Este sería el único punto de conexión entre Critical Legal Studies y el pragmatismo según Magaret J. RADIN y Frank MICHELMAN, en "Pragmatist and Poststructuralist: Critical Legal Practice", *University of Pennsylvania Law Review*, 1991, vol. 139, pp. 1019-1037.

podrá ser tan radical, y si son rechazados, habrá fracasado en su intento de convencer a esta audiencia. En cualquier caso, los únicos argumentos efectivos son los que apelan a principios y razones aceptadas por estos intérpretes relevantes. El consejo de Fish es que entre caer en el ostracismo político o la contradicción interna, lo mejor que pueden hacer es precisamente admitir que todas las teorías son meras opiniones.

CLS es mucho más vulnerable a los ataques del pragmatismo que la deconstrucción. Sus intentos de deslegitimar el ordenamiento jurídico les obligan a generalizar en exceso y por ello no se ocupan de analizar las cuestiones concretas que figuran en textos determinados. De manera que después de identificar las contradicciones y antinomias del sistema, transforman sus pretensiones en una ortodoxia alternativa al considerar que cualquier alusión al significado, a la verdad o una teoría de la interpretación implica un intento de racionalización. Además, al afirmar con carácter general que cualquier teoría es una forma de retórica, también descalifican la suya.

La semiótica trata a los textos como sistemas de signos que adquieren su significado a través de la cultura para identificar las normas que les dan sentido. Según la mayoría de estos autores, el lenguaje constituye un sistema de significados a través de los signos lingüísticos. Tras un cuidadoso análisis semiótico, Bernard Jackson concluye que los distintos tipos de textos jurídicos, instituciones y prácticas que solemos identificar con el Derecho no remiten a un referente unitario ni a un ordenamiento jurídico susceptible de erigirse en una materia coherente de estudio. Este enfoque estructura el Derecho en tres sistemas semióticos independientes: el legislativo, el doctrinal y el judicial. Cada uno de ellos posee sus propios grupos semióticos de emisores y receptores de mensajes jurídicos, así como sus propias estrategias y contextos de acción. Ello justifica el estudio separado de estos

tres tipos de actividades jurídicas con sus propios actores, audiencias y organización³⁹.

El auditorio académico constituye la audiencia primaria del sector doctrinal⁴⁰, mientras que el discurso judicial, es el más complejo al admitir la posibilidad de normas en conflicto⁴¹. En *Semiotics and Legal Theory* (1985) Jackson sitúa a jueces y universitarios en la audiencia primaria y mantiene una postura muy similar a la de Fish al relacionar la interpretación con la categoría profesional. Sin embargo, en *Law, Fact and Narrative Coherence* (1988) amplía considerablemente la audiencia del sector judicial, al incluir también a las partes en litigio, cuyas pretensiones han de admitirse o rechazarse, y en general a todos los destinatarios de las normas.

Como los jueces intervienen al menos en tres tipos de discursos, cada uno estructurado de forma distinta y con normas de clausura propias⁴², sus sentencias también contienen elementos de tipo legislativo, judicial y doctrinal. Dentro de una sentencia judicial, el discurso doctrinal suele emplearse para justificar los fundamentos de Derecho propios del razonamiento jurídico y su clausura es conceptual. Sin embargo, las sentencias sirven para resolver conflictos y en este sentido, cabe distinguir el

39. Bernard S. JACKSON, *Semiotics and Legal Theory*, London, Routledge, 1985, pp. 276-310.

40. Bernard S., JACKSON, *Semiotics and Legal Theory*, London, Routledge, 1985, p. 291 "In legal doctrine, composed of propositions about legal norms, conflicting norms cannot co-exist". B. S., JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988, p. 142 "Doctrine is used by those for whom the exercise of reason is often as important, or even more important, than the outcome itself".

41. John P. ZOMCHICK, *Family and the Law in the Eighteenth-Century Fiction: the Public Conscience in the Private Sphere*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 31 "Narrative appropriates juridical ideology as one means of setting conflicts and reconciling contradictions as it attempts to make culture whole, intelegible, and finally commodious".

42. Las normas de clausura son las que tratan sobre la resolución de conflictos.

discurso de reconocimiento judicial a partir de los fundamentos de hecho que se clausura pragmáticamente tras la victoria de una de las partes, del nivel legislativo constituido por los *obiter dicta* y las disposiciones de carácter general.

El nivel doctrinal de Jackson puede estructurarse analíticamente en dos subniveles: a) el primer subnivel está constituido por los discursos abstractos y teóricos que describen al Derecho en general como un conjunto unitario y coherente y tratan de justificar sus respuestas; b) en el segundo subnivel hallamos el discurso doctrinal en sentido estricto o dogmática jurídica que muestra algunas secciones del conjunto normativo como relativamente independientes y coherentes mediante deducciones o inducciones lógicas o acudiendo a la argumentación por analogía. La dogmática jurídica aplica su labor de síntesis y legitimación a materias más restringidas⁴³.

Este tratamiento del discurso judicial revela un deseo de unidad, coherencia y totalidad. Según Derrida, este logo-nomocentrismo responde a la necesidad ideológica de presentar el poder político como un poder legítimo⁴⁴. Por ejemplo, Dworkin insiste en presentar el Derecho como un sistema unitario y coherente, pero admite que el requisito de la coherencia está íntimamente relacionado con la justificación de la coerción estatal⁴⁵. Junto a esto encontramos la lectura nihilista de CLS, que trata de depurar desde fuera las pretensiones ideológicas de la jurisprudencia ortodoxa, al participar en su deconstrucción.

43. Por ejemplo a las "obligaciones y contratos" en Derecho civil.

44. Cf. Jacques DERRIDA, "Limited Inc", *Glyph*, 1977, n° 2, p. 236 "Logocentric philosophy keeps returning to an origin or to a *priority* seen as simple, intact, normal, pure, standard, self-identical, in order then to conceive of derivation, complication, deterioration, accident etc..."

Para verificar este dato, sería necesario examinar las estrategias propias de la crítica moderna de las ideologías, empezando por la hermeneútica de la sospecha desde Marx, hasta la Escuela de Frankfurt y el neo-marxismo, lo cual queda fuera de los propósitos de este análisis.

45. Cf. Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana, 1986, p. 190.

Estos niveles de lectura forman parte del proyecto deconstructivista más radical. El reto planteado por Fish sobre su posible éxito es una cuestión analítica distinta. Como la filosofía del Derecho se dirige principalmente a un auditorio académico, parece razonable juzgar sus logros a partir de su recepción por la comunidad científica. El acoso y los intentos de censura que han sufrido algunos representantes de CLS por parte de los sectores más tradicionales, muestra que al menos se les considera peligrosos. Una contra-ideología puede provocar la revisión del paradigma dominante. En cualquier caso, su triunfo o su fracaso debe estimarse dentro del juego del lenguaje adecuado y en relación con la audiencia que le es propia.

Stanley Fish reconoce el carácter cerrado, coherente y unitario del sistema jurídico, pero, al igual que Hart y Rorty, admite que esta coherencia es observable sociológicamente a través de la práctica de una comunidad hermeneútica de operadores jurídicos. El pragmatismo se distancia así de Kelsen y Gadamer, al evitar el recurso a la *Grundnorm* o a los principios de Dworkin como hipótesis necesarias para la existencia del sistema. El debate Fish-Dworkin se centra en determinar si la unidad del sistema es empírica (real) o interpretativa (construida).

Fish desde el pragmatismo y Dworkin desde el liberalismo coinciden en que las teorías de la interpretación comparten el mismo juego del lenguaje, el Derecho como objeto reificado, y pertenecen al mismo grupo semiótico. Sin embargo, cuando algunas sentencias judiciales concretas no siguen un sistema unitario de principios, ni los dictados ya consagrados del razonamiento jurídico, Fish concluye que la teoría no puede aportar nada⁴⁶, mientras que Dworkin trata de negar la evidencia. Sin embargo, creo que la situación es algo distinta.

46. V. Stanley FISH, "Fish versus Fiss", *Stanford Law Review*, 1984, vol. 36, p. 1325 "Theory just doesn't matter; it's immersion in rhetorical practice that counts".

La teoría de la argumentación jurídica está limitada por el nivel doctrinal del discurso. Pero este nivel es más amplio que el previsto por Derecho y Literatura, como han demostrado estudios recientes⁴⁷. Las contradicciones doctrinales aparecen incluso en el nivel más coherente del discurso. No obstante, la insistencia en la naturaleza ideológica del discurso jurídico doctrinal no impide que este nivel influya considerablemente tanto durante el proceso como en la sentencia. Tampoco se trata de caer en el nihilismo de CLS y eliminar el valor de cualquier doctrina, simplemente porque se advierten fallos en el razonamiento jurídico. La sentencia judicial está imbricada en el intertexto, inmersa en formaciones no exclusivamente jurídico-discursivas, como la moral, la historia... que por un lado se integran y por otro son rechazadas por la dinámica del propio juicio en su intento de distanciarse de esos otros campos⁴⁸. Incluso el juez Posner admite que su interés por este movimiento ha aumentado su sensibilidad hacia el excesivo formalismo del Derecho⁴⁹. Fish afirma que cabe hablar de la doctrina jurídica como una teoría de la interpretación con coherencia normativa, si puede probarse que los jueces la siguen. Pero este requisito parece poco viable porque, en la práctica, de la lectura de la sentencia pueden deducirse algunas estrategias doctrinales y discursivas que no responden a los requerimientos de Fish. Sucede que en el ámbito

47. Cf. Clare DALTON, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", *The Yale Law Journal*, 1985, vol. 94, p. 997 y Gerald E. FRUG, "The Ideology of Bureaucracy in American Law", *Harvard Law Review*, 1984, vol. 97, p. 1276.

48. Cf. Peter GOODRICH, "Simulation and the Semiotics of Law", *Textual Practice*, 1988, nº 2, pp. 180-199.

49. Richard POSNER, "Remarks on Law and Literature", *Loyola University of Chicago Law Journal*, 1992, vol. 23, nº 2, p. 182 "One of the things that judges feel is a series of tensions between various senses of law as a form and rule on the one hand, and on the other hand as the rendering of substantial justice...Literature can make us-the judges and other members of the legal community- more sensitive to this point".



estrictamente jurídico podemos distinguir entre interpretación, justificación y toma de decisiones. La literatura, al igual que el Derecho, tampoco puede concebirse como un único sistema discursivo o semiótico susceptible de una sola teoría de la interpretación⁵⁰.

50. Charles W. COLLIER, "The Use and Abuse of Humanistic Theory in Law: Reexamining the Assumptions of Interdisciplinary Legal Scholarship", *Duke Law Journal*, 1991, vol. 41, n° 2, p. 271 "...if judicial opinions had been written by poets and philosophers, they would merit critical comparison with the primary sources of those disciplines. Unfortunately, they are written under the severe pragmatic constraints of a most unusual social and historical institution that necessary values institutional authority over true intellectual authority...The willful disregard of these inherent limitations of legal method can be explained by an anxiety of influence notion, but it cannot be so justified".