

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO; Y DERECHO Y LITERATURA: ALTERNATIVAS ANTE LOS RETOS ACTUALES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Law and Economics; and Law and Literature: Alternatives to the
Current Challenges of Legal Philosophy*

PALOMA DURÁN Y LALAGUNA **

TERESA ARSUAGA ***

Anales de la Cátedra Francisco Suárez

Fecha de recepción: 27/06/2021

ISSN: 0008-7750, núm. 56 (2022), 155-179

Fecha de aceptación: 01/11/2021

<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v56i0.21637>

RESUMEN La Filosofía del Derecho contemporánea plantea retos importantes que, según Carla Faralli, se sistematizan en dos: por una parte, la apertura a los hechos y, por otra, a los valores políticos y éticos. La tradicional conversación del iusnaturalismo con el positivismo y el realismo jurídico parece haber sido superada, especialmente, después de la obra de Hart. Y en este periodo, lo cierto es que las consecuencias del realismo jurídico han derivado en modos de proponer el concepto, aplicación e interpretación del Derecho, más ajustados con la realidad.

La apertura del Derecho a la economía, protagonizada por el análisis económico del Derecho, teniendo en cuenta la crítica abierta llevada a cabo por el movimiento *Critical legal Studies*; así como las argumentaciones de los *Law and Literature Studies*, ofrecen dos alternativas contrapuestas de interés, que son el objeto de estudio de este artículo.

Palabras clave: Análisis económico del Derecho, Derecho y Literatura, Critical Legal Studies, Filosofía del Derecho norteamericana.

ABSTRACT Contemporary Philosophy of Law poses important challenges, which according to Carla Faralli can be systematized in two. On the one hand, openness to facts; and on the other openness to political and ethical values. The traditional conversation between iusnaturalism and positivism and legal realism seems to have been overcome, especially after Hart's work. And in this period, it is certain that the consequences of legal realism have led to ways of proposing the concept, application and interpretation of law that are more in line with reality.

* Para citar/citation: Durán y Lalaguna, P. y Arsuaga, T. (2022). Análisis económico del derecho; y derecho y literatura: alternativas ante los retos actuales de la filosofía jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56, pp. 155-179.

** Departamento de Derecho Público, Universidad Jaime I. Avenida Vicente Sos Baynat, s/n, 12071 Castellón (España). Email: duan@uji.es. Número ORCID: 0000-0001-5795-1374

*** AEC C./ Travesía de Ganimedes 4. 28023 Madrid (España). Email: teresarsuaga@hotmail.com
Número ORCID: 0000-0002-6624-3959.

In this sense, the opening to economics, led by Law and Economics; the open critique of Law and Economics carried out by the Critical legal studies movement; and the arguments of Law and Literature offer important alternatives, which are analyzed in this paper.

Keywords: Law and Economics, Law and Literature studies, Critical Legal Studies, USA jurisprudence.

1. INTRODUCCIÓN

Un balance rápido acerca de la historia reciente de la Filosofía del Derecho muestra los retos que actualmente plantea la disciplina. La tradicional conversación entre el positivismo y el iusnaturalismo como protagonistas principales del debate parece hoy de algún modo superada. La Filosofía del Derecho contemporánea, que Faralli sitúa en la crisis del iuspositivismo en su versión hartiana (Faralli, 2007), ha heredado las dos posiciones mencionadas, además del denominado realismo jurídico que la misma autora centra en el análisis económico del Derecho, algunas manifestaciones del feminismo y los *Critical Legal Studies* (Faralli, 2007).

Esta nueva etapa implica, por una parte, la apertura al mundo de los valores ético-políticos y, por otro, su simultánea apertura al mundo de los hechos (Faralli, 2007). En definitiva, abre de nuevo la puerta para concebir el papel de la Filosofía jurídica en términos de legitimidad y justicia. Para unos, implica la recuperación del análisis de hechos, valores y normas, dando —como en el caso de Bobbio— a cada uno un tratamiento constitutivo de disciplinas distintas. Para otros, supone un estudio integral de las tres dimensiones (Fasso, 1996), recuperando algunas de las referencias de la Filosofía de la experiencia jurídica (Faralli, 2007).

Este proceso, de algún modo, supera la rígida diferenciación entre el Derecho y la Moral que, según Faralli, había caracterizado al positivismo jurídico hasta la obra de Hart, abriendo una vía hacia una Filosofía del Derecho que centra su atención en cuestiones con *fuerte proyección política y moral*, asumiendo un paréntesis de la interdisciplinariedad y proponiendo la relación estrecha entre Derecho, Ética y Filosofía política (Ballesteros, 1989).

En este contexto se entiende la acogida de la propuesta de Rawls, que en su Teoría de la justicia, busca obtener un conocimiento fiable que haga posible una sociedad justa (Faralli, 2007), tratando de identificar los objetivos sociales que cualquier persona elegiría mas allá de sus propios intereses. La influencia de Rawls, especialmente en Estados Unidos, ha ido pareja al repetido uso de sus argumentos en la práctica judicial. En definitiva, la búsqueda de los principios de justicia ha recuperado las referencias a la

Filosofía práctica y a los valores ético-políticos que han justificado el desarrollo posterior del llamado neo-constitucionalismo y neo-iusnaturalismo (Faralli, 2007).

En ambos casos, se argumenta a favor de las conexiones entre ámbito jurídico y moral, por diferentes vías, que en un caso de la mano de Robert Alexy y en el otro de la mano de John Finnis, reclaman una fundamentación del Derecho positivo y en último término una superación de la separación radical entre Derecho y moral¹.

En todo caso, la apertura de la Filosofía jurídica a los valores políticos y éticos ha sido paralela a su apertura a los hechos, que se ha desarrollado a través del llamado neo-institucionalismo de MacCormick y del realismo jurídico americano articulado con la revuelta anti formalista (Faralli, 2007).

Ha sido en este último escenario, en el que la crisis del positivismo se ha manifestado de modo explícito con el movimiento de *Critical Legal Studies* y todas sus manifestaciones, especialmente en Estados Unidos, aunque no es este movimiento el objetivo de nuestro análisis.

El análisis económico del Derecho (AED) y el movimiento *Law and Literature Studies* representan dos lecturas muy diferentes de la respuesta anglosajona a la crisis positivista. En el primer caso, recuperando la relación del Derecho con el contexto económico; y en el segundo, buscando una humanización del Derecho, en respuesta al planteamiento positivista desarrollado en Estados Unidos, donde la concepción del Derecho en términos integrales (por tanto incluyendo la aspiración de la justicia como manifestación del “dar a cada persona lo que le corresponde”) parece reducida al ámbito de la ley (Paulson, 2020; Purcell, 2015).

Este trabajo trata de profundizar en las propuestas de ambos movimientos, con el objetivo de analizar las alternativas al positivismo, en una sociedad como la americana, fuertemente marcada por el peso del Derecho positivo respecto a cualquier otro criterio. Ambas propuestas no se sitúan en la misma línea argumentativa y el AED no se incluye en el paraguas de los *Critical Legal studies (CLS)*, entendiéndose que la referencia a la economía para la interpretación del Derecho, siendo importante, ha pasado a

1. En este sentido, Finnis argumenta: *Como la debacle de la doctrina tardía de Hans Kelsen nos ilustra de manera contundente, el hecho de la positividad sin el apoyo de ningún tipo de principio normativo previo no puede otorgar una positivación racional a las deliberaciones del juez o ciudadano, ni un fundamento para reconstruir la ley como un sistema. A la inversa, las verdades de la responsabilidad moral humana en la comunidad política, que se articulan en principios morales adecuados, proporcionan la base de una afirmación clara de la positividad de la ley y, realmente de todo lo que es verdadero en el positivismo jurídico.* Cfr. Finnis, *La verdad en el positivismo jurídico*, p. 201

convertirse en el criterio hegemónico de muchos representantes del AED, terminando en algunos casos por defender posiciones más alineadas con la tradicional versión del positivismo que con los intentos de respuesta al mismo.

De hecho, algunos de los representantes de CLS han utilizado los argumentos del AED para construir sus posiciones, argumentando la incoherencia del protagonismo económico en un mundo global. Como veremos, especialmente crítico con el AED ha sido Duncan Kennedy —considerado el principal representante de CLS— refiriéndose especialmente a las posiciones de la Escuela de Chicago (Kennedy 1975), representada por Richard Posner.

No se incluye este trabajo el estudio de la *Jurisprudencia feminista*, entendiendo que requiere un análisis independiente, puesto que reclama la investigación sobre criterios conceptuales en los que falta profundizar en el ámbito de la Filosofía jurídica y no puede agotarse en este trabajo.

En todo caso, hemos considerado que el estudio de dos posiciones diferentes, como son el análisis económico del Derecho; y *Law and Literature studies*, que se ubican en las potenciales alternativas al positivismo, podrían facilitarnos algunas claves para asumir los retos que genera la Filosofía jurídica contemporánea. Especialmente teniendo en cuenta que la recuperación de la economía —propuesta en el AED— ha derivado en algunos casos en posiciones radicales que están más alineadas con el positivismo tradicional que con su alternativa. Y de hecho, muchos de los autores de *Law and Literature studies* han reforzado sus argumentos en clara respuesta a los extremos del AED.

2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En una entrevista relativamente reciente a Guido Calabresi², a raíz de la publicación de su obra sobre el futuro del AED (Calabresi, 2017) reiteraba la posición de bilateralidad entre la economía y el Derecho, subrayando, una vez más, la equidad entre las mismas y el error de priorizar la economía respecto al Derecho o viceversa. En términos gráficos y sencillos, Calabresi argumentaba que *la Teoría económica nos ha ayudado a observar que a veces hay medios mas efectivos de llegar de un punto a otro, pero también a comprender que podemos querer hacer algo que podría costar más, simplemente, porque así lo deseamos.*

2. La entrevista fue preparada por E. Saavedra en la Universidad Católica del Perú, donde es profesor; y también autor de *Análisis económico-comparado del Derecho. Enfoque alternativo del Derecho civil*, Fontana Editores, Lima 2016.

Sin pretender adelantar las conclusiones de este trabajo, parece necesario reconstruir el nacimiento y evolución de un movimiento nacido en un contexto social y económico como el americano y con una fuerte incidencia en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos, tanto en el ámbito del Derecho civil como en materia de Derecho de seguros.

2.1. *El nacimiento del AED*

La publicación en 1957 de la tesis de Gary Becker, defendida en 1955 bajo el título *La discriminación en el mercado* (Becker, 1957) marca el punto de arranque del denominado análisis económico del Derecho. La narrativa de Becker implica el inicio de un análisis de las relaciones entre la economía y el Derecho que ha tenido lecturas e interpretaciones muy diferentes.

Desde el punto de vista de los presupuestos sistematizados del AED, habría que considerar la influencia de la obra de Adam Smith, articulada después en los argumentos de la escuela de Lausana; y la influencia de la obra de Jeremy Bentham, con su proyección sobre la génesis filosófica de la vida económica (Mercado Pacheco, 1994). Estos elementos, desde la economía y la filosofía, abonaron el terreno para el desarrollo posterior de la influencia económica y en muchos casos para la hegemonía atribuida a esta última, que se ha extendido a todo tipo de sociedades.

La publicación de Becker generó una clara innovación: era la primera vez que se analizaba el impacto económico de la discriminación, hasta entonces no incluida en el objeto de análisis del mercado. Y su trayectoria continuó en esta línea, constatando la importancia del análisis económico para la solución de problemas sociales, incluyendo en su trabajo la investigación sobre el capital humano, la conducta humana o la familia (Duran y Lalaguna, 1994). Las propuestas de Becker son más explícitas en el análisis de la conducta humana, que estructura sobre tres elementos: la maximización de la utilidad, el equilibrio de mercado y las preferencias estables (Becker, 1976).

Esta propuesta se enmarca en lo que se ha denominado análisis económico *positivo*, en el que se analiza “lo que es”, para diferenciarlo del análisis económico *normativo*, que se centra en “lo que debería ser” (Doménech, 2014). Desde esta posición, Becker desarrolla también una interpretación económica de la pena, así como del matrimonio y la familia y de la sociedad que, en definitiva, alimentan la articulación del denominado *homo economicus* y que confirman a Becker –según Posner (Posner, 1979)– como el fundador del AED.

El proceso se consolida en la década de los 70 y 80, al mismo tiempo que se refuerza también la crisis del positivismo a la que nos hemos referido, en un momento histórico en el que la Filosofía jurídica se abre a valores políticos y éticos y, consecuentemente, busca los elementos que justifican las relaciones entre el Derecho y otros ordenes normativos.

La obra de Becker toma fuerza con la publicación en 1960 del Teorema de Coase (Coase, 1970), que supera la visión del primero analizando las consecuencias económicas de la discriminación, para centrar su análisis en los costes sociales, que reclaman unificar los referentes económicos y los jurídicos. Dicha narrativa parte de un sistema económico que rechaza la intervención estatal planteada por Arthur Pigou (Pigou, 2013) y que asume que el principal problema económico es cómo maximizar la producción.

En este sentido, Coase se situaría en el análisis económico *normativo*. En ambos autores se detecta la influencia de una concepción del Derecho como ingeniería social que se basaría en la obra de R. Pound como primer teórico de la jurisprudencia sociológica, aunque todavía con límites, al no incorporar el elemento económico. Más allá de la influencia de los diferentes autores, el AED podría ordenarse sobre tres elementos: una ética normativa liberal; una filosofía pragmática y un método de investigación económico (Faralli, 2007).

El combinado termina por asumir el individualismo como eje central de la explicación económica; y la propia satisfacción y el beneficio propio se entienden como móvil de la conducta humana. El resultado es la sustitución de la primacía de la ley por la primacía de la economía y en este caso, tampoco valdría la apertura a los hechos o la apertura a los valores.

Así se podría decir que el inicio del AED se traduce en un planteamiento lejano a los argumentos de *Critical Legal Studies* y a la humanización de los *Law and Literature studies*.

2.2. Las escuelas del AED

Los principales teóricos del AED desarrollan su investigación principalmente a través de dos escuelas: la escuela de Yale y la escuela de Chicago.

En el primer caso, Guido Calabresi, desde la Universidad de Yale, ofreció un razonamiento mucho más moderado que el de la otra escuela. Casi de modo paralelo a la publicación del Teorema de Coase, Calabresi publicó su primer artículo desarrollando una interpretación racional de las reglas de responsabilidad civil (Calabresi, 1961), que lo sitúan en el análisis económico *normativo*. Calabresi reitera la consideración del AED como un modo de estudiar el Derecho pero asumiendo que la economía no agota al Derecho y que es necesario explicitar la organización del Derecho

desde la teoría económica: verificar la eficiencia del ordenamiento jurídico; contribuir al diseño de las reformas del sistema jurídico; y establecer una evaluación cuantitativa de los efectos del sistema jurídico (Calabresi, 1984). En definitiva, Calabresi intentó dar respuesta al debate entre la doctrina finalista y la doctrina tradicional, abriendo la conversación a la interpretación económica de la responsabilidad civil y de la penal y, como consecuencia, cuestionando inicialmente la responsabilidad por culpa y la eficiencia económica del sistema.

La argumentación supera la apertura de la Filosofía jurídica a otros valores, o a los hechos, o a otros ordenes normativos. Cuestiona conceptos básicos de la Filosofía jurídica, política y moral, que remiten no tanto a una interpretación más humana del Derecho, sino más eficiente en términos económicos.

Aun así, las propuestas más radicales se presentan con la obra de Richard Posner, máximo representante de la escuela de Chicago. Posner añade a su faceta académica su actividad como juez, que ha supuesto la utilización del AED en las decisiones judiciales con un mayor impacto en la interpretación del Derecho en Estados Unidos. Se dan así en Posner algunos factores que refuerzan su posición y la divulgan de un modo muy rápido.

Por una parte, Posner justifica su argumento en la necesidad de adecuar las instituciones jurídicas a la sociedad histórica y esto implica la referencia al *homo oeconomicus* como punto de partida (Posner, 1987).

La crisis económica de los 70 cuestiona el Estado del bienestar y reclama un individualismo del bienestar que asume al ser humano como maximizador de riqueza. De modo que Posner avala desde su teoría una realidad de hecho que es la influencia de la economía en la toma de decisiones básicas del ser humano. Adicionalmente, los representantes del *Critical Legal Studies* incrementaron sus críticas al AED, haciendo que muchos juristas prestaran atención al AED, que Posner también alimentó a través de la actividad judicial.

La concepción de la justicia y de la eficiencia basada en la racionalidad del *homo oeconomicus*; y la consideración de la ética y el sistema social en términos eficientes, han motivado críticas abiertas a Posner pero también apoyos considerables, que aceptan una posición pragmática y utilitarista del ser humano, de sus decisiones de conducta y de la organización social.

2.3. La propuesta crítica

El AED parte de una propuesta inicialmente alternativa al positivismo de mediados del siglo XX, aceptando la referencia a la economía como una

apertura del Derecho a otros campos de conocimiento. Sin embargo, el dialogo inicial pasa a convertir a la economía en la referencia hegemónica para la aplicación del Derecho y como consecuencia termina sustituyendo la ley positiva por la lectura capitalista más radical de la economía de mercado.

También habría que tener en cuenta el presupuesto social sobre el que desarrolla su argumentación, que está ubicada en una propuesta capitalista, sobre la prioridad de la libertad individual y los presupuestos del *homo oeconomicus* para la interpretación de la conducta humana. De este modo, la referencia a la igualdad y a la solidaridad quedan excluidas del argumentario propio del AED.

Junto a ello, la preferencia por la eficiencia sobre la justicia, subraya la lectura económica, en la medida en que las normas jurídicas son analizadas en función de los costes sociales que generan; y por derivación, prescindirían de criterios de justicia.

No menos importante sería la lectura de conceptos y realidades jurídicas clave como son la responsabilidad por culpa, la pena, las sanciones y la determinación de la propia conducta humana, el papel de los agravantes y atenuantes para calificar la conducta, la responsabilidad finalista o la consideración de realidades humanas reguladas jurídicamente, como el matrimonio, la familia, la protección de los menores, léidas todas ellas en clave económica.

Aunque como se ha señalado, autores como Calabresi asumen planteamientos más abiertos y flexibles que los de Posner, lo cierto es que el AED recibió y sigue recibiendo críticas de muchos representantes del *Critical Legal Studies (CLS)* (Under, 1986; Miljiker, 2014).

Especialmente crítico ha sido Duncan Kennedy (Kennedy, 1975), fundador del movimiento CLS, que entiende que la retórica jurídica se presenta como neutral e imparcial, cuando en realidad en las reglas y decisiones judiciales se plantean debates éticos que muestran dilemas entre *visiones irreconciliables de la humanidad y la sociedad*. Aunque Kennedy se ha identificado siempre con posiciones ideológicas críticas con el capitalismo y el sistema americano, lo cierto es que ha liderado un pensamiento crítico que ha generado el nacimiento de otros modos de entender el Derecho, más allá de la utilización de la ley vigente como autoridad y referencia. Su crítica al AED se articula sobre la defensa del capitalismo como único sistema económico válido, pero también sobre la marginación de cuestiones como la inmigración, el multiculturalismo, la tolerancia o la democracia del debate ético y político, para remitir exclusivamente a los argumentos económicos (Kennedy, 2013).

Aunque el movimiento CLS no tiene en la actualidad la fuerza que tuvo en los 80 (Pérez Lledó, 2011), lo cierto es que la crítica al AED y a la mayor parte de sus presupuestos teóricos y prácticos tuvo su impacto.

El AED también recibió su crítica desde la denominada *Jurisprudencia feminista*. Como se ha dicho, en muchos casos, el AED, los CLS y el feminismo se incluyen dentro de un mismo movimiento contrario al positivismo legalista tradicional en Estados Unidos e incluso se ha apelado a la necesidad de entendimiento entre las tres corrientes para articular una crítica más constructiva (Audain, 1992). Sin embargo, el análisis de contenidos confirma la incompatibilidad de las propuestas, especialmente en el caso del AED (Kotiswaran, 2013). Explícitamente ha sido puesto ya de manifiesto en el caso de CLS, pero también lo ha sido en el caso de la *Jurisprudencia feminista*, que critica la posición del AED argumentado como excusa para no apoyar la igualdad, los costes sociales y económicos que generaría la reforma del sistema jurídico y la recuperación de la cláusula de igualdad (MacCluskey, 2020).

En todo caso, el estudio del AED confirma la apertura de la Filosofía jurídica a otros ámbitos más allá de la interpretación y aplicación de la norma jurídica y en este sentido tanto CLS como AED y *Jurisprudencia feminista* han ofertado una alternativa al planteamiento positivista, al menos en Estados Unidos. Similar argumento podría utilizarse del movimiento Derecho y Literatura al que nos referimos a continuación.

3. EL MOVIMIENTO LAW AND LITERATURE STUDIES

Siguiendo una sistemática similar a la utilizada en el AED, nos referiremos, en primer lugar, al origen de este movimiento; a continuación, a sus presupuestos y contexto; y, finalmente a las distintas versiones del mismo, su repercusión y recepción.

3.1. Origen

Law and Literature Studies nace en el seno de las universidades norteamericanas a comienzos de los años 70 del pasado siglo, un periodo en el que, como se ha visto, comenzaban a cobrar una considerable notoriedad algunas de las diversas y heterogéneas corrientes que derivaron del Realismo jurídico (Faralli, 2007, p. 53). Fue, este último, un movimiento que tuvo lugar en Estados Unidos a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, unos tiempos de especial conflictividad social y de importantes transfor-

maciones tecnológicas, económicas y culturales. Surgió con la pretensión de acercar el Derecho a las nuevas y verdaderas necesidades colectivas liberándolo, para ello, del formalismo que le estaba impidiendo ser eficaz. Tanto legisladores como jueces comenzaron a conceder peso a ciertos datos y conocimientos de carácter científico. Adquirieron, en este sentido, especial relevancia los estudios estadísticos (Holmes), sociológicos (Ross) o antropológicos (Llewellyn), bajo la influencia de los cuales terminan emergiendo, tiempo después, nuevas y heterogéneas corrientes como la del Análisis Económico del Derecho, los Estudios Críticos del Derecho, o las Teorías Feministas (Brook 1991, p. 511), a las que ya nos hemos referido.

Los estudios de Derecho y literatura surgen en medio de estas corrientes (Faralli, 2007, p. 80) alentados, pues, por un contexto en el que se había producido una apertura del Derecho a otras disciplinas y en el que explorar las posibles conexiones comenzaba a ser no sólo algo legítimo sino incluso necesario, al haber ganado fuerza esta imagen del Derecho no como una disciplina aislada sino formando parte del mundo (Dunlop, 1991, p. 68). La multitud de argumentos, sentencias y artículos académicos cargados de jerga científica, datos y estadísticas serían prueba de la importancia y el exceso de confianza que el Derecho llegó a depositar en las ciencias.

Law and Literature Studies nace, por tanto, bajo el impulso, por una parte, de este nuevo rumbo académico interdisciplinar y, en gran medida, con intención de poner de manifiesto los límites de las ciencias sociales en su aplicación al Derecho y, muy especialmente, los del Análisis Económico de Derecho. De la crítica que hace el movimiento a este último, podrían destacarse tres puntos básicos fundamentales: La imagen del ser humano que se maneja en estos métodos, reducida o lo material y medible, una imagen que no se considera la más idónea para una disciplina como el Derecho; que se prescinda de los grandes textos del Derecho poniendo por delante enfoques coste –beneficio y que en lugar de justicia prefiera hablarse de eficiencia (Dunlop, 1991, p. 66) (Brook, 1991, p. 511). Y es que, como se ha explicado anteriormente, el AED constituye uno de los caminos que tomó el Derecho después del esfuerzo de Oliver Wendell Holmes por liberarlo de su subordinación a la filosofía moral para tratar de hacerlo más receptivo o sensible a las verdaderas necesidades sociales. Posner, uno de sus principales representantes, se sitúa en la tradición de Holmes (Brook, 1991, p. 519) y reniega, igualmente, de los fundamentos morales del Derecho, basándolo en las realidades sociales. La mejor manera de servir al interés público sería a través de la minimización de los costes sociales, los cuales, pueden ser medidos matemáticamente mediante fórmulas económicas que determinan la maximización de la riqueza. Y es en parte con intención de contrarrestar

la aplicación acrítica por el Derecho de estos enfoques coste-beneficio como surgen los *Law and Literature Studies* (Boyd White, 2008, p. 11).

3.2. Presupuestos

A continuación, se hará referencia a otros aspectos de la Filosofía, del Derecho y de la Cultura que podrían explicar la constitución de un movimiento de estas características —que reacciona frente al AED—, así como sus tesis más representativas.

3.2.1. Lenguaje, retórica e interpretación

El gran peso y aceptación que en la práctica del Derecho habían alcanzado la perspectiva de las ciencias sociales, los datos empíricos, la utilización de categorías, métodos y técnicas de la economía y la aplicación de un enfoque coste-beneficio, pese a ser una contribución al Derecho en su necesidad de ser eficaz, sin embargo, no armonizaba con los valores de la mentalidad posmoderna (en medio de los cuales surgen los estudios de Derecho y Literatura) en la que destaca lo subjetivo frente a toda pretensión de objetividad, y en la que el lenguaje ordinario frente al científico se coloca en el centro de la discusión filosófica.

Desde el segundo Wittgenstein y con el salto de la hermenéutica a la filosofía, el lenguaje natural se convierte en la categoría central a través de la cual se produce el conocimiento. Se inicia desde Wittgenstein una nueva forma de pensar en el lenguaje (desde la cual han partido todas las teorías del razonamiento jurídico contemporáneas) que es la que nace de nuestra experiencia de la vida ordinaria y de la lectura de la literatura. El lenguaje deja de verse como algo transparente y neutral, para plantearse como una forma de imaginarse una vida. Nuestros propósitos y observaciones no tienen una realidad pre-lingüística, sino que son constituidos por el lenguaje. En el lenguaje que aprendemos se encontrarían implícitos los términos de descripción social y de los hechos, los motivos y los valores que hacen de nuestra cultura lo que es. A su vez, nosotros estamos formados por los lenguajes que usamos, por sus implícitos criterios de selección, por la forma en que estos disponen la mente y los sentimientos (Boyd White, 1984, pp. 124-129). Las palabras no significan tampoco una misma cosa cada vez que son empleadas, ya que no tienen un significado rígido, universal e imperterbable, sino que tomarían mucho de su significado del contexto (Boyd White, 1987, p. 8).

Esta concepción del lenguaje y su centralidad como forma de conocimiento conduce a una visión y análisis de todas las disciplinas como lenguajes, como textos y, como tales, albergando una determinada concepción del mundo. De esta forma, podría decirse que los *Law and Literature Studies* estarían, de alguna forma, participando de este fenómeno más amplio y tratando de ver cómo afecta al Derecho. Desde esta perspectiva, algunos de los autores del movimiento proponen una aproximación al Derecho que va más allá del conjunto de normas, conceptos y razonamientos fundamentales basados en la lógica —que precisarían de una concepción científica del lenguaje—, para proponer una visión del Derecho como algo que se construye e interpreta por hombres y mujeres situados en una cultura. Los textos jurídicos no tendrían, entonces, un significado único y claro, permanente y autoritario, sino que necesitarán cada vez ser interpretados por personas situadas en un contexto cultural distinto, cuyas necesidades, percepciones, sensibilidades y motivaciones serán diferentes (Boyd White, 1985, pp. 77-106). El Derecho no es una estructura estática, sino, más bien, una actividad interpretativa y retórica en permanente construcción.

Este movimiento enfatiza también la idea de que el Derecho, al no estar destinado a regular fenómenos naturales sino actividades de seres humanos, cuyos comportamientos son complejos y dependientes de valores, no puede dejar fuera de su razonamiento este aspecto valorativo, por lo que, además de observar, en el Derecho es inevitable valorar y para ello se requiere no sólo un razonamiento lógico sino, también, un cierto arte retórico (Perelman, 1979, pp. 139-176). La recuperación de la importancia de este arte por algunos componentes del movimiento es un hecho en consonancia con la generalización contemporánea de la hermenéutica a las disciplinas humanísticas. La hermenéutica ayuda a comprender que la verdad misma —incluso la científica— presenta algunos rasgos retóricos cuando se concibe como un discurso que se construye dentro de una comunidad y obtiene el consenso mayoritario en lucha con otros discursos alternativos (Boyd White, 1985, pp. 28-48). Para Stanley Fish (1989, p. 486) ha quedado demostrado que lo que ha sido denominado como “giro interpretativo” —esto es, la comprensión de que lo dado en cualquier campo de actividad, incluidos los hechos con los que se cuenta, los procedimientos, los valores y los fines son social y políticamente contruidos— alcanza a todas las disciplinas humanas. Un ejemplo concreto y expresivo de esta verdad retórica que defiende Fish, aplicada al Derecho, podría apreciarse en la polémica que mantiene este autor con Hart sobre los *plain cases* (Fish, 1989, pp. 503-524).

Hart, en una línea positivista, y viendo que existe en la interpretación del Derecho un peligro de arbitrariedad, trata de encontrar referentes que permanezcan y llega a la conclusión de que hay determinadas reglas formu-

ladas adecuadamente que pueden constituir ejemplos claros de principios para su aplicación. Estas conformarían un conjunto de casos sencillos o centrales en relación con los cuales otros menos claros pueden ser clasificados. Será necesario apreciar si el caso se parece suficientemente y en aspectos relevantes al *plain case*. De esta forma, la discrecionalidad en la aplicación estaría limitada o marcada por un caso fácil.

Fish, por otro lado, no discute la existencia de los *plain cases*, sino que estos sean un límite a la interpretación. Para este autor, la sencillez y la claridad de estos casos sería, más bien, el resultado de una interpretación previa, en el sentido de que si son clasificados como tales no es debido a una propiedad misma del caso, sino que su claridad o sencillez sería el resultado de una historia interpretativa, en el curso de la cual, una determinada “agenda interpretativa” —con sus definiciones, distinciones y cánones de evidencia— ha dominado sobre otra. Esta historia, en principio cerrada, puede, sin embargo, abrirse en cualquier momento de manera que las asunciones establecidas por las que el caso adquiere su significado claro, pueden convertirse, más adelante, en otro momento en objeto de debate. Para Fish, estos casos sencillos o paradigmáticos, son más bien el resultado de la acción o fuerza de la misma, lejos de constituir un dique a la interpretación

En los *Law and Literature Studies*, confluyen, pues, un conjunto de autores que van a destacar el carácter interpretativo del Derecho. Sin embargo, no habría unanimidad entre ellos a la hora de determinar cómo establecer los límites a esta actividad interpretativa. El ejemplo paradigmático de este desacuerdo lo representan Ronald Dworkin y Stanley Fish. Podría decirse que es más o menos en torno a los extremos que representarían ambos como se agruparían la mayor parte de autores que estudian esta cuestión.

Una primera aproximación a algunas de las líneas más básicas y representativas de esta polémica podría llevarse a cabo a través del ejemplo de la conocida “parábola de la novela en cadena” de Ronald Dworkin (1985, pp. 158-162). En esta novela cada autor es responsable de un capítulo. El primer escritor redacta el primero y así sucesivamente. Cada coautor acepta el texto elaborado previamente por los anteriores y lo continúa. Solo tiene la responsabilidad de crear desde cero el primer novelista. Los demás tendrán que leer todo lo que se ha escrito antes para establecer, en un sentido interpretativo, qué es lo que ha sido creado hasta ese momento y hacerse una idea propia de cómo son realmente los personajes que la pueblan, cuáles son sus motivos, cuál es el verdadero tema de la novela, así como de qué forma las figuras y recursos literarios empleados contribuyen o no a ello y, por tanto, si deben ser utilizados de nuevo o, más bien, eliminarse, reducirse o pulirse.

Dworkin defiende que decidir “*hard cases*” en Derecho es una actividad que se asemeja a este ejercicio literario, una similitud que se haría más evidente en el “*Common Law*” donde no hay unas normas objetivas previas y el argumento gira en torno a las reglas o principios generales del Derecho que subyacen a las decisiones judiciales dictadas en el pasado. Los jueces en este caso podrían comportarse, entonces, como esos coautores de una misma novela. Cada uno de ellos deberá leer lo que otros jueces han escrito en el pasado alcanzando así una opinión sobre el conjunto de lo escrito hasta entonces, para estar en condiciones de asumir, después, la responsabilidad de avanzar en esa tarea colectiva que tiene entre manos. Para asumir esta tarea adecuadamente deberá hacer entonces la mejor interpretación posible que sea “integral” y “coherente” con la historia legal previa. Para Fish (1989, p.p.87-119), sin embargo, estos límites externos a la interpretación son aún excesivamente objetivos y, por tanto, positivistas. Y es que, para este autor, toda actividad interpretativa tiene de por sí unos límites internos que resultan suficientes, ya que no existe la persona que pueda pensar, interpretar o comprender fuera del marco interpretativo producido por su comunidad. De esta forma, el profesional de Derecho, durante el período de su formación habría aprendido un *Know-how*, habría interiorizado unas normas, principios, definiciones, prácticas, asunciones, categorías y métodos que, inevitablemente, condicionan su pensamiento y que constituyen, para Fish, un límite interno suficiente a la actividad interpretativa (Fish, 1995).

3.2.2. *El Derecho como texto*

Como consecuencia de este fenómeno mencionado de “literaturización” del Derecho, de la importancia de la consideración del lenguaje, la interpretación, la retórica y la cultura en él, se llamará la atención sobre el hecho de que el trabajo del abogado y del juez se desarrolla, fundamentalmente, con textos.

Su tarea consiste, en gran medida, en leer, entender, interpretar y hacer reales en el mundo un conjunto de textos, un trabajo no muy diferente al del crítico literario y al que apenas se presta atención en la formación del jurista. James Boyd White es el autor del movimiento que más ha desarrollado este aspecto formativo del abogado. Para este autor, estas cuestiones no deben ser aprendidas como si se tratara de una técnica, sino a través del método de las humanidades, es decir, comparando las actividades del lenguaje que llevan a cabo los juristas con otras, como las de la literatura (Boyd White, 1986, pp. 1377-1380).

El autor propone la comparación de textos jurídicos con otros de distinta naturaleza, por lo que se habla de literatura en un sentido muy amplio. El objetivo de ello, como se ha dicho, sería que los juristas tomaran conciencia de lo que hacen con el lenguaje y criterio para juzgarlo y para ello se propone al abogado aprender de aquellos logros intelectuales que han quedado preservados en los grandes textos del pasado (Boyd White, 1973) (Boyd White, 1984) (Boyd White,1994) (Boyd White, 2006)³. Leer estos textos que han sido considerados como bellos y transformadores y, por ello, merecedores de atención durante mucho tiempo, es para este autor un aprendizaje en leer, pensar y escribir bien y siempre sobre las cuestiones más importantes de la vida. La idea sería que a través de estos ejemplos literarios que han perdurado, los estudiantes de Derecho lleguen a formarse unos modelos adecuados de pensamiento y expresión que puedan servirles de ayuda en la composición de sus textos y en la crítica de los de otros, y todo ello en una dirección que mejore nuestra cultura, la forma en que nos vemos a nosotros mismos y a los demás, que dignifique a los seres humanos y su experiencia (Boyd White, 1999, pp.35).

A pesar de la heterogeneidad de posturas y del intenso debate académico que ha caracterizado a este movimiento, sí cabría hablar, sin embargo, del propósito bastante común de destacar el carácter dinámico del Derecho, al no tratarse de una disciplina que se encuentre aislada, sino inmersa en el devenir de una cultura. Esto hace que no baste para sus prácticos el mero conocimiento de las normas y de la doctrina, sino que se requerirá de ellos una intervención más activa y personal que precisará del desarrollo de otras habilidades.

3.2.3. Intuición, imaginación y contexto cultural

Efectivamente, los *Law and Literature Studies* va a recuperar los escritos del conocido Juez Cardozo (1947), los cuales, constituyen una fuente importante de inspiración para el movimiento. En ellos, el célebre Juez pone en cuestión que la actuación de los jueces y abogados sea neutral e impersonal, poniéndose el énfasis en mostrar hasta qué punto resulta inevitable siempre una respuesta personal de éstos ante cada caso que se les

3. Este podría ser, en términos generales, un propósito esencial de este autor que puede apreciarse con claridad en las obras citadas. En la primera de ellas, así lo expresa el autor casi textualmente, lo cual, tiene su trascendencia ya que es esta obra *The Legal Imagination* la que a menudo se cita como inicio del movimiento. Podría decirse, pues, que este objetivo resultó, de alguna manera, fundacional en Los estudios de Derecho y Literatura.

plantea. Se trata de juicios de valor, decisiones e intuiciones que no tienen por qué considerarse como peligrosas o perjudiciales para el Derecho y, por tanto, deban ser eliminadas o ignoradas, sino que, lo natural, positivo y acorde con la realidad sería que se educasen para que sean responsables (Cardozo, 1947, 330). Algunos autores de este movimiento consideran que esto podría constituir la oportunidad de hacer vivo el Derecho y de garantizar su adecuada evolución. El desarrollo del Derecho podría depender, en buena medida, de la intuición saludable de sus mejores prácticos. Y es que, como también trata de destacarse en el seno de este movimiento, es la subjetividad la que gobierna la observación de la realidad, y esta mirada al mundo puede ser amplia o estrecha, ignorada o informada, fruto de la experiencia o, por el contrario, producto del mero instinto (Weisberg, 1979). Se investiga, pues, acerca de los efectos positivos que podría tener para el Derecho el hecho de que los juristas contasen, además, con una intuición refinada, algo que tendría que ver, según Weisberg (1992, p.42), entre otras cosas, con la adquisición de una cierta empatía intelectual que permitiese llegar al corazón de la realidad, corrigiéndose así las distorsiones de la percepción a que podrían conducir los prejuicios y las distintas teorías a los que todos estamos expuestos.

Estos autores, ven de nuevo en la lectura de determinadas obras de la literatura un procedimiento especialmente adecuado para lograr esa empatía, para conocerse a uno mismo y vaciarse de prejuicios (West, 1988, p.867). La profesora norteamericana Martha Nussbaum (2010, pp.131-134) llama la atención sobre este hecho, así como sobre la importancia de la imaginación como una actividad absolutamente esencial en la vida pública y en el Derecho en la medida en que, como ella misma señala, si no somos capaces de imaginar a los otros, no es posible que haya justicia para ellos. Sería de nuevo la lectura de determinadas obras de literatura un medio especialmente idóneo para ejercitar esa imaginación, para comprender y sensibilizarse con las experiencias humanas, al permitir un acceso privilegiado a realidades distintas, lejanas, o ajenas al lector. Este lograría ampliar así su capacidad para ver, comprender y percibir lo que le dotaría de una mirada amplia y no estrecha hacia la realidad y, por tanto, de un sentido integrador y no excluyente de la justicia⁴.

Desde el movimiento se estarían reivindicando las ventajas que podrían reportar a la razón pública en general y a los juristas en particular el que además de dominar el razonamiento teórico y el conocimiento de la ley, los

4. Sobre en qué podría consistir ese sentimiento integrador en el que educar al jurista y su mirada, véase Rorty y Habermas (2012, p. 9)

juristas adquiriesen una forma de ver el mundo a la manera de los poetas y novelistas. Para Nussbaum (1997, pp. 25-38) sería esto un ingrediente necesario de la vida pública, en la que, como se ha señalado, habrían cobrado un peso excesivo los métodos técnicos para modelar la conducta humana, sobre todo, los que derivan del utilitarismo. La lectura de determinadas obras de literatura permitiría, sin embargo, ejercitar estas aptitudes morales como son la imaginación, la empatía y la fantasía sin las que la razón se volvería fría y cruel (Nussbaum 1997, pp. 25-83). Y es que, como se trata también de destacar, a pesar de la creciente impersonalidad tecnológica del mundo, a jueces y abogados se les siguen planteando cuestiones que requieren de ellos un cierto sentido de la lucha de valores y un conocimiento de la naturaleza y las experiencias humanas. En una cultura posmoderna, sería la literatura un medio especialmente adecuado, vivo y accesible para aprender Derecho desde este punto de vista ético (Weisberg, 1988, pp. 109-11). Y es que parece que no todo puede ser comprendido y explicado en un lenguaje conceptual y teórico y que, por tanto, la comprensión de algunas cuestiones puede precisar de algo más que de una explicación científica de las cosas. Qué es el sufrimiento, la marginación, el racismo, la desigualdad, o la dignidad, son cuestiones más difícilmente accesibles a través de un lenguaje teórico y conceptual. Parece que como más fácilmente se hacen intuitivos es sentimentalmente, a través de un ejemplo, encarnadas en una peripecia o una historia (White, 1973, pp.249). Y no solo es que en la literatura cristalicen los valores vigentes en una sociedad y se hagan de esta forma fácilmente visibles y apreciables, sino que podría decirse que la literatura misma cumple un papel en la formación de la conciencia social, lo cual, a su vez, termina condicionando, en alguna medida, el desarrollo del Derecho. Es la literatura, pues, un lugar donde se pondría de manifiesto la unión del Derecho y los valores que algunos de los representantes de este movimiento ven necesario recuperar.

3.3. Oportunidad. La lección de "Vichy"

La reivindicación de todas estas cuestiones más literarias dentro del Derecho, la necesidad de una enseñanza y visión del mismo que vaya más allá de lo técnico y burocrático, del mero conocimiento de las normas y de la doctrina y el interés por una formación más humanista podrían tener que ver también con el hecho de que se hayan apreciado a finales del siglo pasado en Estados Unidos ciertos aspectos de la cultura en general y de la cultura del Derecho en particular que no estarían ayudando a un desarrollo adecuado y saludable de la democracia y del Derecho

mismo. Podrían citarse, entre otros, la escasa voz que desde e Derecho se estaría dando a los más desfavorecidos; las transformaciones sufridas en la enseñanza del Derecho donde se habría perdido el interés por la calidad de la argumentación jurídica; la baja calidad de las decisiones judiciales, las cuales, parecen escritas de una forma muerta y mecánica o los altos niveles de tolerancia que se aprecian hacia la tortura de prisioneros y sospechosos (Powel y Boyd White, 2009, pp. 265-284). Weisberg, autor clave del movimiento y fundador del *Law and Humanities Institute* relaciona esto último con unos acontecimientos terribles ocurridos en el pasado. Para este autor, habría riesgo de que estos se repitiesen de nuevo si el Derecho, su práctica y enseñanza no adoptaran ese rumbo más humanista propuesto (Weisberg, 2001 p. 135). Y es que Weisberg dedicó gran parte de su vida al estudio y análisis de la actuación de los abogados y jueces franceses en relación a unas leyes raciales promulgadas durante el período de la Francia ocupada por los nazis, conocido como “Vichy” (Weisberg, 1996). Y lo estudió porque la retórica empleada por estos abogados lejos de defender a la comunidad judía tuvo como consecuencia la muerte y deportación de miles de ellos. Para el autor, no se había prestado hasta entonces una atención suficiente a estos hechos de los cuales, sin embargo, era posible que los abogados del futuro pudieran extraer alguna lección importante (Weisberg, 1992, p. 127). Tras una compleja y minuciosa investigación advirtió que el comportamiento de esos juristas y su incapacidad para defender a los judíos no se debió a que fueran especialmente antisemitas, o a que no tuvieran otra alternativa por estar sometidos a la presión o coacción nazi (Weisberg, 1993, pp. 2949).

Tras años de estudio Weisberg llegó a la conclusión de que la forma en que actuaron se debió al estado de una cultura, a una formación y una actuación profesional que les condujo a utilizar un tipo de hermenéutica y una argumentación que prescindió de la ética y de los valores, que les impidió ver la terrible realidad que tenían delante y cuestionar la legitimidad de esas normas. También tuvo que ver con el temperamento evasivo y poco comprometido de estos profesionales que, según señala el autor, caracterizaba a las instituciones francesas de ese momento y que literatos como Camus personificaría, años más tarde, en el cínico abogado protagonista de su novela *la Caída* (Weisberg, 1844, pp. 114).

Ese nuevo rumbo que propone el movimiento Derecho y literatura, del que este autor es uno de los principales impulsores, tendría para él una justificación no sólo teórica sino, también, y, sobre todo, fáctica, la de evitar la amenaza real que representa el ejemplo francés de desconsideración y de distorsión de las creencias básicas constitucionales, porque esos principios

constitucionales por los que nos sentimos protegidos existían ya en la constitución francesa cuando ocurrieron esos terribles hechos⁵.

3.4. *Desarrollo del movimiento. Derecho como Literatura y Derecho en la Literatura*

Este movimiento es, como se ha visto, extraordinariamente heterogéneo, capaz de albergar posturas y enfoques muy distintos incluso contrapuestos entre sí (Boyd White, 1988, pp. 742-743). Encontramos en torno al mismo innumerables autores como los pioneros e inspiradores Wigmore (1908, pp.574) y el prestigioso juez Cardozo, aunque, el comienzo propiamente del movimiento se sitúa en la obra de James Boyd White *The legal Imagination* en 1973. Este autor, junto a Richard Weisberg, ambos abogados y profesores de literatura, recuperaron los escritos de esos autores y dedicaron gran parte de su vida profesional a este movimiento⁶.

Con posturas bastantes contrapuestas a estos dos autores esenciales, cabría destacar a Geoffrey Hartman y especialmente a Stanley Fish, ambos reacios, a diferencia de los anteriores, a recuperar el canon literario occidental.

Otras aportaciones que contribuyeron de diferente forma al desarrollo del movimiento al darle un impulso definitivo a finales del pasado siglo son, por ejemplo, la de Milner Ball, John Bonsignore, Thomas Brook, Peter Brooks, Dunlop, Robert Ferguson, Elisabeth Gemmette, Wolfran Iser, Martha Nusbbaum, Ian Ward, entre otros, o también Judith Koffler y Robin West, ambas abordando las relaciones entre el Derecho y la literatura desde una perspectiva feminista.

No llega, por tanto, a constituir este movimiento, propiamente, una teoría del Derecho con unos principios programáticos aceptados por todos sus miembros, sino que es capaz de albergar en su seno posturas muy contrapuestas que han sido ocasión de intensos debates doctrinales (Dunlop, 1991, p. 64). Uno de los más famosos que ha trascendido es el ya mencionado entre Ronald Dworkin y Stanley Fish. Aun tratándose, por tanto, de un movimiento muy plural capaz de acoger posturas muy heterogéneas, sin embargo, sí podría afirmarse que todas ellas, bajo esta propuesta

5. Un tratamiento más completo e integral sobre este asunto puede verse en Weisberg (1996). Para un resumen más detallado de la cuestión Arsuaga (2015, pp. 188-214).

6. Un análisis comparativo de estos autores puede verse en Arsuaga (2015) y una aplicación más personal de sus tesis a la actividad y formación del abogado puede verse en Arsuaga (2018).

interdisciplinar, tendrían la pretensión común de reconducir un Derecho demasiado escorado del lado de las ciencias hacia lo literario, investigando sobre las similitudes y vínculos existentes entre estas disciplinas, así como sobre los posibles beneficios que el Derecho podría obtener con ello. Dentro del propósito común de explorar estos vínculos, todas las propuestas y posturas que se han descrito podrían adscribirse, a su vez, en una de las dos tendencias que suelen distinguirse dentro del movimiento: la del Derecho *en* la literatura, para la que, en líneas generales, el estudio de determinadas obras de literatura sería una forma especialmente idónea para la reflexión y comprensión de algunas cuestiones esenciales de la naturaleza humana y del Derecho mismo; y la del Derecho *como* literatura que pondría el énfasis en el análisis de las características comunes de ambas disciplinas en cuanto comparten su condición de “textos”⁷.

El movimiento desde sus comienzos en los años setenta del pasado siglo y su posterior apogeo en los ochenta y noventa, ha seguido un desarrollo imparable, siendo desde entonces hasta nuestros días numerosas las contribuciones teóricas en este terreno. Estas han sido expresadas, en su mayoría, a través de artículos publicados en revistas científicas especializadas —en ocasiones, posteriormente reunidos en monografías—. Se trataría, por tanto, sobre todo, de aportaciones parciales y con una orientación claramente anglosajona. Pese a ello, el interés por este movimiento ha logrado traspasar las fronteras del Derecho norteamericano, llegando a impactar en el ámbito europeo continental y con fuerza en el Iberoamericano⁸. El verdadero éxito indiscutible de “Derecho y literatura” podría decirse que se ha producido en el terreno más práctico de la enseñanza. A él se habrían dedicado un número considerable de autores, habiendo logrado alcanzar una rápida y amplia aplicación, ya que desde finales del siglo pasado un número considerable de Universidades norteamericanas incluían ya en sus planes de estudios un *syllabus* sobre Derecho y Literatura⁹.

7. La primera distinción entre Derecho *en* la literatura y Derecho *como* literatura la encontramos en London (1960). En todo caso, aunque se trata de una división muy mencionada, los límites entre una y otra no siempre son claros. Véase, por ejemplo, Ward (1995, p.3) y Dunlop (1991).

8. En España, por el contrario, es aún insignificante el número de Universidades que incorporan esta nueva propuesta interdisciplinar y la recepción del movimiento por parte de la doctrina es aún escasa, salvo algunas excepciones entre las que podrían destacarse: Carreras (1996), Talavera (2006), Calvo (2008) y Falcón (2015).

9. Sobre la expansión que había alcanzado el movimiento en el ámbito educativo ya en los años noventa del pasado siglo, ver, por ejemplo, Gemmette (1995).

3.5. *La aplicación en el sistema continental*

El movimiento nace en un contexto de *common law*, lo cual, podría plantear problemas de recepción en el sistema continental europeo, al tratarse éste de un sistema legalista y altamente codificado cuyos jueces gozan de una menor discrecionalidad. Sin embargo, las sociedades europeas contemporáneas tienen en la cúspide de su jerarquía normativa una Constitución escrita cuya parte dogmática está constituida por un conjunto de valores y principios genéricos abiertos a una pluralidad de interpretaciones. Esto hace que el esfuerzo de interpretación y argumentación sea mayor y el marco de discrecionalidad mucho más amplio, al tener que interpretarse y aplicarse el Derecho siempre a la luz de esos valores constitucionales no definibles *a priori* y que precisarían argumentación en cada caso concreto. Siendo esto así, un mayor conocimiento por parte de los juristas de esas cuestiones tradicionalmente relacionadas con la literatura como son el lenguaje y la interpretación, la retórica, el desarrollo de la imaginación, la educación de la intuición y la empatía, así como ciertos conocimientos de crítica cultural —los cuales podrían ser agrupados bajo la denominación Derecho *como* literatura— podrían resultar del todo oportunos.

La literatura, por su propia naturaleza, constituiría, también, como se ha expuesto, un medio especialmente idóneo para conocer la naturaleza humana, para vaciarse de prejuicios y adquirir un sentido integrador de la justicia. Al ser los valores éticos, aquellos que conforman el Derecho, más difícilmente intuibles a través de los conceptos, la literatura representaría el método más adecuado para su comprensión, ya que, como se ha mostrado, estos, como se harían más fácilmente comprensibles es sentimentalmente, a través de los sentidos y la imaginación. Esta comprensión privilegiada sobre los valores de justicia que ofrece la literatura facilitaría una reflexión crítica hacia la legislación vigente desde estos planteamientos éticos.

La aplicación de las tesis de este movimiento supondría, según lo visto, una ampliación de las perspectivas desde las que más tradicionalmente se ha empleado la literatura por el Derecho en el ámbito continental. Y es que, hasta ahora, han sido especialmente los estudios históricos del Derecho los que han sentido la necesidad de acudir a otras manifestaciones culturales, especialmente la literatura, cuando han tratado de conocer el Derecho en una época o lugar determinados. Sin embargo, como se ha visto, los planteamientos del movimiento norteamericano van más allá de este mero rastreo histórico.

Este aprendizaje ético del Derecho a través de la literatura, así como el desarrollo de determinadas capacidades relacionadas con ella que estos autores reclaman para los prácticos del Derecho y cuya carencia se destaca,

podrían resultar necesarios si se quiere garantizar que el Derecho sea una disciplina que contribuya a mejorar nuestra cultura, a dignificar a los seres humanos y su experiencia. Es posible que esa formación humanista pudiera ayudar a que el Derecho cumpla adecuadamente el papel de ser el medio fundamental donde se articulan y resuelven las cuestiones sociales y éticas más importantes. No se trataría, por otro lado, de una pretensión artificial y extraña al Derecho, sino de la reintegración de la antigua unidad entre lo jurídico y lo literario existente en el origen mismo del Derecho y que se prolongó en etapas posteriores. Figuras como Solón, Cicerón o los humanistas de Renacimiento serían una pequeña muestra. Es, más bien, la radical desvinculación moderna entre el Derecho y la literatura lo que podríamos llegar a considerar anómalo.

4. CONCLUSIÓN

El estudio realizado confirma que tanto el análisis económico del Derecho, como los CLS y el movimiento *Law and Literature studies* son intentos de elaborar una respuesta al planteamiento positivista, vigente en Estados Unidos de forma diferente al caso europeo. La autoridad de la ley como referencia para catalogar las conductas ha abierto en aquel país muchos interrogantes sobre la función del Derecho en la sociedad; pero sobre todo, sobre la definición, implementación e interpretación del Derecho, en términos de solución justa a los problemas sociales en la actualidad. Aunque la respuesta no es unitaria ni agota los interrogantes abiertos, cada una de estas posiciones ofrece argumentos y elementos que pueden facilitar alternativas a la crisis del positivismo jurídico; y sobre todo pueden ofrecer propuestas a los retos que la sociedad actual reclama a la Filosofía jurídica, incluidos todos los referidos a la enseñanza del Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Audain, L. (1992). *Critical legal studies, feminism, Law and economics, and the veil on intellectual intolerance: a tentative case for cross-jurisprudential dialogue*, Hofstra Law Review 1992, issue 4.
- Ballesteros, J. (1989). *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Becker, G. (1957). *The economics of discrimination*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Becker, G. (1976). *The economic approach to human behavior*. Chicago: The University of Chicago Press.

- Boyd White, J. (2008). Establishing Relations Between Law and Other Forms of Thought and Language. *Erasmus Law Review*, 1, 3-22. <https://repository.law.umich.edu/articles/2019>
- Boyd White, J. (1985). *Heracle's Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of Law*, University of Winsconsin Press.
- Boyd White, J. (1986). Is Cultural Criticism Possible?, *Michigan Law Review*, 84, 1373. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol84/iss7/2>
- Boyd White, J. (1987). Thinking about our Language, *Yale Law Journal*, 96,8. <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol96/iss8/9>
- Boyd White, J. (1999). *From expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education*. Michigan: The University of Michigan Press.
- Boyd White, J. (1973). *The Legal Imagination*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Boyd White, J. (1984). *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Boyd White, J. (1994). *Acts of Hope: Creating Authority in Literature, Law and Politics*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Boyd White, Law and Literature: "No Manifiesto", *Mercer Law Review*, 739. <https://repository.law.umich.edu/articles/2081>
- Brook, Thomas (1991). Reflections on the Law and Literature Revival, *Critical Inquiry*, 17, 510. <https://doi.org/10.1086/448595>
- Calabresi, G. (2017). *The future of law and economic. Reform and recollection*. New Haven: Yale University Press.
- Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts, *Yale Law Journal*, 1961, n. 70.
- Calabresi, G. (1985). Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III, pp. 221-ss.
- Calabresi, G. (1985). *Ideals, Beliefs, Attitudes and the law (Private law perspectives on a public law problem)*. Syracuse: Syracuse University Press.
- Calvo, J. (2008). *Implicación Derecho, Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*. Granada: Comares.
- Cardozo, B.N. (1947) *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Publications.
- Carreras, M. (1996). Derecho y Literatura. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, 34, pp. 33-62.
- Coase, RH (1970). The problem of social cost. *Law & Economics*, vol. III.
- Doménech, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. *Revista de Administración Pública*, n. 195, pp. 99-133.
- Duran y Laguna, P. (1994). *Una aproximación al análisis económico del Derecho*. Granada: Comares.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.

- Dunlop, C. (1991). Literature Studies in Law Schools. *Cardozo Studies in Law and Literature*, 3, 66-68. <https://www.jstor.org/stable/i229802> .
- Falcón, M.J. (2015). *Derecho y Literatura*. Madrid: Marcial Pons.
- Farralli, C. (2007). *La filosofía del derecho contemporánea. Los temas y desafíos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fasso, G. (1996). *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Eudema.
- Fish, S. (1989). *Doing What comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. North Carolina: Duke University Press.
- Fish, S (1995). *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gemmette, E. (1995). Law and Literature: Joining the Class Action, *Valparaiso Law Review*, 29, 665-666. <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol29/iss2/4>.
- London, E. (1960). *The World of Law*. New York: Simon and Scuster.
- Kenedy, D. (1975). *The raise and fall of classical legal thought*. Nueva York: Beard Books.
- Kenedy, D. (2013). *Izquierda y Derecho*. Madrid: Siglo XXI.
- Kotiswaran, P. (2013). Do feminists need an economic sociology of law?, *Journal of Law and Society*, 2013, vol. 40, pp. 115-136.
- McCluskey, M. (2020). Law and economics against feminism. En VVAA, *Oxford handbook on feminism and law in the US*. Oxford: Oxford University Press.
- Mercado Pacheco, P. (1994). *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Miljiker, E. (2012). Duncan Kennedy y la crítica a los derechos. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*.
- Nussbaum, M. (2010). *Sin fines de lucro: Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Nusbaum, M. (1997). *Justicia poética: La imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Andrés Bello.
- Paulson, S. (2020). The very idea of legal positivism (La idea misma del positivismo jurídico). *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia.
- Perelman, CH. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- Pérez Lledó, J.A. (2011). Critical legal studies en pocas palabras. *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, n. 10, pp. 250-264.
- Pigou, A. (2013). *The economics of welfare*. Londres: Nueva York: Cosimo Classics.
- Posner, R. (1979). Utilitarianism, economics and legal theory. *Journal of legal studies*, n. 8.
- Posner, R. (1987). The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. *Harvard Law Review*, n. 100, pp. 761-ss.
- Posner, R. (2011). *A failure of capitalism*. Cambridge: Harvard University Press.
- Powel, J. y Boyd White, J. (2009). Law, Economics and Torture en *Law and Democracy in the Empire of Force*. Michigan: The University of Michigan Press.
- Purcell, E. (2015). Democracy, the Constitution and legal positivism in America: lessons from a winding and troubled history. *Florida Law Review*, n. 66, issue 4, pp. 1457-1510.

- Rorty, R. y Habermas, J. (2012). *Sobre la verdad: ¿Validez o justificación?* Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Robert Unger, R. (1986). *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard Univ. Press.
- Ward, I. (1995). *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weisberg, R. (1992). *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press.
- Weisberg, R. (1979). Law, Literature, and Cardozo Judicial Poetics, *Cardozo Law Review*, 283.
- Weisberg, R. (1988). Coming of Age of Some More: Law and Literature Beyond the Cradle, *Nova Law Review*, 13, 8. <https://nsuworks.nova.edu/nlr/vol13/iss1/11>
- Weisberg, R. (1996). *Vichy Law and the Holocaust in France*, Harwood academic Publisher.
- Weisberg, R. (1988). *The Failure of the World: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*. Yale University Press.
- Weisberg, R. (1993). Three Lessons from Law and Literature, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 27, 285. <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol27/iss1/12>
- Weisberg, R. (1994). The true Story: response to Five Essayist on Poethics, *Cardozo Law Review*, 15, 1245. <https://larc.cardozo.yu.edu/faculty-articles/194>
- West, R. (1988). Economic Man and Literary Woman: one contrast, *Mercer Law Review*, 39, 867 <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/643>
- Wigmore, J.H. (1908). A List of 100 Legal Novels, *Illinois Law Review*, 2, 574.

