

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA

Catedrática de Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

# DERECHO Y LITERATURA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN</b> .....	13
<b>CAPÍTULO II. EL DERECHO «DE» LA LITERATURA</b> .....	17
1. CUESTIONES DE DERECHO PRIVADO: DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL ( <i>COPYRIGHT</i> ).....	17
2. CUESTIONES DE DERECHO PENAL .....	21
2.1. La in/moralidad de la Literatura. La censura. La pornografía.....	21
2.2. Variedad de delitos de prensa .....	25
2.2.1. Difamaciones. Injurias y calumnias.....	25
2.2.2. Sedición .....	27
2.2.3. Racismo .....	27
3. CUESTIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESPÍRITU CRÍTICO. LA SOCIEDAD ABIERTA DE KARL R. POPPER .....	29
<b>CAPÍTULO III. EL DERECHO «COMO» LITERATURA</b> .....	49
1. EVOLUCIÓN DEL MOVIMIENTO .....	49
2. LAS SIMILITUDES ENTRE EL DERECHO Y LA LITERATURA .....	54
3. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO Y LA LITERATURA .....	55
<b>CAPÍTULO IV. LA LITERATURA «EN» EL DERECHO</b> .....	59
<b>CAPÍTULO V. EL DERECHO «EN» LA LITERATURA</b> .....	61
1. LA EDAD ANTIGUA.....	62
1.1. La Antigua Grecia .....	62
1.1.1. La <i>Iliada</i> y la <i>Odisea</i> de Homero (siglo VIII a. C.).....	62

1.1.2.	<i>Los trabajos y los días</i> de Hesíodo (700 a. C.).....	65
1.1.3.	La <i>Orestíada</i> de Esquilo (525 a. C.-456 a. C.) .....	66
1.1.4.	<i>Antígona</i> de Sófocles (496 a. C.-406 a. C.) .....	71
1.1.5.	<i>Electra</i> de Eurípides (480 a. C.-406 a. C.) .....	75
1.1.6.	La <i>Lisístrata</i> de Aristófanes (444 a. C.-385 a. C.).....	77
1.2.	La <i>Biblia</i> .....	78
1.2.1.	La Alianza entre Dios y su Pueblo.....	78
1.2.2.	La justicia en la <i>Biblia</i> .....	80
	a. Consideraciones generales .....	80
	b. La sentencia del Rey Salomón.....	81
	c. Entre la retribución y el perdón.....	82
1.2.3.	La desobediencia en la <i>Biblia</i> .....	84
	a. El Antiguo Testamento .....	84
	b. El Nuevo Testamento: Jesucristo .....	86
2.	LA EDAD MEDIA .....	92
2.1.	<i>La divina comedia</i> de Dante Alighieri (1265-1321).....	92
2.2.	El <i>Libro de buen amor</i> del Arcipreste de Hita (1284-1351).....	94
3.	LA EDAD MODERNA .....	100
3.1.	El <i>Discurso de la servidumbre voluntaria</i> de Étienne de la Boétie (1530-1563).....	100
3.2.	<i>Don Quijote de la Mancha</i> de Miguel de Cervantes Saavedra (1547-1616).....	102
3.3.	<i>Doctor Faustus</i> de Christopher Marlowe (1564-1593).....	108
3.4.	William Shakespeare (1564-1616) .....	110
	3.4.1. <i>El Rey Lear</i> .....	111
	3.4.2. <i>El mercader de Venecia</i> .....	116
	3.4.3. <i>Hamlet</i> .....	122
3.5.	<i>Robinson Crusoe</i> de Daniel Defoe (1660-1731) .....	125
4.	LA EDAD CONTEMPORÁNEA.....	129
4.1.	<i>Fausto</i> de Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832).....	129
4.2.	El <i>Michael Kohlaas</i> de Heinrich von Kleist (1777-1811).....	132
4.3.	<i>César Birotteau</i> de Honoré de Balzac (1799-1850).....	134
4.4.	<i>El Conde de Montecristo</i> de Alejandro Dumas (1802-1870) .....	135
4.5.	Charles Dickens (1812-1870).....	136
	4.5.1. <i>Tiempos difíciles</i> .....	136
	4.5.2. <i>David Copperfield</i> y <i>Pickwick Papers</i> .....	138
4.6.	<i>Cumbres borrascosas</i> de Emily Brontë (1818-1848).....	140
4.7.	Henry David Thoreau (1817-1862) .....	143
	4.7.1. <i>Civil Disobedience</i> .....	143
	4.7.2. <i>Walden</i> .....	150
4.8.	<i>Billy Budd</i> de Herman Melville (1819-1891).....	153
4.9.	Fiódor Dostoievski (1821-1881) .....	155
	4.9.1. <i>Crimen y castigo</i> .....	156
	4.9.2. <i>Los hermanos Karamazov</i> .....	158

4.10.	<i>Alicia en el país de las maravillas</i> de Lewis Carroll (1832-1898).....	160
4.11.	Las novelas de Robert Louis Stevenson (1850-1894).....	162
4.11.1.	<i>La Isla del Tesoro</i> .....	164
4.11.2.	<i>El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde</i> .....	166
4.12.	<i>El hombre sin atributos</i> de Robert Musil (1880-1942).....	169
4.13.	<i>El Proceso</i> de Franz Kafka (1883-1924).....	177
4.14.	<i>Un mundo feliz</i> de Aldous Huxley (1894-1963).....	183
4.15.	George Orwell (1903-1950).....	184
4.15.1.	<i>1984</i> .....	184
4.15.2.	<i>Animal Farm</i> .....	187
4.16.	Albert Camus (1903-1960).....	190
4.16.1.	<i>El hombre rebelde</i> .....	190
4.16.2.	<i>El extranjero</i> .....	192
4.17.	<i>La naranja mecánica</i> de Anthony Burgess (1917-1993).....	195
4.18.	<i>Archipiélago Gulag</i> de Alexandr Solzhenitsyn (1918-2008).....	196
4.19.	<i>Crónica de una muerte anunciada</i> de Gabriel García Márquez (1927-2014).....	197
4.20.	La obra de Jorge Luis Borges (1899-1986).....	200
4.21.	<i>The Firm</i> de John Grisham (1955-).....	202
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....		205

## PRÓLOGO

*La obra que vamos a leer aparece en el momento idóneo. Y es que la corriente «Derecho y Literatura», nacida en Estados Unidos hace más de un siglo, se está implantando progresivamente en el continente europeo, y es estupendo que el mundo de la cultura jurídica hispanófono disponga ahora de una obra de iniciación a este acercamiento y de síntesis de este enorme campo de estudio.*

*María José Falcón y Tella nos invita a un fascinante viaje por el mundo literario, así como a un recorrido a través de las distintas épocas, a un encuentro con cuestiones intemporales y, por tanto, actuales, tales como la justicia, el poder, la resistencia, la venganza, los derechos y las responsabilidades. Interminable conversación que nos hace reencontrarnos con Sófocles y Dickens, Cervantes y Kafka, Dostoievski y Melville, entre muchos otros.*

*Ciertamente, existen múltiples maneras de abordar el continente «Derecho y Literatura»; a la manera clásica, la autora distingue tres vías: el Derecho de la Literatura, acercamiento técnico al tema literario; el Derecho como Literatura, acercamiento hermenéutico y retórico a los textos jurídicos; y finalmente el Derecho en la Literatura, que es sin duda la perspectiva más fecunda y también la más documentada (lo esencial de la obra, trabajada, por encima de lo demás, en esta dirección).*

*Aparte de eso, incluso centrándose en la tercera perspectiva, que se dedica a mostrar cómo las grandes cuestiones de la Teoría y de la Filosofía del Derecho reciben un tratamiento original en las obras de ficción, se plantean aún numerosas opciones: concentrarse en un período, en un autor, en una cuestión jurídica, por ejemplo. En este sentido, la autora elige decididamente un acercamiento enciclopédico y pedagógico: se nos presentan así no menos de una cincuentena de obras, unas en algunos párrafos, otras numerosas en varias páginas. Esta elección es valiente, porque la autora ha tenido ciertamente que renunciar a exponer muchas consideraciones que le inspiraban esos textos; en contraste, esta opción resulta totalmente beneficiosa para el lector, y especialmente para los estudiantes que siguen las enseñanzas de la autora, porque así se les ofrece un valioso mapa para orientarse en esas nuevas tierras —un mapa, pero también las múltiples herramientas necesarias para profundizar en dichas obras—. Y es que la exposición de la autora se prolonga a través de unas muy*

útiles referencias bibliográficas, tomadas de muchas áreas culturales distintas. La bibliografía que cierra la obra resulta impresionante; hecho raro que merece ser bienvenido, esta bibliografía se revela absolutamente multilingüe, de manera que el estudio de María José Falcón y Tella puede también ser considerado como una contribución significativa al diálogo intercultural.

*Pero hay una cosa aún más importante que un conocimiento totalmente enciclopédico y que los instrumentos bibliográficos que comunica la obra cuya lectura abordamos: son las ganas de lanzarse a este viaje, la intuición de que en él se encontrará material para inspirarse en la comprensión del Derecho y en la práctica de las profesiones jurídicas.*

*¿Qué beneficio pueden esperar los juristas al estudiar la Literatura? Hace falta plantearse sin rodeos esta cuestión, puesto que el planteamiento «Derecho y Literatura» no ha adquirido verdaderamente aún derecho de ciudadanía en nuestras Facultades de Derecho, de la misma manera que esos poetas y dramaturgos que los légestes de Platón mantenían «en lisière de la cité», antes de reconocer que ellos mismos, legisladores y constituyentes, ambicionaban escribir un poema, el más bello posible —eso que nosotros llamaríamos hoy en día la novela política de la nación (le roman politique de la nation)—, del que los jueces constitucionales son, como recuerda Dworkin, los narradores morales (conteurs moraux).*

*Un primer beneficio, que nadie ha cuestionado jamás, es de naturaleza estética y humanista, en la gran tradición clásica de las Humanidades. La Literatura, de la misma manera que las bellas artes, nutre la cultura general, en la que es de buen tono, incluso para un jurista positivista, hacer alarde de ella en el momento adecuado.*

*Una segunda ventaja, claramente más profunda, deriva de un acercamiento que podría calificarse de moral y cívico. Partiendo de la constatación de que la Literatura es, como nos recuerda T. Todorov, un «laboratorio experimental de lo humano», se adivinan los beneficios que procura frecuentarla a todos aquellos que ejercen una profesión de carácter social: proporciona una inteligencia de lo humano, agudizando la capacidad de empatía, que es la cualidad moral por excelencia, aquella que, invitándonos a situarnos en el lugar del otro, condiciona la posición del «espectador imparcial» de A. Smith, del que se espera un juicio público equilibrado porque habrá sabido tener en cuenta respectivamente cada uno de los puntos de vista. Por haber participado en Francia y en Bélgica en numerosos seminarios sobre «Derecho y Literatura» con magistrados, puedo dar testimonio del hecho de que los jueces profesionales extraen lecciones de la Literatura, en la que se apoyan cada vez que el código y la doctrina no son suficientes para resolver los casos que se les presentan, es decir, muy a menudo.*

*Esto me lleva a subrayar un tercer beneficio de las obras como la que prologo: su contribución directa a la comprensión y a la práctica del razonamiento jurídico; dicho en otras palabras, un beneficio técnico. Sin duda, si se continúa pensando que el Derecho concreto se deduce de la regla y del código, esta tesis parece incongruente. ¿Pero a quién se le oculta que en la era del «Derecho en red», de la globalización económica y del pluralismo ético, esta*

*visión piramidal del Derecho es cada vez más problemática? Hace falta reconocer que el Derecho deriva no menos frecuentemente del caso que de la regla. Si esto es así, como ya sabían los juristas de la Edad Media cuando trataban las quaestiones ex facto emergentes con la ayuda de la disputatio pro et contra, entonces se comprende en qué medida el planteamiento de casos difíciles por el autor de ficción se demuestra como la mejor de las propedéuticas para el juicio moral y jurídico en cada situación. No es ciertamente por casualidad que Kant, como nos recuerda H. Arendt, aluda al respecto a la facultad de la imaginación, que opera a partir de historias ejemplares, para dar cuerpo a ese tipo de juicios reflexivos (aquellos que, paradójicamente, parten del caso para llegar al criterio general y así a la regla, de la que ellos son un ejemplo —por contraposición a los juicios determinativos que, de manera más clásica, realizan el trayecto inverso—).*

*En un momento en el que las Facultades de Derecho del mundo entero reflexionan sobre la orientación que conviene dar a la formación jurídica en un ambiente que cambia a gran velocidad, y en un punto en el que nos damos cuenta de cuán necesario es para nuestros estudiantes el formarse en el debate, la argumentación y la negociación (toma de conciencia de la que es muestra el éxito creciente de los moot courts o procesos simulados), las obras como la que presentamos deberían convencernos de la pertinencia de la idea de introducir las enseñanzas sobre «Derecho y Literatura» en los grados de Derecho, incluidos los cursos de especialización que se dirigen a los futuros jueces y abogados.*

*Nos queda evidentemente por precisar la naturaleza del objeto de estudio: ¿qué entendemos por «Literatura»? La autora ha seleccionado aquí acertadamente un gran número de «clásicos» incontestables; eso no quiere decir, sin embargo, que otras obras de ficción, ciertos «polars» especialmente, no pudieran añadirse al objeto de estudio, cuyas fronteras, por otra parte, permanecen abiertas y en movimiento sobre el escenario de la ficción, y la dificultad se acrecienta cuando los nuevos medios de comunicación utilizan principalmente el lenguaje de la imagen, haciéndose conveniente tomarlos en serio, so peligro de no captar su contribución a la transmisión de un «mensaje», lo cual sería reductor.*

*Aparte de eso, en lo que respecta al corpus «Derecho y Literatura» se plantea todavía una cuestión más candente: el saber lo que, en el marco de la «aldea global», se lleva a cabo de «relato fundador», quiero decir, de imaginario común en la base de una cultura compartida. La tarea de los jueces «narradores morales de la nación» se convierte en ardua en un momento de final de los «grandes relatos», como lo estudia J.-F. Lyotard, y de «desvanecimiento de la figura del narrador», como anunció W. Benjamin. Y, sin embargo, en la cultura contemporánea no dejan de contarse historias; al contrario, en el momento del storytelling<sup>1</sup>, la «máquina de fabricar historias y de formar espíritus» funciona a pleno rendimiento. La cuestión que se plantea entonces —y que ya era la de los «légistes» de Platón, que rechazaban a los poetas de la ciudad en la misma medida en que buscaban imitarles— es la de distinguir lo que separa este ima-*

---

<sup>1</sup> J. SALMON, *Storytelling. La machine à fabriquer des histoires et à formater les esprits*, Paris, La Découverte, 2007.

*ginario de pacotilla de los relatos que describen nuestras experiencias, especialmente ante los tribunales, y que otorgan así sentido a nuestras existencias. Una razón más para «tomar en serio las historias».*

*Gracias, pues, a la profesora Falcón y Tella por confrontarnos a esas inquietudes esenciales.*

François OST  
Catedrático de la Université Saint-Louis, Bruselas

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

En nuestra trayectoria académica, comenzada a finales de los años ochenta del siglo pasado, nos hemos ocupado fundamentalmente de temas de Teoría del Derecho, como la parte más relevante de la Filosofía del Derecho en nuestros planes de estudio. Tuvimos una primera etapa más formalista y positivista dedicada a cuestiones como la analogía y la argumentación jurídica o la validez del Derecho. Más adelante preferimos abrir nuestra perspectiva investigadora a materias de Filosofía Moral y Política. De esta etapa derivan nuestros trabajos sobre la desobediencia civil, el fundamento y la finalidad del castigo o la justicia como mérito. Pero nunca abandonamos la Teoría del Derecho, siempre desde un enfoque tridimensional —hechos, normas y valores—, como se puede observar en las *Lecciones de Teoría del Derecho* (6.<sup>a</sup> ed.) y en nuestros escritos sobre la equidad o la jurisprudencia.

Pero solo ha sido recientemente cuando incluso los temas más axiológicos y políticos nos han resultado insuficientes y, desde una perspectiva humanista y artística que siempre nos ha atraído, hemos dirigido nuestros esfuerzos y energía hacia una cuestión más creativa como es la Literatura en su relación con el Derecho. Fue precisamente en una conversación al volver a casa en coche con nuestro maestro, José Iturmendi Morales, al que precisamente va dedicada la obra, en la que nos decidimos por esta temática. Y es que, en realidad, los grandes asuntos de los que se ocupa la Filosofía del Derecho —la justicia, la igualdad, la libertad, los valores...— se ven plasmados de una manera nítida en las obras que constituyen los clásicos de la Literatura universal, la cual es precisamente por eso, por abarcar cuestiones intemporales, por lo que trasciende las modas y se puede releer en cualquier época sin que se halle desfasada. De ahí que, a través del análisis de la Literatura, se pueda enriquecer el estudio filosófico-jurídico.

A medida que nos íbamos documentando sobre la materia, fuimos apasionándonos por la temática ante la riqueza del material bibliográfico encontrado y del campo de estudio en ciernes. Fue entonces cuando decidimos ahondar en profundidad en la cuestión y elaborar una monografía sobre ella. Además, con el método Bolonia era muy factible que en las clases prácticas del grado en Dere-

cho pudiésemos introducir la disciplina como eje o núcleo didáctico, ello sin contar con el curso que anualmente impartimos en el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, del que somos docentes, y que se adapta a las mil maravillas a este programa.

Éramos conscientes de que en la doctrina hispánica el Derecho y la Literatura como nociones conexas, salvo honrosas excepciones, han tenido un escaso tratamiento conjunto, especialmente si lo comparamos con el existente en el mundo anglosajón, más en concreto el estadounidense, en el cual constituye un ámbito de estudio autónomo y, si bien relativamente reciente, ya consolidado. De sus fuentes bibliográficas nos hemos nutrido en gran medida en esta obra. Esto sin olvidar, por supuesto, los trabajos de algunos estudiosos continentales que constituyen, asimismo, un sobresaliente referente en la materia, como es el caso del profesor belga François Ost, que nos honra prologando estas líneas. En España la perspectiva que ha tenido más arraigo doctrinal es «el Derecho “en” la Literatura»<sup>1</sup>.

En la presente obra se hace un acercamiento al tema, primero, desde la perspectiva *normativa*, estudiando el Derecho que regula la Literatura —«el *Derecho “de” la Literatura*»—, donde se abordan cuestiones de Derecho privado (los derechos de autor y la propiedad intelectual), de Derecho penal (la in/moralidad de la Literatura —en relación con el tema de la pornografía y de la censura—, la difamación, las injurias y calumnias, y el tema del racismo en las obras literarias) y de Derecho constitucional (dedicando un extenso epígrafe a la libertad de expresión desde el punto de vista de Karl Popper y su «sociedad abierta», destacando el papel que en nuestros días debe jugar el pensamiento crítico).

Posteriormente se trata la perspectiva *hermenéutica* en el movimiento del «*Derecho “como” Literatura*», corriente dominante actualmente en Estados Unidos que intenta aplicar al fenómeno jurídico los métodos de análisis literarios, estudiando aquí, entre otras, las aportaciones de James Boyd White, Ronald Dworkin y Richard A. Posner, sin olvidar a Martha C. Nussbaum, en torno a las similitudes y diferencias entre ambas ramas del saber.

En un tercer capítulo nos ocupamos brevemente de la perspectiva *narrativa* —«*la Literatura “en” el Derecho*»—, porque el Derecho y la poesía no están ni tan próximos ni tan alejados como se podría suponer.

Pero el apartado al que dedicamos mayor atención y extensión es precisamente, y en la línea de la Filosofía patria, el que aborda la perspectiva o aproximación *crítica* al Derecho a partir de la Literatura —«*El Derecho “en” la Literatura*»—, viendo como en esta se abordan temas jurídicos, como la justicia, el castigo, la ley, la conciencia, el poder o la política.

En esta sección pasamos revista a 46 obras cumbre de la Literatura universal de todos los tiempos, desde la Antigüedad clásica —*La Ilíada*, *La Odisea*, *Los trabajos y los días*, *La Orestíada*, *Antígona*, *Electra*, *La Lisístrata* o la *Biblia*—, pasando por la Edad Media —*La divina comedia* o *El libro de buen amor*— y

<sup>1</sup> Nos remitimos en la bibliografía final a los trabajos en español de Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ, José Calvo GONZÁLEZ, Pedro TALAVERA, Juan OSSORIO MORALES, Juan Antonio GARCÍA AMADO, Germán José María BARREIRO GONZÁLEZ o Miguel A. RAMIRO AVILÉS.

la Edad Moderna —*El discurso de la servidumbre voluntaria*, *Don Quijote de la Mancha*, *Doctor Faustus* de Marlowe, algunas obras de Shakespeare (*El Rey Lear*, *El mercader de Venecia* y *Hamlet*) o *Robinson Crusoe*—, hasta llegar a la Edad Contemporánea —*Fausto* de Goethe, *Michael Kohlaas*, *El Conde de Montecristo*, *César Birotteau*, ciertas creaciones de Dickens (*Tiempos difíciles*, *David Copperfield* y *Pickwick Papers*), *Cumbres borrascosas*, las principales obras de Thoreau (*Civil Disobedience* y *Walden*), *Billy Budd*, dos novelas de Dostoievski (*Crimen y castigo* y *Los hermanos Karamazov*), *Alicia en el país de las maravillas*, las novelas de Stevenson (*La isla del tesoro* y *El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*), *El hombre sin atributos*, *El proceso*, *Un mundo feliz*, las obras de Orwell (*1984* y *Animal Farm*), de Camus (*El hombre rebelde* y *El extranjero*), *La naranja mecánica*, *Archipiélago Gulag*, la literatura de Borges, *Crónica de una muerte anunciada* de García Márquez, y el *legal thriller* *The Firm* de Grisham—.

Somos conscientes del amplio número de obras abarcado. Hemos procurado, en este sentido, que la extensión del campo de estudio propuesto no fuese en detrimento de la profundidad y rigor en el tratamiento del mismo, centrándonos exclusivamente en aquellos aspectos de las creaciones literarias mencionadas que pudieran tener relevancia en el mundo jurídico sin abordar cada obra de manera monográfica, sino intentando dar una perspectiva de la Literatura jurídica *de conjunto*, útil para la formación de los estudiantes y lectores versados en la materia.

El estudio se acompaña de una extensa bibliografía en la que se hace referencia a la amplia doctrina de los distintos países que ha tratado la cuestión del Derecho y la Literatura. Las conclusiones, tanto individuales —referidas a cada obra— como comparativas entre ellas, no se sitúan al final del libro, sino que se recogen por epígrafes.

Confiamos en que de estas páginas se puedan extraer interesantes hallazgos que den una visión global de una materia tan fascinante. Este ha sido el propósito que nos ha animado y que nos continuará animando, sin duda alguna, en la investigación sobre un tema tan rico como el presente.