

**REFLEXIONES EN TORNO A LA LITERATURA,
EL DERECHO Y LA DEMOCRACIA**

*Comunicación de la doctora Alejandra Rodríguez Galán,
en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional,
el 28 de noviembre de 2013*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar)
en el mes de agosto de 2014.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2013 / 2014**

Presidente Académico Ing. MANUEL A. SOLANET
Vicepresidente . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF
Secretario Académico Dr. LEONARDO MC LEAN
Tesorero Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ
Prosecretario . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO
Protesorero Académico Dr. ROSENDO FRAGA

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María BIDEGAIN

REFLEXIONES EN TORNO A LA LITERATURA, EL DERECHO Y LA DEMOCRACIA

Por la Dra. ALEJANDRA RODRÍGUEZ GALÁN

“...y desdibujado notablemente aquello que propugnaba Séneca –símbolo de la filosofía estoica– en una epístola dirigida a Lucilio: “el hombre debe ser algo sagrado para el hombre” (*homo res sacra homini*).¹

“Las palabras son todo lo que tenemos.”²

“Y los hombres no han logrado aun lo que Medea pedía: curar el infortunio con el canto.”³

La reflexión sobre los vínculos entre la Literatura, el Derecho y la Democracia invita a explorar un terreno distinto del que usualmente recorreremos, un espacio de posibilidades deslumbrantes, de trama abierta, que es el de la literatura y el lenguaje, a fin de indagar –a la luz de ciertos textos escogidos– el significado del Derecho y de la Democracia.

¹ Fallos: 332:1963, voto del juez Carlos S. Fayt.

² Beckett, Samuel.

³ Gelman, Juan.

Uno de los textos propuestos es un ensayo titulado “Literatura y derecho, ante la ley” de Claudio Magris, reconocido escritor y ensayista italiano, cuya lectura me impulsó a encarar esta comunicación.

En este opúsculo escrito con motivo de un reconocimiento académico conferido por la Universidad Complutense de Madrid⁴, Magris interpela el derecho y la ley desde la literatura y lo hace con la agudeza intelectual que lo distingue.

Este ensayo, breve y ameno en su expresión artística, traduce la visión de quien ha comprendido el Derecho como manifestación cultural. Para valorarlo debemos contextualizar a Magris como un interlocutor que no es un jurista, sino escritor y ensayista, su medio es la Literatura, y se aventura a penetrar espacios que le son ajenos.

Se suma así al movimiento explorador de las relaciones entre derecho y literatura que pueden rastrearse desde los tiempos homéricos, movimiento importante en el mundo anglosajón, pero poco desarrollado en el hispano.

El debate, por cierto, no es nuevo, pero el estudio sistemático de estos lazos –a veces subyacentes– es una cuestión de desarrollo reciente. En Estados Unidos comenzó en 1973 con “The Legal Imagination”, de James Boyd White, que recopila diversa información sobre los vínculos entre ambas disciplinas y le da un enfoque axiológico. Desde entonces se han propuesto nuevas miradas y han surgido escuelas que invitan a una relectura de la literatura clásica y moderna bajo este paradigma⁵.

En “Law and Literature” Richard A. Posner⁶ ensaya una revisión exhaustiva del tema y en su condición de juez –del distrito

⁴ Conferencia magistral en oportunidad del acto de su investidura como “Doctor honoris causa” por la Universidad Complutense de Madrid, prólogo de Fernando Savater, 2006.

⁵ Cota Meza, Ramón, escritor y analista político, efectúa un interesante comentario a la obra de Magris en: <http://www.letraslibres.com/autores/ramon-cota-meza>

⁶ Posner, Richard, *Law and Literature*. Harvard University Press, edición revisada y ampliada, 1998.

de Chicago—, cuestiona severamente la pretensión de renovar el derecho, la jurisprudencia y la abogacía a partir de la literatura, pero su retórica muestra en sí misma la influencia positiva de la novela y del teatro sobre su mente de jurista. La principal impugnación de Posner a la literatura como fuente del derecho es su propensión a extrapolar los conflictos por razones dramáticas. Por cierto, la mayoría de las novelas clásicas y contemporáneas con trama legal no resistirían el rigor del análisis técnico-jurídico profesional, pero cualquiera que sea la postura ante el punto de vista de Posner, sus aportes revelan una lección de eficacia intelectual para la crítica literaria más sutil⁷.

Otra obra interesante en esta línea es “La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida”, de Jerome Bruner⁸, que reúne una serie de conferencias dictadas en un seminario animado por Paolo Fabbri y Umberto Eco en la Universidad de Bolonia. Es un libro rico en ideas y referencias bibliográficas sobre los mecanismos de la mente frente a la ley y a la operación de narrar⁹.

A diferencia de Posner —advierte Cota Meza—, Bruner encuentra afinidades profundas entre el derecho y la literatura en el hecho de que ambas disciplinas se basan en relatos. Los expedientes judiciales son relatos y las leyes mismas están vinculadas a historias de vida, experiencias concretas que las hacen necesarias. Los casos judiciales, como los relatos literarios, abundan en expectativas fracasadas, y la literatura convierte estos contratiempos humanos en géneros y así nos muestra, sin proponérselo, caminos para preverlos, para no repetirlos¹⁰.

El libro de Magris es, en mi opinión, una de las mejores contribuciones a este tema, hecha desde la concisión, la elegancia y el rigor conceptual.

⁷ Cota Meza, ob.cit.

⁸ Bruner, Jerome, *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*. Buenos Aires, FCE, 2003.

⁹ Cota Meza, ob.cit.

¹⁰ Ibídem.

En principio –sostiene Magris– toda obra de arte revela una esencia moral y es afín a una ley previa, ajena a la arbitrariedad del sentimiento. Pese a que muchas historias literarias son contrarias al derecho y a sus prácticas, ellas mismas encarnan leyes en un plano profundo siguen una coherencia interna y representan en parábolas los mensajes contenidos en mandamientos y leyes generales.

Desde los orígenes de nuestra civilización, observa Magris, “...al derecho codificado –es decir, a la ley– se contrapone la universalidad de valores humanos que ninguna norma positiva puede negar.”¹¹

Antígona es el paradigma; muestra uno de los primeros conflictos entre literatura y derecho, en donde se pone en evidencia la lucha entre dos tipos de leyes: las justas y las injustas. En la obra de Sófocles las leyes del Estado atentan contra la dignidad del hombre. Vaya encrucijada: si obedezco el mandato legal, ofenderé a la humanidad; si, en cambio, busco la dignidad, seré asesinado por el Estado. Antígona se consume en este dilema.

Señala Magris: “A la inicua ley de un Estado promulgada por Creonte, que niega sentimientos universales y valores humanos, Antígona contrapone las “leyes no escritas de los dioses”, los mandamientos y los principios absolutos que ninguna autoridad puede violar. La obra maestra de Sófocles es, sin duda, una expresión trágica del conflicto entre lo humano y la ley, que es también el conflicto entre el derecho y la ley.”¹²

El decreto de Creonte es una ley positiva con su contenido normativo específico. Frente a esa norma, Antígona opone un derecho no codificado, consuetudinario, heredado de la *pietas* y la *auctoritas* de la tradición, que se presenta como depositario mis-

¹¹ Magris, Claudio, *Literatura y derecho, ante la Ley*. Ed. Sexto piso. Madrid, España, 2008, pág. 37.

¹² *Ibíd.*

mo de lo universal. Un derecho por encima de la ley positiva. En este caso, corresponde a imperativos categóricos absolutos; Antígona es el símbolo inextinguible de la resistencia a las leyes injustas, a la tiranía, al mal.

Nos dice Magris: “Pero Antígona es una tragedia, es decir, no es sólo una nítida contraposición de inocencia pura y culpa atroz, sino un conflicto en el que no es posible asumir una postura que no comporte inevitablemente, para todos los contendientes, incluso para los más nobles, también una culpa. Sófocles, genialmente, no representa a Creonte como un monstruoso tirano; él no es un Hitler, sino un gobernante cuya responsabilidad de gobierno, de tutela de la ciudad, puede exigir que se tengan en cuenta —en nombre de la ética de la responsabilidad, por citar a Max Weber— las consecuencias, sobre la vida de todos, de una desobediencia a las leyes positivas y del posible caos que venga después.”¹³

Y explica seguidamente: “Según cuál sea la constelación histórico social, la libertad y la democracia se defienden apelando al derecho no escrito depositario de toda una tradición cultural, o a la ley positiva. Durante la República de Weimar los demócratas apelaban a las leyes positivas que castigaban las crecientes violencias antisemitas, mientras que juristas e intelectuales filonazis sostenían que esas mismas leyes no correspondían al sentir arraigado en el pueblo alemán y, por lo tanto, a su derecho profundo, y que por eso eran abstractas. Durante el nazismo, los que apelaban a las “leyes no escritas de los dioses” contra las positivas leyes raciales y liberticidas del régimen eran los opositores al nazismo.”¹⁴

“Las leyes no escritas de los dioses” de Antígona son ciertamente mucho más que un antiguo derecho heredado; se presentan no como elementos históricos, sino como elementos absolutos, como los dos postulados de la ética kantiana, el Sermón de la

¹³ *Ibidem*, pág. 51.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 52.

Montaña o el Sermón de Benarés. De forma análoga en la Ifigenia en Táuride, de Goethe –el abogado Goethe–, Ifigenia, figura de purísima humanidad, obedece, también ella, a un “mandamiento más antiguo” que a la bárbara ley positiva que exige acciones inhumanas. En la *pietas* de Antígona, que entierra a su hermano violando la ley que lo impide, Hegel ve no sólo un mandamiento universal, sino también un arcaico culto tribal a la familia y a las subterráneas ataduras de sangre que el Estado debe someter a la claridad de las leyes iguales para todos.”

“Ifigenia se opone a los sacrificios humanos porque, dice, un dios, un valor universal habla así a su corazón, pero cuando esto sucede, ¿cómo es posible saber si quien habla es un dios universal o un ídolo de las oscuras madejas interiores que hacen que se confunda un retazo atávico con lo universal?”

“La ley es trágica porque –como la religiosa en San Pablo– pone en marcha mecanismos que pueden ser necesarios para representar un correctivo al mal, pero que son siempre un mal menor y nunca un bien.”¹⁵

Como señala Salvatore Satta en su Día del juicio, “el derecho es terrible como la vida” y la literatura, llamada a contar la verdad desnuda de la vida sin rémoras moralistas, no puede no darse cuenta de la peligrosa cercanía de esa terribilidad y de esa melancolía. También la poesía es hija y expresión del mundo perdido –de la barbarie, diría Novalis– aunque, a diferencia del derecho, conservador por naturaleza, la poesía no es sólo un viaje en las tinieblas sino, tal vez, también espera o anticipación de la aurora, de una inocencia reconquistada y ya no necesitada de leyes.”¹⁶

En este itinerario que nos propone Magris, baste recordar a “Don Quijote”, “El Mercader de Venecia”, “Los Miserables”, “Crimen y castigo”, “Las brujas de Salem”, entre muchos otros.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 65.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 65.

El caso tal vez más emblemático es “El proceso” de Franz Kafka, en el que prima la presunción de culpa en vez de la presunción de la inocencia. En algún momento Josef K. empieza a convencerse de su culpa. La presunción de la culpa se constituye en una suerte de corolario jurídico de la idea del pecado original. Aunque esta idea ha sido erradicada de casi todos los órdenes jurídicos, algunos aparatos judiciales siguen asumiéndola en la práctica como forma de dominio sobre el acusado. En el drama “La exposición”, Claudio Magris incluye el siguiente parlamento: “La culpa estaba allí, la culpa está en el comienzo, antes de todo [...] la vida es ley, es una desgracia que no naciera muerto.” Esto es similar a la frase final de El proceso: “Y era como si la vergüenza hubiese de sobrevivirle”.¹⁷

Es cierto que las sensaciones de angustia más graves se prolongan en la literatura. El persistente rechazo romántico a la *dura lex* termina por asimilar la literatura a la fe y a la gracia, las cuales no necesitan superar el examen de las acciones concretas.

A su vez, todo mito fundacional exige algún tipo de “revestimiento” legal. Así, resulta oportuno el comentario del ensayista italiano al recordar que la Ley de las XII Tablas fue exigida por el pueblo como una garantía, pues su otorgamiento aseguró un canon, una norma escrita, que ya no podría infringirse sin un abuso de autoridad¹⁸.

Sin embargo, Magris postula que con la escisión entre el Derecho natural y el Derecho positivo, la poesía se ha disipado¹⁹. El autor oscila entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, explicado a partir de ejemplos históricos, y sigue así los trazos que distinguen el Derecho correcto y el Derecho éticamente justo²⁰.

¹⁷ Cota Meza, Ramón, ob.cit.

¹⁸ Magris, ob.cit. pág. 60.

¹⁹ Ramis Barceló, Rafael, *Derechos y Libertades*. ISSN: 1133-0937 Número 21, Época II, junio 2009, pp. 301-305.

²⁰ Magris, ob.cit., pág. 26.

Posiblemente, en este aspecto surgiría un contrapunto interesante con Norberto Bobbio, quien ha advertido con acierto acerca de la confusión en la que pueden caer los iusnaturalistas entre el juicio sobre la justicia y el juicio sobre la validez de una norma²¹.

El mundo moderno y contemporáneo, que cada vez más ha ido secularizando la ley divina y la ley de la razón natural, busca expresar en forma de novela las injusticias, y el escritor halla en la jurisprudencia –que es reflejo la realidad– un abundante material para su creación literaria.

De esta forma, el Derecho y la Literatura se retroalimentan, de modo que las relaciones que antaño fueron tan estrechas vuelven a serlo en el mundo contemporáneo, por otras vías.

Magris entiende, siguiendo a Ihering, que el Derecho es innovación y creación. Lo que realmente ocurre es que el Derecho contemporáneo ha recaído en los dos extremos que Hegel ya advirtió en su Filosofía del Derecho: por un lado, mientras algunos juristas siguen aferrados a leyes y códigos, y se resisten a adaptar el Derecho a la realidad, otros optan por la legislación “mecanizada”, la regulación, que, por cierto, está muy lejos de ser literatura²².

El planteo de las relaciones entre la Literatura y el Derecho se da siempre, según Magris, en un plano histórico, teniendo a los clásicos grecorromanos y a la Literatura germana del XVIII y del XIX como ejes vertebradores.

Como buen germanista, Magris declara una visión idealista con el Derecho. El escritor italiano observa dos corrientes funda-

²¹ Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia. Fernando Torres Editor, 1980, pág. 119 y sigs.; del mismo autor ver: *El problema del positivismo jurídico*. Ed. Coyoacán S.A., 3ª edición. México, 1994. Sobre la distinción entre hechos y valores en el pensamiento de Bobbio, ver Ghezzi, Morris Lorenzo, Universidad del Externado de Colombia, serie de teoría y filosofía del Derecho, N° 46, 2007.

²² Ramis Barceló, ob.cit. 303.

mentales en el pensamiento germánico: la que intenta prescindir del Derecho, de Novalis a Nietzsche, y la que hace del Derecho un nuevo dogma: sea histórico, como Savigny, sea positivista, según Kelsen, o como Ihering, desde un prisma más sociológico.²³

Sostiene así que “Es sobre todo en Alemania donde se ha verificado, especialmente en el Romanticismo, una singular alianza, casi una simbiosis entre poesía y derecho –entendido como derecho consuetudinario y no como “lex positiva”.

Sus consideraciones sobre derecho y poesía nos recuerdan también a Radbruch, tal vez el último de los grandes juristas de la tradición alemana, deferente a la afinidad estética entre la expresión poética y la legal.²⁴

No puede soslayarse que la articulación del Derecho y la Literatura se hace sobre la base del lenguaje. La idea de que los juristas saben escribir bien, que intenta corroborar Magris mediante el ejemplo de los hermanos Grimm²⁵, revela que todos ellos trabajan y forjan el lenguaje. En efecto, los Grimm además de filólogos y literatos eran juristas, y buscaron rescatar en sus fábulas el “buen y antiguo derecho”: el de las buenas costumbres y tradiciones del pueblo alemán “en su coralidad; patrimonio que, a través de los siglos, había sido conservado por la literatura popular”²⁶.

“En la misma época, estalla en Alemania una interesantísima polémica jurídica entre Thibaut, que propugna para Alemania, sobre el modelo napoleónico, un código civil unitario y unificador, apto para hacer a todos los ciudadanos iguales ante la ley y para barrer los privilegios feudales, y Savigny, que quiere, en cambio, defender la variedad, las diversidades locales, las diferencias y desigualdades del antiguo derecho común consuetudinario, expre-

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Magris, ob. cit. pág. 71.

²⁶ Ramis Barceló, ob.cit. 303.

sión del Sacro Imperio Romano, porque ve en el código único un instrumento de nivelación autoritaria.”²⁷

Nietzsche –según Magris– constata que “el derecho ya no es tradición y por lo tanto, dada su necesidad en la vida social, puede y debe ser sólo impuesto, obligatorio y arbitrario, y no fundado sobre nada”...

“En la Edad Contemporánea, cada fundamento, según Nietzsche, se ha disuelto; el derecho se ha liberado de cualquier tradición fundacional, religiosa o cultural, y se apoya sobre la nada, como el arte, la filosofía, como el hombre mismo. Es un derecho que no reclama ni verdad, ni sabiduría, ni justicia, y que produce leyes que se justifican sólo con la fuerza que obliga a inclinarse ante ellas. El derecho comparte con todas las demás cosas el nihilismo, convertido en esencia y destino de Occidente...”²⁸

A pesar de ello, el sentir común compara a menudo la pasión de la poesía a la racionalidad no tanto del derecho, sino de la ley. Y es, sobre todo, el formalismo de esta última el que aparece pensativo, árido, negador de la calidez de la humanidad.

El ejemplo de Shakespeare, en “El mercader de Venecia”²⁹ es elocuente, “...nos muestra de forma genial cómo la humanidad, la justicia, la pasión, la vida son salvadas por Porcia disfrazada de sutilísimo y capcioso abogado, gracias al formalismo jurídico más sofisticado que autoriza, sí, a Shylock a tomar una libra de carne del cuerpo de Antonio, pero sin verter una sola gota de sangre. No es la cálida apelación a la humanidad, a los sentimientos, a la justicia, lo que salva la vida de Antonio, sino el frío reclamo abogadesco a la letra formal de la ley. Esta frialdad lógica salva los valores cálidos: no sólo la vida de Antonio, sino también la amistad de

²⁷ Magris, ob. cit.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Shakespeare, William, en *The Merchant of Venice*. The New Penguin Books. London, England, 1967.

Bassanio y Antonio y, sobre todo, el amor de Porcia y Bassanio, antes turbado por la angustia de este último por la suerte de su amigo: “No yaceréis junto a Porcia con el ánimo inquieto”, dice la mujer a su amado, decidiendo entonces liberarlo de esa inquietud que ofusca el Eros y de salvar, por lo tanto, con sus cavilaciones legales, a Antonio.”³⁰

Al examinar textos literarios donde aparece el conflicto entre las leyes y el derecho se encuentran pasajes de enorme trascendencia política y jurídica, como el de Ibsen, a través de uno de sus personajes, el Dr. Stockmann, en “El enemigo del pueblo”, que afirma “*la mayoría tiene la fuerza, pero no la razón*”³¹.

En otro texto, como el de Novalis evocado por Magris, el mensaje es refractario al acatamiento del derecho: “*Yo soy un hombre totalmente ilegal; no poseo el sentido ni la necesidad del derecho*”³².

Diversa literatura ha mostrado un cierto cansancio hacia el derecho, considerándolo prosaico con respecto a la poesía y a la moral. Democracia, lógica y derecho son, a menudo, percibidos como valores “fríos” en contraste con los valores “cálidos” del sentimiento. Pero esos valores fríos son necesarios para establecer las reglas y las garantías de tutela del ciudadano, sin las cuales los individuos no serían libres y no podrían vivir su “cálida vida”.

Son los valores fríos –el ejercicio del voto, las garantías jurídicas formales, la observancia de las leyes y de las reglas, los principios lógicos– los que permiten a los hombres de carne y hueso cultivar personalmente sus propios valores, y sentimientos cálidos, los afectos, el amor, la amistad, las pasiones.

A diferencia de éstos, observa Magris, “...la ley parte de un conocimiento más profundo del corazón humano, porque sabe

³⁰ Magris, ob. cit., pág. 81.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, pág. 23.

que existen muchos corazones, cada uno con sus misterios insondables y sus apasionadas tinieblas, y que, precisamente por eso, sólo unas normas precisas, que tutelen a cada uno, permiten al individuo singular vivir su vida irrepetible, cultivar sus dioses y sus demonios, sin estar impedido ni oprimido por la violencia de otros individuos, igual que él mismo presa de inextricables complicaciones del corazón, pero más fuertes que él, como los galeotes liberados por Don Quijote son más fuertes que Don Quijote y lo golpean brutalmente.”

“Ciertamente, ninguna norma general puede entender –y por lo tanto juzgar– los sentimientos, las pulsiones, las contradicciones que están en la base de cada gesto criminal. Incluso el más inhumano y bestial.”

“La razón y la ley tienen a menudo más fantasía que el corazón capaz sólo de sentir las propias e inextricables complicaciones e incapaz de imaginar que existan también las de los demás...”

Magris arguye que “El legislador que castiga la corrupción en las concesiones públicas es un artista que sabe imaginar la realidad, porque en esa corrupción no sólo ve la abstracta violación de una norma sino, por ejemplo, los equipamientos defectuosos con los que –a causa de esa corrupción– se ha dotado a un hospital, en lugar de los más eficaces que el hospital habría tenido gracias a unas concesiones correctas. Detrás de ese crimen hay enfermos peor curados, individuos concretos que sufren.”³³

Esta es la idea que informa todo el ensayo, la fe en la función redentora de la ley que trasunta la creación del artista.

³³ *Ibídem*, pág. 82/83.

Otros dos autores que vienen a enriquecer este debate son Fiódor Dostoyevski y a Franz Kafka.

De “Los hermanos Karamázov”, el capítulo “El Gran Inquisidor”³⁴ concita la mayor atención pues contiene uno de los textos más trascendentes sobre el libre albedrío. En efecto, el escritor ruso se vale de una parábola para escribir las páginas más provocativas sobre la tensión entre la libertad humana y la autoridad.

La anécdota que elige Dostoyevski, es sencilla: Iván le cuenta a su hermano Aliosha un poema o leyenda que ha escrito sobre la segunda venida del Hijo de Dios a la tierra en el siglo XVI. “La acción de mi poema –relata– se desarrolla en España, en Sevilla, en la época más horrible de la Inquisición.”³⁵ Describe el encuentro entre el Inquisidor mayor y Jesús en silencio, a quien ha hecho prisionero. En ese monólogo fuera del tiempo, el Inquisidor, en quien la presencia del mal se hace manifiesta, como sucede con la irreductible mansedumbre de Jesús, cuestiona la libertad del hombre y lo enfrenta a la felicidad del rebaño, a través del análisis de las tres tentaciones del desierto. “Porque en esas tres preguntas parece compendiada en un todo y pronosticada toda la ulterior historia humana y manifestadas las tres imágenes en que se funden todas las insolubles antítesis históricas de la human naturaleza en la Tierra.”³⁶

“No hay nada más seductor para el hombre que la libertad de su conciencia, pero tampoco nada mas doloroso”, sentencia el Inquisidor y afirma seguidamente:

“Existen tres fuerza sobre la Tierra, capaces siempre de dominar y cautivar la conciencia de esos débiles rebeldes para su

³⁴ Dostoyevski, Fiódor, *Los hermanos Karamázov*. “El Gran Inquisidor”. Capítulo V, del libro III. Quinta edición. Ed. Aguilar. España, 1968, pág. 395/421.

³⁵ *Ibidem*, pág. 397.

³⁶ *Ibidem*, pág. 403.

felicidad..., y esas fuerzas son: milagro, misterio y autoridad”.³⁷ Al ser rechazadas por Jesús una y otra vez, el hombre queda a merced de su propia conciencia y exhibe en su nivel más profundo el conflicto moral entre la fe, la razón y el libre albedrío.

Franz Kafka es el otro escritor.

Kafka se llamó a sí mismo y a Dostoyevski “parientes de sangre”. Como señala Coetzee, Kafka tuvo un sentido penetrante de las obscenas interioridades del poder. Quizás por eso se ha sostenido que la llegada de K. al Castillo es como la elección del país de la muerte.

Dostoyevsky y Kafka tienen un talento cruel y la destreza para expresarlo, y comparten la misma visión espiritual del hombre como un ser complejo e inefable. No solo el hombre es capaz de descender a un estadio denigrante como Gregorio Samsa, perdiendo su identidad, también las sociedades se transforman y en ese proceso pueden doblegar los valores que las han identificado.

En toda la producción literaria de Kafka se advierte como en filigrana el hilo de una prosa muy elaborada, pero fluida al mismo tiempo, que nos permite trascender el drama que propone y hacerlo a la vez propio y universal. Además de un gran escritor, era un gran abogado, él también construyó una visión del Derecho a través de la palabra.

Esta manera de entender la experiencia jurídica por el prisma de la literatura nos conduce a otro texto trascendente de Kafka, la célebre parábola volcada en un relato breve, pero rotundo que es “Ante la ley”.

En este cuento Kafka nos introduce en una escena inquietante.

³⁷ *Ibíd.*, pág. 407.

Un campesino humilde llega a las puertas de la Justicia, las grandes, pesadas, tantas veces mencionadas, jamás franqueadas, puertas del Derecho. Cuando el campesino está por atravesar esa puerta, aparece un guardián. El campesino se detiene. Hablan. El campesino siente miedo. Prefiere esperar. Se queda en un costado. Pasan las horas, los días, los años. El campesino ve su vida diluirse, sin atreverse a pasar la puerta, franqueada por el enorme guardián, que le advierte: detrás de mí hay otros guardianes, cada uno más grande e intimidante que el anterior. Pasan más años, el campesino ha envejecido, ya respira con dificultad. Cuando está a punto de morir, el guardián se acerca, el campesino le pregunta ¿por qué, si ésta es la puerta de la Justicia, nadie más que yo ha venido a cruzarla, porque he estado siempre solo? El guardián, subiendo la voz para que el campesino escuche bien, le contesta al oído: porque nadie más que tu podía cruzarla. Esta puerta estaba abierta solo para ti. Ahora voy a cerrarla.

Impacta algo tan conciso y, a la vez, tan bien logrado. Las expresiones del guardián acerca de que la entrada “es posible”, “pero no ahora”. La espera incansable del hombre ya viejo se cristaliza en sus ojos nublados, en su agonía estremecedora, que aun alberga esperanza, hasta el final.

He aquí la transcripción completa del texto:

“Ante la Ley hay un guardián. Hasta ese guardián llega un campesino y le ruega que le permita entrar a la Ley. Pero el guardián responde que en ese momento no le puede franquear el acceso. El hombre reflexiona y luego pregunta si es que podrá entrar más tarde.

–Es posible –dice el guardián–, pero ahora, no.

Las puertas de la Ley están abiertas, como siempre, y el guardián se ha hecho a un lado, de modo que el hombre se inclina para atisbar el interior. Cuando el guardián lo advierte, ríe y dice:

—Si tanto te atrae, intenta entrar a pesar de mi prohibición. Pero recuerda esto: yo soy poderoso. Y yo soy sólo el último de los guardianes. De sala en sala irás encontrando guardianes cada vez más poderosos. Ni siquiera yo puedo soportar la sola vista del tercero.

El campesino no había previsto semejantes dificultades. Después de todo, la Ley debería ser accesible a todos y en todo momento, piensa. Pero cuando mira con más detenimiento al guardián, con su largo abrigo de pieles, su gran nariz puntiaguda, la larga y negra barba de tártaro, se decide a esperar hasta que él le conceda el permiso para entrar. El guardián le da un banquillo y le permite sentarse al lado de la puerta. Allí permanece el hombre días y años. Muchas veces intenta entrar e importuna al guardián con sus ruegos. El guardián le formula, con frecuencia, pequeños interrogatorios. Le pregunta acerca de su terruño y de muchas otras cosas; pero son preguntas indiferentes, como las de los grandes señores, y al final le repite siempre que aún no lo puede dejar entrar. El hombre, que estaba bien provisto para el viaje, invierte todo —hasta lo más valioso— en sobornar al guardián. Este acepta todo, pero siempre repite lo mismo:

—Lo acepto para que no creas que has omitido algún esfuerzo.

Durante todos esos años, el hombre observa ininterrumpidamente al guardián. Olvida a todos los demás guardianes y aquél le parece ser el único obstáculo que se opone a su acceso a la Ley. Durante los primeros años maldice su suerte en voz alta, sin reparar en nada; cuando envejece, ya sólo murmura como para sí. Se vuelve pueril, y como en esos años que ha consagrado al estudio del guardián ha llegado a conocer hasta las pulgas de su cuello de pieles, también suplica a las pulgas que lo ayuden a persuadir al guardián. Finalmente su vista se debilita y ya no sabe si en la realidad está oscureciendo a su alrededor o si lo engañan los ojos. Pero en aquellas penumbras descubre un resplandor inextinguible que emerge de las puertas de la Ley. Ya no

le resta mucha vida. Antes de morir resume todas las experiencias de aquellos años en una pregunta, que nunca había formulado al guardián. Le hace una seña para que se aproxime, pues su cuerpo rígido ya no le permite incorporarse.

El guardián se ve obligado a inclinarse mucho, porque las diferencias de estatura se han acentuado señaladamente con el tiempo, en desmedro del campesino.

— ¿Qué quieres saber ahora? —pregunta el guardián—. Eres insaciable.

— Todos buscan la Ley —dice el hombre—. ¿Y cómo es que en todos los años que llevo aquí, nadie más que yo ha solicitado permiso para llegar a ella?

El guardián comprende que el hombre está a punto de expirar y le grita, para que sus oídos debilitados perciban las palabras.

— Nadie más podía entrar por aquí, porque esta entrada estaba destinada a ti solamente. Ahora cerraré. ”³⁸

El campesino encarna al pueblo y el guardián es la autoridad. Los separa una puerta, la Justicia. A partir de esta situación simbólica se pueden extraer diversas interpretaciones.

Una primera lectura reduciría la metáfora de Kafka a un derecho esencial: el acceso a la Justicia, el acceso a la palabra, abrir las puertas, superar las vallas de los guardianes de la ley.

Pero también es posible concebir la noción de que la ley es el pacto original, el contrato social³⁹. Magris parece adscribir a

³⁸ Kafka, Franz, “Ante la Ley”. Versión de Jorge Luis Borges, 27 de mayo de 1938 en *El Hogar. Borges en El Hogar 1935-1958: Jorge Luis Borges*. Emece. Buenos Aires, febrero del año 2000.

³⁹ Ficción que modernamente han utilizado, con distinto enfoque, Buchanan y Rawls. Ver Sola, Juan V. *Tratado de Derecho Constitucional*. Vol. I. La Ley. Buenos Aires, mayo 2009.

esta idea en su opúsculo, al sostener que para Kafka, la ley sitúa al individuo fuera de la vida, fuera del territorio del amor, le escribe a su Milena. En virtud de la ley, el hombre asume conciencia de la oscuridad y del mal. Pero según Kafka esta certeza lo induce a un pecado aún más grave, el de pretender ser puro, libre de toda culpa y de la propia culpa de vivir.

Al respecto, observa que “ésta insolente pretensión de no querer terminar enlodado con el fango de la vida es su propia culpa, que lo aleja de los hombres y lo condena a quedarse siempre ante las puertas de la ley como la famosa parábola, a no poder entrar en la vida...”⁴⁰, en el pacto.

Si “Justicia es, precisamente, el viejo nombre del entendimiento societario”, al decir de Carlos Cossio⁴¹, la metáfora se sigue impregnando de realidad.

La posición inicial del campesino es el estado de naturaleza, y nos remite a los escritos iniciáticos de Hobbes, a la voluntad general de Rousseau, o el célebre Tratado del Gobierno de Locke.

En el “Leviatán o Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil”⁴², Hobbes postula como característica esencial del hombre es “*cupiditas naturalis*”. El estado natural de la humanidad es la guerra de todos contra todos, “*bellum omnium contra omnes*” hasta el instante en que el temor y el deseo de calma impulsan al hombre a celebrar un acuerdo con sus semejantes por el cual las voluntades individuales contrapuestas abdican en favor de la voluntad del cuerpo político.

Para Hobbes, “El hombre es sociable por accidente pero no por su naturaleza.”.

⁴⁰ Magris, ob.cit, pág. 32.

⁴¹ Cossio, Carlos, *Teoría y práctica del Derecho*. Ed. Sur, Buenos Aires, 1961, pág. 263.

⁴² Hobbes, Tomás, *Leviatán o Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2003.

Así, esa necesidad o conveniencia se plasman en el Pacto:

“Autorizo y cedo mi derecho a gobernarme a mí mismo, a este Hombre, o a esta Asamblea de hombres, bajo esta condición, que usted también ceda su Derecho a él, y autorice todas sus Acciones bajo esa misma forma.”

“Por lo tanto no debe sorprendernos que algo más sea requerido (además del pacto) para hacer este acuerdo constante y duradero; que es el poder común, de mantenerlos en el temor y dirigir sus acciones para el bien común”.

Al traducir la teoría de Hobbes a términos democráticos, alguien que quisiera mejorar su situación —el campesino— elegiría entrar en el contrato social.⁴³

Fernando Pessoa, el gran poeta portugués, lo expresa con singular sutileza en estos términos: “El pueblo es la buena gente. El pueblo nunca es humanitario. Lo que hay de fundamental en la criatura del pueblo es el estricto cuidado de sus intereses, y la exclusión cuidadosa, ejercida siempre que se puede, de los intereses ajenos”.

“Cuando el pueblo pierde la tradición, quiere decir que se quebró el lazo social; y cuando se quebró el lazo social, resulta que el lazo social quebrado lo está entre el pueblo y la minoría. Y cuando se quiebra el lazo entre la minoría y el pueblo, se extinguen el arte y la verdadera ciencia, languidecen las fuentes principales de cuya existencia deriva la civilización.”⁴⁴

Las doctrinas contractualistas clásicas desde Hobbes en adelante han sido la base de sustentación para la creación de constituciones que consagran las declaraciones de derechos y estructuran la organización del gobierno limitado como garantía de la libertad.

⁴³ Magris sobre Hobbes, ob. cit pág. 25.

⁴⁴ Pessoa Fernando, *Libro del desasosiego*. Traducido por el académico Santiago Kovadloff. Emecé editores S.A. Buenos Aires, 2000. Fragmento 392, pág. 351/352.

El límite infranqueable del contrato social es el ámbito de intimidad de la persona, expresado magistralmente en la letra y el espíritu del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, que en un lenguaje poético reza: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Y paradójicamente en el texto constitucional subyacen y convergen como en una síntesis la tensión entre el libre albedrío y el pacto, las ideas de Dostoevsky y de Kafka, que se resignifican.

“En tanto cultura”, indica Haberle, “la Constitución debe ser concebida, ya de modo real, ya de modo ficticio, como contrato social, sobre todo en la variante kantiana de ‘piedra de toque de la razón’, más allá de los hechos reales pero también la versión de Rawls (‘velo de la ignorancia’), siguen siendo útiles precisamente al Estado Constitucional. Debemos concebir a la Constitución, lo mismo que al derecho y al Estado, como partes de ella, ‘como si se fundara en un pacto de todos con todos’ (en el sentido de John Locke).”⁴⁵

Pacto que modernamente supone la existencia de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma legitimante de selección de los cargos representativos y la tutela de los derechos humanos. Supone también que la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria, se requiere un proceso especial y una mayoría calificada, cuestión que remite al poder de la mayorías circunstanciales, y en general, a los riesgos inmanentes de la voluntad general de matriz roussoniana.

⁴⁵ Haberle, Peter, *El Estado Constitucional*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2007, pág. 97.

Ya lo advertía Madison en “El Federalista, N° 51, “Es de suma importancia en una República, no sólo mantener a la sociedad a salvo de la opresión de sus gobernantes, sino mantener a cada sector de la sociedad a salvo de las injusticias de los restantes”, conservar a salvo “los derechos de los individuos o de la minoría [...] frente a las cábalas de intereses de la mayoría”.

“El principio del gobierno de la mayoría”, sostiene Genaro Carrió “puede conducir a la intolerable opresión de las minorías y de los individuos, si se exalta al plano de un principio absoluto y no se lo mitiga y modera con un método eficaz de protección de los derechos humanos.”⁴⁶

Magris sabe que el derecho no se reduce sólo a las leyes promulgadas por los parlamentos. “Esas leyes no escritas de los dioses a las que apela Antígona, no son consuetudinarias, de larga duración –aunque sigan siendo históricas y, por lo tanto relativas–, sino imperativos categóricos.

Las “leyes no escritas de los dioses” –explica– son valores absolutos, expresión suprema del derecho natural que, no casualmente, fascinó y ocupó durante siglos a la literatura, más que cualquier otra concepción jurídica, como también lo demuestra –pero, sin duda alguna, no solamente– el florecimiento de obras de todo tipo dedicadas en todas las épocas a la figura de Antígona”⁴⁷.

La literatura griega y con ella la cultura occidental han unido a Antígona la existencia de un núcleo irrenunciable de universalismo ético para resistir al mal, que perdura.

⁴⁶ Carrió, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, pág. 58.

⁴⁷ “Antígona”, de Jean Anouilh, y “Antígona” Vélez de Leopoldo Marechal son un ejemplo.

A modo de conclusión

“El tiempo presente y el tiempo pasado están quizá contenidos en el tiempo presente. Leído ahora, el pasado revela otras tensiones, vínculos distintos de los apreciados habitualmente entre realidad y utopía, entre literatura y vida comunitaria.”⁴⁸

A lo largo de la historia de la literatura a menudo se generó una grieta entre el derecho y la ley. Grandes poetas como Novalis mostraron incluso, según ha sido referido, su profundo desprecio hacia el derecho, encargado de regular el inherente conflicto humano, al afirmar que: “El dominio del derecho cesará junto con la barbarie”.

Frente al aparente antagonismo inicial entre ambos, Magris invita a una visión más profunda y compleja, y revela que la frialdad del derecho es también lo que hace posible la calidez de la vida, retratada de manera apasionada por la literatura. De esta forma reivindica la riqueza de una relación que, lejos de ser de oposición, a menudo termina por mostrar importantes similitudes.

“El Derecho –enseña Carlos Cossio– al igual que cualquiera otra manifestación de la vida humana, no se hace sin la conciencia de él mismo, y en la medida en que esta conciencia lo anticipa como proyección de nuestra situación hacia su futuro. La vida jurídica también consiste en irnos instalando en sucesivas situaciones que, claro está, no se trata de situaciones individuales sino colectivas.”⁴⁹

El pensamiento de Magris es un gesto hacia el ideal del Derecho, y supone un diálogo esencial entre éste y la Literatura, sin que el “velo de ignorancia” que separa a los legos de los expertos pueda empañar su visión esperanzada del Derecho, que alude no tanto a lo que debería ser el Derecho, sino a sus logros concretos.

⁴⁸ Monsiváis, Carlos, *Las alusiones perdidas*. Ed. Anagrama. Barcelona, 2007, pág. 41.

⁴⁹ Cossio, Carlos, ob. cit pág. 259.

Ante todo su mensaje alberga la esperanza en el potencial civilizador y cultural del Derecho, que no es páramo ni es jardín, sino un huerto del que se pueden extraer frutos buenos y malos⁵⁰.

No en vano, Magris declara que: “Si existe un ejemplo luminoso de simbiosis entre derecho y literatura, ese es el de Montesquieu, cuyo *Espíritu de las leyes* (1748), con su teoría de la división de poderes, se encuentra en la base de toda democracia liberal...”⁵¹.

La Constitución es, en ese sentido, “espejo del espacio público y de la realidad, pero no solo espejo, sino también fuente de luz, si se nos permite esta comparación más bien plástica. Tiene una función orientadora.”⁵².

Por ende, para un jurista que cree en lo que hace, estas lecturas son altamente reconfortantes. Pueden contribuir a mantener la “fe” en el Derecho, en tiempos en los que los escándalos políticos, la corrupción, la falta de independencia judicial acucian a todo jurista sensible. La idea que deja trascender Magris es que siempre existirán abusos de poder y corrupción de todo tipo, que los poderosos intentarán imponerse a los débiles, pero que sólo a través del Derecho se podrán ganar algunas batallas⁵³.

Como bien recuerda el autor italiano antes de concluir, “los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no casualmente muchos mitos expresan que los poetas también fueron los primeros legisladores.”

Allí es dónde todo comenzó.

⁵⁰ Ramis Barceló, ob.cit., pp. 304.

⁵¹ Magris, sobre Montesquieu, ob.cit. pág. 54.

⁵² Haberle, ob.cit., pág. 273.

⁵³ Ramis Barceló, ob.cit., pp. 302.

