

LITERATURA Y DERECHO

En este número inauguramos una nueva sección en nuestra revista en la que pretendemos comenzar a construir "un puente entre la literatura y el derecho"¹ con la intención de enriquecer el saber jurídico. Aún podemos discutir cuál es el objeto de dicho saber, pero no nos quedan dudas de lo valiosa que resulta la interdisciplinariedad con otros conocimientos, entre ellos, la literatura. El lector puede preguntarse ¿qué puede aportar la literatura al derecho? Para responder a este interrogante, nos vemos obligados a definir a la literatura y su función en nuestra sociedad, para luego delinear el aporte que puede brindar al derecho en particular. Encontramos múltiples opiniones al respecto, pero preferimos destacar la de Jean Paul Sartre que, con sencillez y claridad, sostuvo: "...lo que hay que hacer, es mostrar al hombre en la infinita red de sus relaciones con un horizonte, y tomarlo como tema. Para mí, en suma, la literatura tiene una función de realismo, de amplificación [...] además, una función crítica. Función, por otra parte, que asume por sí misma: el hombre no necesita saberse crítico para serlo. Estos tres elementos me parecen indispensables: tomar al hombre, mostrar que está vinculado al mundo en su totalidad, hacerle sentir su propia situación, para que se encuentre en ella, y se encuentre a disgusto, y, al mismo tiempo, darle los elementos de una crítica que pueda facilitarle una toma de conciencia..."². Por consiguiente, este "puente" permitiría que el saber jurídico se acerque al ser humano y a su relación con el mundo que lo rodea, alejándose así de posturas idealistas. Esta opinión es compartida por Edgar Morin al decir que "...la ciencia es un modo de conocimiento que tiene su valor, su modo de verificación y su búsqueda de objetividad, pero también sus limitaciones... Las ciencias sociales no pueden revelar las vidas personales, los sujetos con su ambiente, sus pasiones, el odio, el amor. Pienso que si queremos comprender el mundo humano, la literatura es fundamental..."³. Por otra parte, la

¹ Expresión utilizada por Martí, Enrique E., "Derecho y literatura. Algo de lo que si se puede hablar pero en voz baja", *Derecho, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 2, 1998, p. 251.

² Conversación con Jean Paul Sartre realizada por Jorge Semprón publicada en *Cuadernos de Nueva América*, París, octubre-noviembre de 1965, esp. 3, pp. 78-86.

³ Entrevista a Edgar Morin realizada por Claudio Martyusik publicada en el diario Clarín, suplemento "Zona", 30/1/2000 cit. en Cárcova, Carlos M., "Derecho, literatura y conexiones", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1999-2000, p. 176.

literatura permite reforzar la función crítica del saber jurídico brindando nuevas armas en la lucha por un cambio de la realidad. En ello se basa la decisión de abrir esta nueva sección, que hoy comienza desde la propia redacción de *Lecciones y Ensayos*, pero que esperamos siga creciendo en el futuro con el aporte de alumnos y profesores.

El siguiente extracto pertenece al libro *Diccionario del Diabólico* de Ambrose Bierce (1842-1914). Este autor norteamericano, cuyo lapso de vida coincide con la construcción interna de su país, se alistó en uno de los bandos durante la Guerra Civil, para luego dedicarse al periodismo. Cuando tenía más de 70 años se aventuró a participar de la Revolución mexicana. Su vida fue agitada y signada por hechos trágicos, lo cual colaboró a formar su espíritu cínico y ácido.

Este libro es una recopilación de las publicaciones que realizó en un semanario desde 1881 hasta 1906. Resulta fascinante la crítica corrosiva que despliega atacando principalmente los valores e instituciones modernas, no escapando de esta crítica el derecho, entendido como orden jurídico.

En el siguiente párrafo imagina el nacimiento del derecho de un modo original.

"Satanás: s. Uno de los lamentables errores del Creador. Habiendo recibido la categoría de arcángel, Satanás se volvió muy desagradable y fue finalmente expulsado del Paraíso. A mitad de camino en su caída, se detuvo, reflexionó un instante y volvió. —Quiero pedir un favor —dijo—. ¿Cuál? —Tengo entendido que el hombre está por ser creado. Necesitará leyes. —¿Qué dices miserable! Tú, su enemigo señalado, destinado a odiar su alma desde el alba de la eternidad. ¿ni pretendes hacer sus leyes? —Perdón; lo único que pido, es que las haga él mismo. Y así se ordenó".

El segundo extracto de esta sección pertenece a *La isla de los Pingüinos*, la fantástica obra de Anatole France. Su nombre verdadero era Jacques Anatole François Thibault, nació en París en 1844 y falleció en Tours en 1924. Fue considerado uno de los más grandes escritores franceses, siendo galardonado con el premio Nobel de literatura en 1921. Fue un acérrimo defensor de las causas humanitarias, de los derechos civiles y laborales y de la educación popular. También resulta destacable su intervención a favor de Dreyfus.

En 1880, publica *La isla de los Pingüinos*, en donde refleja una sátira a la sociedad moderna, a partir de la evolución histórica de estas aves al convertirse en antropomorfos.

En este párrafo —a través de una conversación entre San Mael y el monje Bulloch— se desarrolla una fuerte crítica al derecho a la propiedad privada y a su fundamento.

Entonces dijo a Bulloch:

—Observo con tristeza, hijo mío, que los habitantes de esta isla, desde que se han transformado en hombres, obran con menos prudencia que antes. Cuando pertenecían al reino de las aves sólo se querrelaban en la época de celo, y al presente disputan a todas horas [...].

Precisamente en el fresco valle hay una docena de hombres pingüinos ocupados en reventarse los unos a los otros con palos y azadones, que deberían solamente aplicar a los trabajos del campo. Más crueles aún que los hombres, las mujeres desgarran con sus uñas el rostro de sus enemigos. ¿Sabes por qué se destrazan?

—Lo hacen por espíritu de asociación, padre mío, y para asegurar lo por venir —respondió Bulloch—. El hombre es, por esencia, previsora y sociable; tal es su carácter. No puede vivir sin una segura apropiación de las cosas. Esos pingüinos que veis, venerable maestro, se apropian las tierras.

—¿No podrían apropiárselas menos violentamente? —preguntó el anciano—. ¿No veis, hijo mío, aquel que, furioso, arranca con los dientes la nariz de su adversario, y ese otro que aplasta la cabeza de una mujer con una piedra enorme?

—Los veo —respondió Bulloch—. Ahora crean el derecho y fundan la propiedad, establecen los llamados principios de la civilización, las bases sociales y los cimientos del Estado.

—¿Cómo es posible? —preguntó el anciano Mael.

—Amojonan los campos. Éste es el origen de toda organización social. Vuestros pingüinos, venerable maestro, realizan augustas funciones. Su obra será consagrada por los legisladores, protegida y confirmada por los magistrados a través de los siglos.

Mientras el monje Bulloch pronunciaba estas palabras, un robusto pingüino de piel blanca y pelo rojo atravesaba el valle cargado con una enorme maza. Acercóse a un humilde pingüino que regaba sus lechugas abradado por el sol, y le gritó:

—¿Tu campo es mío!

Después de pronunciar estas palabras dominadoras, golpeó con la maza la cabeza del hortelano, el cual se desplomó sobre la tierra cultivada por sus afanes.

Entonces el santo varón Mael [...] con la voz ahogada por el dolor y el miedo, dirigió al cielo esta súplica:

—Dios mío, Señor mío, Tú, que recibes los sacrificios de Abel; Tú, que maldices a Caín, vengo, Señor, a este inocente pingüino inmolado en su huerta y haz sentir al asesino el peso de tu brazo. ¿Habrá crimen más odioso ni más grave ofensa a tu Justicia, Señor, que este asesinato y este robo?

—Cuidado, padre mío —dijo Bulloch suavemente—, pues lo que llamáis robo y asesinato es la guerra y la conquista, fundamentos sagrados de los im-

perios, origen de todas las virtudes y de todas las grandezas humanas. Reflexionad que si vituperáis al robusto pingüino escarneceis el principio y raíz de toda propiedad. No me costaría mucho trabajo demostrarlo. Cultivar la tierra, es una cosa, y otra cosa es poseerla: no debe haber confusión entre ambas. En materia de propiedad, el derecho del primer ocupante es incierto e infundado; el derecho de conquista descansa en sólidas cimientos; es el único respetable, por ser el que se hace respetar. La propiedad tiene por única y glorioso origen la fuerza, principia y se conserva por la fuerza. Así, es augusta y sólo cede a una fuerza mayor; por esto puede llamarse noble a todo el que posee. Y ese pingüino rojo y forzado que despacharra al trabajador para quitarle su huerta, acaba de fundar una muy noble casa. Voy a felicitarle.

Después de hablar así, Bulloch se acercó al robusto pingüino [...]. Y después de inclinarse el monje casi hasta dar con la cabeza en el suelo, le dijo:

— Señor Greatank, príncipe temido, vengo a rendiros homenaje como fundador que sois de un poder legítimo y de una riqueza hereditaria. Sepultado en vuestro territorio el cráneo del vil pingüino a quien derrotasteis, arraigarán para siempre los sagrados derechos de vuestra propiedad sobre este suelo, ennoblecido por vuestra conquista [...].

Bulloch puede ser considerado, pues, como fundador del Derecho Civil en la Pingüinia.

El texto es muy rico en su conjunto y generará seguramente múltiples comentarios. Por nuestra parte nos gustaría relacionarlo con ciertas ideas.

Es interesante tomar por un momento la definición de derecho real de Aubry y Rau, en donde se sostiene que este derecho existe cuando una cosa se encuentra sometida al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a toda otra persona. Como observamos, la naturaleza del derecho real estaría dada por su oponibilidad *erga omnes*. Esta oponibilidad se garantiza al titular del derecho cuando tiene acceso a medios jurídicos coercitivos —en las sociedades modernas a través de las acciones reales—. En el fragmento de Anatole France es claro que el derecho de propiedad privada existe cuando el titular es lo suficientemente fuerte como para poder impedir que los demás se apropien de su posesión. Por lo tanto, la vigencia del derecho a la propiedad privada se garantiza sobre la base del acceso a la coerción.

Otro aspecto interesante es que el derecho de propiedad privada y, consecuentemente, el Derecho Civil tienen origen en un hecho ("Ser"), en un acto de fuerza. Por lo tanto, la distinción entre ser y deber ser "inmediatamente dada a nuestra conciencia", según Hans Kelsen, no parece tan clara en este relato. Al menos, ni Bulloch, ni Greatauk parecen tener en la mente una norma fundamental para fundar el ejercicio de su poder, ni para derivar válidamente las normas jurídicas.

Respecto del derecho de conquista, preferimos transcribir un pasaje del libro de Engels *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*.

Veamos el imperio de los francos. En él correspondió a los salidos victoriosos la posesión absoluta no sólo de los vastos dominios del Estado romano, sino también de todos los demás inmensos territorios no distribuidos aún entre las grandes y pequeñas comunidades regionales y de las marcas, y principalmente la de todas las extensísimas superficies pobladas de bosques. Lo primero que hizo el rey franco al convertirse de simple jefe militar supremo en un verdadero príncipe, fue transformar esas propiedades del pueblo en dominios reales, robarlas al pueblo y donarlas o concederlas en feudo a las personas de su séquito.

Por último, queremos remarcar la noción de sagrado del derecho a la propiedad privada, a la cual, nuestra CSJN no se ha mantenido ajena. En el fallo "La municipalidad del Capital contra doña Isabel A. Elorondo, sobre expropiación; por inconstitucionalidad de la ley de 31 de Octubre de 1884" (sic) se dijo en el considerando undécimo: "Que con tal sistema, en efecto, para ejecutar obras de utilidad pública en un extremo de la República, por ejemplo, sería permitido expropiar bienes en el otro, y atacar arbitraria e indistintamente en todos los puntos del país el sagrado de la propiedad...".

El tercer texto pertenece a Alejandro Dumas, quien nació en 1802 en Villers-Cotterêts, al norte de París y murió en 1870. Se dedicó a estudiar profundamente la Historia, la cual nutrió muchas de sus novelas. A los 27 años, ya era un célebre escritor, destacándose también su participación en la vida política, apoyando la revolución de 1848, y a Garibaldi en Italia. En 1844 inició una serie de grandes novelas sobre los acontecimientos más singulares de la historia de Francia, entre las que se encontraba su gran obra *Los Tres Mosqueteros*. De *El Conde de Montecristo* compartiremos el siguiente extracto.

—¿Y creéis que no ofrece peligro nuestro desembarco?

—Ninguno. Los contrabandistas no son ladrones.

—Pero esos bandidos corsos... —murmuró Franz calculando de antemano todas las posibilidades.

—¡Vaya por Dios! —dijo Gaetano—. Ellos no tienen la culpa de ser bandidos, sino la autoridad.

—¿Qué decís?

—Desde luego. Les persiguen por haber hecho una piel, y nada más. ¡Cómo si el vengarse no fuera en Córcega lo más natural del mundo!

—¿Qué entendéis por haber hecho una piel? ¿Haber asesinado a un hombre? —dijo Franz prosiguiendo sus pesquistas.

—Haber matado a un enemigo, que es muy diferente —respondió el patrón.

Es evidente la influencia del positivismo, aunque primitivo, en el pensamiento de algunos personajes de esta obra. La autoridad es la que determina

quiénes son buenos y quiénes no. Esto es posible afirmarlo únicamente desde el relativismo ético, ya que no existe *mafa in se* sino *mafa prohibita*. Es ilícita aquella conducta a la cual el ordenamiento jurídico imputa una sanción. Ningún juicio de valor indica qué conductas son buenas y cuáles son malas. Así, una conducta altruista, como la beneficencia o caridad, reconocida como buena por la sociedad, sería delito si el sistema hubiese previsto la aplicación de una sanción como consecuencia de su realización. Éste es un paso fundamental en la ciencia del derecho. Permite describir los fenómenos jurídicos avalorativamente, por lo tanto, con mayor precisión.

Otro aspecto interesante para destacar es la significación jurídica de los hechos, claramente expuesta por Dumas. Desde el positivismo, el mismo acto de acabar con la vida de un ser humano va a ser considerado homicidio, defensa propia, venganza o la ejecución de una sentencia, dependiendo de lo que el ordenamiento jurídico establezca. En el caso, Franz pregunta si *haber hecho una piel* es haber asesinado a alguien. Lógicamente, el patrón interpreta el mismo hecho a la luz del ordenamiento jurídico en el que los casos se desenvuelven, y de acuerdo con éste, no es lo mismo matar a un hombre que matar a un enemigo. Lo primero, podemos suponer, está penado y lo segundo no. Entonces, *hacer una piel* —que no es delito— se diferencia del homicidio por la significación jurídica que cada hecho adquiere en virtud de las disposiciones del sistema jurídico en que son interpretados, aun cuando la conducta observada por un tercero sea idéntica en ambos casos.

También podemos encontrar a partir de este mismo extracto interesantes concordancias con la filosofía iluminista, la cual consideraba que sólo la ley determinaba los delitos y su sanción. Al respecto, uno de los principales exponentes del Iluminismo, Cesare Beccaria, sostenía que “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. La premisa mayor será la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley, de donde inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”.

Este apego por la ley penal, es manifestado también por Montesquieu al considerar que “En el Gobierno republicano es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley [...] el juez impone la pena que la ley señala para aquel hecho, para lo cual no necesita más que tener ojos”.

Este último extracto pertenece al libro *La última tentación*, y su autor es Nikos Kazantzakis, quien nació en Candia (hoy Heracleion), en la isla de Creta, y estudió en la Universidad de Atenas, donde obtuvo el título de Licenciado en Derecho. Su obra más conocida es la novela *Zorba, el griego*. También publicó diversos libros sobre temas religiosos y filosóficos, entre los que se destaca *La última tentación de Cristo* en 1951. Falleció en el año 1957.

—¡Crucificado— grió. (Rafó, el centurión)

—*Yo pronuncié mi sentencia —dijo el rabino con voz calma—, y tú pronunciaste la tuya, centurión. Pero aún debe pronunciar la suya alguien que es más grande que nosotros.*

—*¿El emperador?*

—*No, Dios.*

El centurión se echó a reír.

—*Yo soy en Nazaret la voz del emperador. El emperador es en toda la tierra la voz de Dios. Dios, el emperador y Rufa pronunciaron su sentencia.*

El rabino y el centurión invocan el derecho natural para defender sus posturas, que, obviamente, son contradictorias. Ha sido típico del jusnaturalismo servir como argumento para respaldar cualquier decisión o exigencia. Se han producido revoluciones y terrorismo de estado en nombre del derecho natural, se lo ha utilizado para justificar la democracia y el poder absoluto; no hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural. En definitiva, quien la invoca nada dice que pueda ser comprobado, porque apela a los valores —por lo general, los propios—, y éstos no son verdaderos ni falsos.

La crucifixión, sostiene implícitamente el rabino, como ejecución de una norma positiva —que es la sentencia— se contrapone con el derecho divino, por lo tanto, no es válida. Por supuesto, el rabino no nos explica cómo logró conocer la ley de dios ni cuál es su contenido.

Desde otro punto de vista, el centurión afirma que, en última instancia, es dios quien dicta la sentencia. Es admisible que el emperador haya facultado al centurión a pronunciar y ejecutar sentencias, pero lo que no puede ser explicado —sin recurrir a la magia, claro está— es de qué manera el emperador es la voz de dios en la tierra.

Hay varias formas de resolver este conflicto. La primera es aceptando que el derecho no es más que la imposición de las decisiones del más fuerte. Esto puede verse en el hecho de que si el emperador es la voz de dios, y nadie, salvo por medio de suyo, puede conocerla, no hay seguridad de que esta supuesta voz de dios no sea en realidad la voluntad egoísta del emperador. Otra forma de resolver el problema es acudiendo a una fórmula que el derecho natural ha utilizado en el pasado. Esta fórmula exigía resignarse ante una ley humana aparentemente injusta en pos de conservar la paz social —aunque en otra línea de pensamiento, el contractualismo en la voz de Hobbes también se enfrenta con esta disyuntiva de la legitimación y se asimilan en la explicación y necesidad de una herramienta, aún injusta, que asegure el orden—. El autor comienza con la descripción del hombre como un ser apasionado e insaciable, que deseará e invadirá sin cesar las posesiones ajenas; se sentirá acosado, a su vez, por los demás. Para que no lo golpeen, golpeará primero, convirtiendo el miedo en violencia. Sin embargo, esta situación natural de los hombres —guerra—, cesará en un

momento de lucidez, cuando los hombres acuerden crear un monstruo aún más violento que ellos, el Estado, para que los contenga y sujete mediante el terror.

La tercera manera de resolver el problema de la legitimación del poder en el derecho natural es que en la medida en que éste exista, no puede ser conocido por los hombres, pero es permanentemente invocado por ellos pues resulta de gran utilidad al momento de fundar o legitimar la fuerza, ya sea conservadora o revolucionaria; no es recomendable considerarlo seriamente como elemento a tener en cuenta en el análisis jurídico.