

**DOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN LITERARIA Y SU POSIBLE
UTILIDAD PARA LA HERMENÉUTICA JURÍDICA**



MARÍA PAULINA ZULETA DE ZUBIRÍA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO
BOGOTÁ D.C., FEBRERO
2018**

**DOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN LITERARIA Y SU POSIBLE
UTILIDAD PARA LA HERMENÉUTICA JURÍDICA**

Trabajo de Grado para optar por el Título Profesional de Abogada

MARÍA PAULINA ZULETA DE ZUBIRÍA
Autora del Trabajo de Grado

CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA
Director del Trabajo de Grado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO
BOGOTÁ D.C., FEBRERO
2018

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará por que no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las tesis no contengan ataques puramente personales, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

La literatura no es un pasatiempo ni una evasión,
sino una forma, quizá la más completa y profunda,
de examinar la condición humana”.

ERNESTO SÁBATO

A mi padre y a mi madre, quienes tanto quisieron para mí el Derecho.

A mi hermano, por su confianza en mi proceso.

RESUMEN

Este texto se concentra en y se circunscribe al análisis de dos métodos de interpretación literaria, a saber: la *hipótesis estética* y la *hipótesis de la intención del autor*, en relación con la siguiente pregunta: ¿alguno de estos dos métodos de interpretación literaria resulta útil para la hermenéutica jurídica? Si bien lo que se pretendía en principio era crear un diálogo entre las distintas posiciones –las posturas de quienes dicen que sí es útil y las de quienes dicen que no–, la investigación desbordó el planteamiento inicial.

Esto se debe a que los dos métodos hermenéuticos que son objeto de indagación –la *hipótesis estética* y la *hipótesis de la intención del autor*– son precisamente eso: métodos de *interpretación literaria*. Su incorporación y aplicación práctica en el ámbito de la interpretación jurídica potencialmente podrían convertirse en un *ejercicio retórico*, en un *préstamo léxico* o incluso en una *licencia poética* porque la *indeterminación* o *ambigüedad* es inherente a lo literario, pero no necesariamente a lo jurídico.

Palabras clave: Interpretación literaria, hermenéutica jurídica, hipótesis estética, hipótesis de la intención del autor, interpretación concatenada, hipótesis de la autonomía, e indeterminación.

ABSTRACT

This text is focused on and circumscribed to the analysis of two literary interpretation methods, viz. the *aesthetic hypothesis* and the *author's intention hypothesis*, regarding the following question: is one of these two literary interpretation methods useful for legal hermeneutics? Although what was intended at the beginning was to create a dialogue between the different positions –the ones of those who say that it is useful and the ones who say it is not–, the research overran the initial approach.

This is because the two methods that are object of inquiry –the aesthetic hypothesis and the author's intention hypothesis– are precisely that: methods of *literary interpretation*. Their incorporation and practical application in the legal field of interpretation could potentially become a *rhetorical exercise*, a *loanword* or even a *poetic license* because *indetermination* or *ambiguity* is inherent to the literary but not necessarily to the legal.

Key words: Literary interpretation, legal hermeneutics, aesthetic hypothesis, author's intention hypothesis, chain enterprise, autonomy hypothesis, and indetermination.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 9 |
| i. Contextualización y planteamiento del problema..... | 9 |
| ii. Una alusión crítica a la obra <i>Law and Literature</i> de Richard Posner como hito bibliográfico del movimiento del derecho y la literatura | 16 |
| iii. Objetivo, estructura del estudio y una aclaración estilística..... | 23 |
| II. DESARROLLO | 25 |
| i. La <i>hipótesis estética</i> en términos de Ronald Dworkin..... | 25 |
| ii. La <i>hipótesis de la intención del autor</i> en literatura y en derecho | 32 |
| iii. El debate suscitado entre Ronald Dworkin y Stanley Fish alrededor del <i>ejercicio de interpretación concatenada</i> | 40 |
| iv. Entremés: la <i>hipótesis de la autonomía</i> | 54 |
| v. De la <i>indeterminación o ambigüedad</i> : encuentros y desencuentros entre lo literario y lo jurídico en materia interpretativa..... | 57 |
| III. CONCLUSIONES | 64 |
| IV. ANEXO METALINGÜÍSTICO: CINE, DERECHO Y LITERATURA | 72 |
| V. BIBLIOGRAFÍA | 80 |

DOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN LITERARIA Y SU POSIBLE UTILIDAD PARA LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

I. INTRODUCCIÓN

i. Contextualización y planteamiento del problema

En un aparte de su libro *Decir casi lo mismo*, Umberto Eco expresó lo siguiente: “para entender un texto (...) hay que formular una hipótesis sobre el *mundo posible* que representa¹”. Esto significa que, en caso de que el lector carezca de suficiente información para entender el texto al que se enfrenta, ha de formular una conjetura cuya plausibilidad depende de que elija “la acepción o el sentido más probable, razonable y relevante en *ese* contexto y en ese mundo posible²”. En cierta medida interpretar significa *decir casi lo mismo*.

En este orden de ideas Eco dijo que –en términos lingüísticos y culturales– un texto es comparable con una jungla en la que un hablante aborígen asigna un sentido determinado a los términos que emplea por primera vez, y que ese sentido conferido por el aborígen podría acogerse como acepción válida en otro contexto. Eco afirmó que *somos nosotros* quienes atribuimos a las palabras un cierto significado, significado cuya plausibilidad está respaldada por las *definiciones aceptables* comprendidas en los diccionarios. Lo que resulta muy curioso es que dichas definiciones corresponden a múltiples sentidos o acepciones que existen incluso con anterioridad a la incorporación de una palabra en un contexto determinado. La pregunta que se hizo Eco fue la

¹ Eco, U. (2008), *La traducción concierne a mundos posibles* en *Decir casi lo mismo*, Bogotá, Lumen, p. 57.

² Idem.

siguiente: “¿Cuál es el sentido que las palabras adquieren *de verdad* una vez articuladas en un texto³?”

Para efectos de este trabajo de grado se entiende por interpretación *la búsqueda del verdadero significado de un texto por medio de la formulación de hipótesis sobre el mundo posible que dicho texto representa*. En esta monografía se parte del hecho de que la interpretación tanto en el ámbito del derecho como en el de la literatura no solamente es posible, sino que es inherente a ambas disciplinas. Así mismo se asume que la interpretación no es unívoca en ninguno de los dos campos por dos razones: primero, porque el texto está hecho de lenguaje, que a su vez es ambiguo y admite acepciones y significados múltiples; segundo, porque el texto, dada la ambigüedad del lenguaje, puede representar más de un mundo posible. Por supuesto, la interpretación en derecho tiende más al hermetismo –en virtud de la seguridad jurídica– y en literatura tiende más a la apertura.

Por su parte el filósofo del derecho Ronald Dworkin dijo en su texto *Law as Interpretation* (1982) que la práctica del derecho es generalmente un ejercicio de interpretación. Esta convicción lo llevó a intuir que es posible comprender mejor el derecho si se comparan la interpretación jurídica y la interpretación en otros campos del conocimiento, particularmente el de la literatura. Esto es lo que él denominó *el derecho como interpretación*. En opinión del autor, los abogados harían bien en estudiar interpretación literaria así como otras formas de hermenéutica artística.

Por su parte, en 1986 el juez Richard Posner publicó su artículo *Law and Literature: A Relation Reargued* en la revista *Virginia Law Review*. El problema objeto de su ensayo fue el siguiente: ¿por qué los abogados que se dedican a la academia se interesan por la literatura? ¿Cómo puede este campo interdisciplinario contribuir a la comprensión tanto del derecho como de la literatura? En opinión de Posner las funciones de la legislación son dramáticamente distintas a las de la

³ Ibidem, p. 58.

literatura y los objetivos de sus respectivos lectores divergen de tal manera que los principios y aproximaciones de cada disciplina no pueden aplicarse útilmente en el ámbito de la otra. Estas afirmaciones lo condujeron a dos grandes conclusiones: primero, el estudio de la literatura tiene muy poco que aportar a la interpretación de las leyes y constituciones; segundo, en virtud de su componente retórico, la literatura sí puede contribuir considerablemente en lo que se refiere a la calidad e inteligibilidad de las decisiones judiciales.

Según Posner, algunos estudiosos distinguidos de la literatura aún creen que su labor al momento de leer una obra literaria consiste en *reconstruir las intenciones del autor*. En este sentido el profesor Dworkin adoptó una posición intermedia –que Posner denominó *postura neo-crítica*– que a su vez consiste en escoger, entre dos interpretaciones sobre una obra literaria que contienden entre sí, aquella que la revele como la mejor obra de arte, y que incluso debe procederse de la misma manera con las leyes y la Constitución.

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo de grado se concentra en y se circunscribe al análisis de dos métodos de interpretación literaria, a saber: la *hipótesis estética* y la *hipótesis de la intención del autor*. Por supuesto que hay muchos otros, pero estos dos métodos han suscitado tantos interrogantes alrededor de la relación interpretativa entre el derecho y la literatura que vale la pena indagar sobre su posible utilidad en lo que a la hermenéutica jurídica se refiere. En este orden de ideas el gran problema que inicialmente se planteó para los efectos y propósitos de esta monografía fue el siguiente: ¿alguno de estos dos métodos de interpretación literaria –la *hipótesis estética* o la *hipótesis de la intención del autor*– resulta útil para la hermenéutica jurídica? Si bien lo que se pretendía en principio era crear un diálogo entre las distintas posiciones –las posturas de quienes dicen que sí es útil y las de quienes dicen que no–, la investigación se convirtió en un análisis que desbordó el planteamiento inicial.

Esto último se debe a que los dos métodos hermenéuticos objeto de indagación –la *hipótesis estética* y la *hipótesis de la intención del autor*– son precisamente eso: métodos de *interpretación literaria*. Su incorporación y aplicación práctica en el ámbito de la interpretación jurídica potencialmente podrían convertirse en un *ejercicio retórico*, en un *préstamo léxico* o incluso en una *licencia poética* porque la *indeterminación* o *ambigüedad* es inherente a lo literario, pero no necesariamente a lo jurídico.

Y a propósito de la indeterminación o ambigüedad, el estructuralista francés Roland Barthes dijo lo siguiente: “todo lo tocado por el lenguaje es pues de cierta manera puesto de nuevo en tela de juicio: la filosofía, las ciencias humanas, la literatura⁴”. El contexto de esta afirmación es la *crisis del comentario*, que se refiere al replanteamiento del fenómeno del *escritor*: “El escritor no puede definirse en términos del papel que desempeña o de valor, sino únicamente por cierta *conciencia de habla*. Es escritor aquel para quien el lenguaje crea un problema, que siente su profundidad, no su instrumentalidad o su belleza. (...) ahora el escritor y el crítico se reúnen en la misma difícil condición, frente al mismo objeto: el lenguaje⁵”.

Barthes atribuyó el replanteamiento del fenómeno del escritor al redescubrimiento de la *naturaleza lingüística del símbolo*, teniendo en cuenta que “el símbolo no es la imagen sino la pluralidad de los sentidos⁶”. Así entonces, se preguntó cuáles son las relaciones que existen entre la obra y el lenguaje, y a qué reglas de lectura debe atenerse quien lee considerando que la obra tiene un carácter simbólico. Barthes dijo, haciendo referencia a *Obra abierta* de Eco, que la obra es abierta porque no es un hecho histórico sino más bien un hecho antropológico que no se agota en la historia. También afirmó con elocuencia que la multiplicidad de sentidos de la obra no es

⁴ Barthes, R. (2006), *La crisis del comentario* en *Crítica y verdad*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores, p. 50 y 51.

⁵ *Ibidem*, p. 48.

⁶ Barthes, R. (2006), *La lengua plural* en *Crítica y verdad*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores, p. 52.

imputable a una perspectiva relativista de las costumbres, sino a “una disposición de la obra a la apertura⁷”. *Obra abierta* es un compendio de ensayos sobre la historia de la cultura, y más específicamente sobre la historia de las poéticas.

Barthes intuyó algo maravilloso: “si las palabras no tuvieran más que un sentido, el del diccionario, si una segunda lengua no viniera a turbar y a liberar ‘las certidumbres del lenguaje’, no habría literatura. Por eso las reglas de la literatura no son las de la letra, sino las de la alusión: son reglas lingüísticas, no reglas filológicas⁸”. Esto es algo bellissimo. Cuando Barthes dijo *debemos leer como se escribe*, quiso decir que la literatura *emana* de una *segunda lengua* que turba e irrumpe en las certidumbres lingüísticas impuestas de antemano por el diccionario. Así lo expresó Borges:

Es doctrina de cuantas gramáticas he manejado (y hasta la inteligentísima de Andrés Bello) que toda palabra es un signo, y marca una idea autónoma. Esta doctrina se apoya en el consenso del vulgo y los diccionarios la fortalecen. ¿Cómo negar que es una unidad para el pensamiento, cada palabra, si el diccionario (en desorden alfabético) las registra a todas y las incomunica y sin apelación las define? (...) **las palabras no son la realidad del lenguaje, las palabras –sueltas– no existen**⁹ (subrayado fuera de texto).

Barthes logró explicar la diferencia entre la filología y la lingüística de una manera muy sencilla. “La filología tiene por tarea fijar el sentido literal del enunciado, pero carece de todo poder sobre los sentidos segundos. Por el contrario, la lingüística no trabaja para reducir las ambigüedades del lenguaje, sino para comprenderlas y, si puede decirse, para *instituir*las¹⁰”. Es por esta razón que Barthes afirmó que las reglas que rigen la literatura son las de la alusión y no

⁷ Idem.

⁸ Ibidem, p. 54.

⁹ Borges, J. (1998), *Indagación de la palabra en El idioma de los argentinos*, Madrid, Alianza, p. 15 y 16.

¹⁰ Barthes, R. (2006), *La lengua plural en Crítica y verdad*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores, p. 55.

las de la letra: son lingüísticas, no filológicas. Por lo tanto, las obras literarias pertenecen por estructura a una lengua simbólica plural, una lengua de sentidos múltiples. Este autor fue incluso más allá y dijo que la ambigüedad ya existe en la lengua como tal, no sólo en la lengua simbólica, aun cuando la ambigüedad del lenguaje práctico no sea comparable con la del lenguaje literario.

Ahora bien, ¿qué sucede con el lenguaje jurídico? ¿En qué clase de código se encuentra inscrita la norma jurídica? Barthes dijo que “todo lo tocado por el lenguaje es pues de cierta manera puesto de nuevo en tela de juicio: la filosofía, las ciencias humanas, la literatura¹¹”. La norma jurídica se formula mediante el lenguaje, cuya parte social –la lengua– es plural en mayor o menor grado porque la lengua, por naturaleza, supone una coexistencia de sentidos.

De acuerdo con el profesor de derecho y filosofía Martin Jay Stone, a diferencia de la norma jurídica –que tiende al hermetismo hermenéutico–, la apertura del texto literario a la interpretación no depende de una contingencia lingüística, sintáctica o contextual. Es su *naturaleza* o su *derecho de nacimiento*¹². En lo que a la interpretación en general respecta, el *texto* es un género abstracto, sin importar si es jurídico o literario; en opinión de este autor, ni la interpretación jurídica ni la literaria constituyen una manera específica de interpretar o leer –de hecho, para Jay Stone *interpretar significa abstraer*, y en eso se agota el acto interpretativo–.

Jay Stone ha insistido en que en el ámbito del derecho, por ejemplo, está presente el interés por la aplicabilidad de un texto. Esto hace que el derecho sea *no-literatura* –o más bien *distinto-de-la-literatura*– porque el punto no es que en la literatura no se piense en la aplicabilidad del texto (como en el derecho sí se piensa por ejemplo si un determinado texto normativo resulta aplicable o no), sino que la cuestión de la aplicabilidad ni siquiera emerge. Un aspecto muy lúcido que Jay

¹¹ Barthes, R. (2006), *La crisis del comentario en Crítica y verdad*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores, p. 50 y 51.

¹² En Jay Stone, M. (2017), *Indeterminacy and Having to Decide: Some Contrasts – There’s No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press, p. 81 y 82.

Stone señaló es que, si bien el derecho y la literatura parecen convocarse mutuamente, esto se debe sin duda a que la literatura piensa sobre el derecho de la misma manera como el derecho piensa sobre sí mismo, pero sin tener que resolver las preguntas relativas a su aplicabilidad. Si bien la porosidad de la literatura a todo tipo de preguntas –su carácter *variopinto* (*motley*, en palabras de Shakespeare)– es un rasgo constitutivo del interés literario, el derecho es *distinto-de-la-literatura* porque resulta imposible articular conceptualmente (es decir, calificar) la *interpretación jurídica* con el nombre de otra disciplina¹³:

A further specification of literary interest might be in terms of the questions you *do* ask. And here the point is often made that these questions are innumerable many –the questions of all disciplines. So much can already be heard when literary criticism readily accepts qualification in such terms as historical, sociological, Marxist, psychoanalytic, queer, and so on. (The list is as open-ended as the questions that might come to seem significant)¹⁴.

A diferencia del derecho, la literatura puede plantearse a sí misma incluso en los términos de otras disciplinas, y de hecho lo hace todo el tiempo; un gran ejemplo de esto es la *sociocrítica*, que es la *sociología de la literatura* y que implica una convergencia de perspectivas en materia de análisis literario. Una obra esclarecedora sobre las principales corrientes de la teoría literaria es *Una introducción a la teoría literaria* de Terry Eagleton, un crítico literario británico. En el capítulo introductorio *¿Qué es la literatura?* Eagleton dijo que el término *literatura* es más funcional que ontológico y que es preciso preguntarse, por ejemplo, qué papel desempeña un texto

¹³ En Jay Stone, M. (2017), *Interpretation-in-General – There's No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press, p. 88.

¹⁴ Una especificación adicional del interés literario podría ser en términos de las preguntas que uno sí formula. Y aquí con frecuencia se señala que las preguntas son innumerables –las preguntas de todas las disciplinas–. Ya mucho puede escucharse cuando la crítica literaria fácilmente acepta ser calificada en ciertos términos tales como los históricos, sociológicos, marxistas, psicoanalíticos, homosexuales, y así sucesivamente. (La lista es tan indefinidamente abierta como las preguntas que puedan llegar a parecer significativas) (traducción propia). En: ídem.

en un contexto social¹⁵. Éste es el *carácter variopinto* de la literatura al que se refería Shakespeare y la *porosidad literaria* de la que hablaba Jay Stone. De ahí que la incorporación y aplicación práctica de los métodos de interpretación literaria objeto de este estudio –la hipótesis estética y la hipótesis de la intención del autor– en el ámbito de la interpretación jurídica potencialmente puedan convertirse en un *ejercicio retórico*, en un *préstamo léxico* o incluso en una *licencia poética*.

ii. Una alusión crítica a la obra *Law and Literature* de Richard Posner como hito bibliográfico del movimiento del derecho y la literatura

El movimiento interdisciplinario del derecho y la literatura se ha esforzado por articular plausiblemente la teoría literaria con la interpretación jurídica. En su texto *The Law-as-Literature Trope* publicado en el 2011 por la editorial Oxford University Press, Guyora Binder dijo que las posibles manifestaciones de interdisciplinariedad entre el derecho y la literatura deben considerarse figurativamente, es decir, como *tropos*. Un tropo es una figura retórica que, en lugar de acoger el sentido literal de las palabras, explora sus acepciones figurativas¹⁶. Es decir, Binder pensó en el *derecho-como-literatura* y lo concibió como una búsqueda intrínsecamente edificante con independencia de sus resultados, y no tanto como un conjunto de hipótesis comúnmente aceptadas. Esta propuesta de Binder –que consiste en asimilar el derecho a la literatura– no tiene

¹⁵ En: Eagleton, T. (2009), *Una introducción a la teoría literaria*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, p. 21.

¹⁶ Baldick, C. (2008), *Oxford Dictionary of Literary Terms*, New York, Oxford University Press, p. 342.

por objeto constituir una teoría ni tampoco una escuela de pensamiento, sino más bien concebir el derecho como un género literario¹⁷.

Respecto de la relación interdisciplinaria entre el derecho y la literatura existen una serie de estudios publicados recientemente. Algunos de estos estudios se encuentran referenciados en la base de datos de la red *Social Science Research Network*, y a continuación se mencionarán algunos. *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, escrito por Stefanie A. Lindquist y Frank B. Cross y publicado en la revista *New York University Law Review* en el 2005; el objeto de este artículo es un estudio empírico del efecto que tienen los precedentes en la toma de decisiones judiciales. *Wigmore, and the Law and Literature Movement*, escrito por Richard Weisberg y publicado en la revista *Cardozo Legal Studies Research* en 2006. John Wigmore compiló varias listas de novelas jurídicas durante los primeros 30 años del siglo XX, esfuerzo que ayudó a prefigurar el origen del movimiento del derecho y la literatura. Richard Weisberg, el autor del artículo, se enfocó en la manera como ese conjunto de narraciones ficticias sobre el derecho, los abogados, los juicios, las leyes... puede –a través de la literatura– despertar en el lector jurídico la conciencia de las necesidades humanas y del fracaso de las grandes instituciones para satisfacerlas.

Law and the Humanities: An Uneasy Relationship, escrito por Jack M. Balkin y Sanford Levinson y publicado en la revista *Yale Journal of Law and the Humanities* en el 2006. En 1930 algunos profesionales del derecho (como el juez Learned Hand) intuyeron que el derecho podría incluirse dentro del campo de las humanidades; sin embargo, en el siglo XXI pareciera que el derecho se ha acercado más a las ciencias sociales. Este ensayo se pregunta por qué ha ocurrido esto y por qué las humanidades coexisten incómodamente con el derecho y con la erudición

¹⁷ Binder, G. (2011), *The Law-as-Literature Trope* Oxford University Press, p. 63, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1939914, recuperado: agosto 17 de 2017.

jurídica contemporánea. *Intention and Interpretation: Towards A Meta-Theory of Legal Hermeneutics*, escrito por Daniel Austin Green y publicado en la página de la organización filantrópica *John Templeton Foundation* en el 2009. En su artículo se preguntó si la literatura y el derecho son esencialmente diferentes, y si diferentes tipos de textos requieren distintas técnicas de interpretación dependiendo de su contenido. ¿Es irrelevante la intención de un novelista comparada con la intención de las autoridades político-legales, cuya naturaleza puede considerarse determinante para propósitos interpretativos?

Previous Interpretation of Bakhtin and the Law en Law as Integrities: Polyphonicity and Legal Interpretation, escrito por David Leitch y publicado por la organización *American Political Science Association* en el 2010. En su artículo Leitch dijo que una de las afirmaciones más importantes relativas al derecho público durante los últimos cincuenta años provino de Ronald Dworkin, quien sostuvo que es posible dar un manejo a las disputas jurídicas si se reconocen cuáles son los roles interpretativos que los actores asumen dentro del sistema jurídico. *The Vicissitudes of the Hermeneutic Paradigm in the Study of Law: Tradition, Forms of Life and Metaphor*, escrito por Carel E. Smith y publicada en la revista *Erasmus Law Review* en el 2011. Este artículo explora diferentes teorías del derecho suscitadas por la hermenéutica filosófica y jurídica. Quien lo escribió sostiene que algunas de las debilidades de la hermenéutica son remediadas por la teoría del acto de habla; discute el creciente interés científico por el rol de la metáfora en el pensamiento humano y destaca la importancia de la metáfora jurídica.

Algunos libros importantes que se han publicado son *Preface en Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* de Martha Nussbaum de 1995 que fue publicado por la editorial Beacon Press. Hay un libro que se llama *La fábrica de historias: derecho, literatura, vida* de Jerome Bruner y publicado por el Fondo de Cultura Económica en el 2013. Hay otro que se llama

New Directions in Law and Literature, editado por Elizabeth S. Anker and Bernadette Meyler y publicado por la editorial Oxford University Press en el 2017.

Sin embargo Richard Posner escribió un libro llamado *Law and Literature*, a su vez publicado por primera vez en 1988 por la editorial Harvard University Press; la obra fue editada por segunda vez en 1998 y por tercera vez en 2009. El *New York Times* lo halagó desde su primera edición y lo calificó como una *obra sobresaliente, tan estimulante como intelectualmente distinguida*¹⁸.

De acuerdo con el profesor de francés y literatura comparada Robert Barsky¹⁹, la segunda edición (la de 1998) del libro *Law & Literature* de Richard Posner se erigió como uno de los textos guía del campo de la literatura y el derecho debido al conocimiento enciclopédico de su autor sobre literaturas de distintas épocas y culturas y a su capacidad para identificar relaciones entre ambas disciplinas. En su opinión la obra debería interesar particularmente a aquellos que se especializan en la literatura decimonónica, en vista de que de ésta emanaron varias de las grandes obras que actualmente conforman el canon del campo de la literatura y el derecho. Entre estas últimas Posner menciona *Los hermanos Karamázov* y *Crimen y castigo* de Fedor Dostoievski, *Casa desolada* de Charles Dickens, y *Billy Budd* de Herman Melville.

Además de estudiar estas obras y de señalar que muchos de los escritores notables del período –como Balzac y Flaubert– se formaron en estudios jurídicos, Posner estudió con perspicacia una amplia variedad de autores ingleses y norteamericanos. En su análisis de *Casa desolada* de Dickens, por ejemplo, Posner comparó los *chancery proceedings* –*chancery* es un tribunal de justicia que conoce de casos que no se encuentran contemplados por el derecho consuetudinario o por el derecho escrito– con los de la corte de *El Proceso* de Kafka: “the early nineteenth-century

¹⁸ Harvard University Press. (2018), *Law and Literature. Third Edition. Richard A. Posner* [en línea] disponible en: <http://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674032460>, recuperado: 4 de enero de 2018.

¹⁹ Intelectual que se ha enfocado en la intersección de los estudios lingüísticos, la literatura y el derecho con la teoría de la lengua, los entornos estadounidenses radicales y las literaturas en inglés y francés de los siglos XIX y XX.

English chancery court, with its leisurely course, its emphasis on documentary evidence, and its inquisitorial procedure, resembled the Continental courts more than it did the common law courts of England and America²⁰”. Según Posner, Kafka admiraba las novelas de Dickens; según Barsky, esto podría suscitar nuevas investigaciones sobre posibles relaciones intertextuales²¹.

En opinión de Barsky, Posner pudo haber explorado más profundamente tanto el rol como el imperio del derecho en las obras de otros autores decimonónicos. Si bien es cierto que un libro puede abarcar contenidos sólo hasta donde su limitada extensión lo permite, en su criterio Richard Posner es, más que un crítico literario, un jurista y un juez que circunscribe su análisis sobre todo a la tradición anglo-americana y a algunos clásicos relegando así la literatura francesa, la alemana y especialmente la latinoamericana. Superponer esas omisiones en relación con ciertas obras literarias, señaló Barsky, supone una omisión aun mayor en la metodología del análisis de Posner. El hecho de no mencionar ciertas obras es inevitable por el simple hecho de que cualquier elección es, en cierta medida, arbitraria. No obstante, sí hay un punto importante al que aludió Robert Barsky, y es que Posner ni siquiera considera la idea de que pueda establecerse una relación entre el derecho administrativo y la crítica literaria, y que por lo tanto pasa por alto tanto la fuente como el poder de las *convenciones discursivas particulares*, al igual que no considera las relaciones *yo-otro* y *autor-héroe* en el derecho y la literatura.

Parece que la gran crítica que ha formulado Barsky a las tres ediciones de la obra de Posner es que el jurista no intuyó la importancia de ciertos vínculos (en su opinión fundamentales) entre el derecho y la literatura, especialmente en lo que se refiere a la construcción de personajes, de

²⁰ El tribunal de cancillería inglés de principios del siglo XIX, con su curso pausado, su énfasis en evidencia documental y su procedimiento inquisitorial, se parece a las cortes continentales incluso más que a los tribunales de derecho común de Inglaterra y Estados Unidos (traducción propia). En: Posner, R. (2009). *Law and Literature* [3rd edition], Cambridge, Harvard University Press, p. 187.

²¹ Barsky, R. (2014). [Review of] *Richard Posner's 'Law and Literature', 3rd edition* [en línea] disponible en: <http://www.victorianweb.org/authors/reviews/posner.html>, recuperado: 1 de febrero de 2018.

alteridades, de *otros* que invocan situaciones narrativas particulares. Barsky ha explorado este problema en su propia obra, específicamente para los propósitos de la Convención de Ginebra de ACNUR (la Agencia de la ONU para los refugiados). Su premisa básica es que los refugiados deben construirse a sí mismos como tales para que puedan ser admitidos en un país de origen²². El punto de Barsky es que cuando a los sujetos de un trámite procesal se les pide que inventen, se justifiquen o se exoneren a sí mismos a través del potencial de la narrativa creativa, hay maneras importantes de recrear lo que un autor hace cuando él o ella *construye* personajes con fin de que estos últimos asuman convincentemente un rol en una narrativa de ficción²³.

Otra omisión importante identificada por Barsky es la importancia de los *juicios interculturales*. Si bien dichas omisiones podrían pasar inadvertidas dado el vasto contenido abarcado por la obra de Posner, de hecho son cruciales porque cada una implica un punto específico de coincidencia entre ambas disciplinas. El mismo Posner dijo lo siguiente: “only rarely can we learn much about the day-to-day operations of a legal system from works of imaginative literature²⁴”, a lo que Barsky responde: “this is true only if we ignore the fundamental overlaps that Posner himself ignores²⁵”.

La tercera edición de la obra de Posner agrega nuevo material respecto de algunas omisiones. Por ejemplo desarrolla más la manera como las técnicas y los modelos literarios podrían utilizarse para mejorar el desempeño de los jueces y abogados en la profesión; también desarrolla más el tema de las preocupaciones crecientes sobre los derechos de autor y el plagio literario. Sin embargo

²² Barsky, R. (1995), *Constructing a Productive Other: Discourse Theory and the Convention Refugee Claimant*, Philadelphia, John Benjamins Publishing.

²³ Barsky, R. (2014). [Review of] *Richard Posner's 'Law and Literature', 3rd edition* [en línea] disponible en: <http://www.victorianweb.org/authors/reviews/posner.html>, recuperado: 1 de febrero de 2018.

²⁴ Sólo en raras ocasiones podemos aprender mayor cosa sobre el día-a-día de las operaciones del sistema jurídico a partir de la literatura imaginativa (traducción propia). En: Posner, R. (2009). *Law and Literature* [3rd edition], Cambridge, Harvard University Press, p. 21.

²⁵ Esto sólo es cierto si ignoramos las superposiciones fundamentales que el mismo Posner ignora (traducción propia). En: Barsky, R. (2014). [Review of] *Richard Posner's 'Law and Literature', 3rd edition* [en línea] disponible en: <http://www.victorianweb.org/authors/reviews/posner.html>, recuperado: 1 de febrero de 2018.

Posner opina que su obra es lo más cercano a un tratado que ha llegado a producir el movimiento del derecho y la literatura²⁶.

Uno de los puntos más incisivos de la crítica que hace Barsky a Posner es que el jurista en cuestión *tergiversa seriamente* el campo de los estudios literarios. De acuerdo con Posner, “[literary criticism] has allowed itself to become submerged in cultural studies²⁷”. Este tipo de generalizaciones se contraponen en cierta medida a los aportes valiosos del libro de Posner porque su obra prescinde de otras perspectivas interdisciplinarias enriquecedoras como la feminista, la histórica o la sociocrítica, por mencionar algunas. El punto de Terry Eagleton en el capítulo introductorio de su obra *Una introducción a la teoría literaria* es que la pregunta *¿qué es literatura?* puede ser engañosa. Tan engañosa que la bibliografía a la que acudió este autor para tratar de estructurar una *introducción a la teoría literaria* incluye las siguientes perspectivas (interdisciplinarias) de análisis literario: formalismo ruso, crítica inglesa, nueva crítica norteamericana, fenomenología y hermenéutica, teoría de la recepción, estructuralismo y semiótica, postestructuralismo, psicoanálisis, feminismo, marxismo²⁸.

Sea como fuere *Law and Literature* de Posner es un libro que constituye un hito bibliográfico para el movimiento del derecho y la literatura, pero quizá no deba concebirse como un tratado inamovible sino más bien como una obra susceptible de revisión y retroalimentación en virtud de la interdisciplinariedad. En este orden de ideas, Robert Barsky ha citado las siguientes obras y las ha concebido como *la competencia* de la obra escrita por Posner: *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature* (2001) de Peter Brooks, que es una obra erudita relativa a y comprometida con las vicisitudes de la confesión, que a su vez utiliza el psicoanálisis como modelo

²⁶ Posner, R. (2009). *Law and Literature* [3rd edition], Cambridge, Harvard University Press, p. xv.

²⁷ La crítica literaria se ha permitido a sí misma sumergirse en los estudios culturales (traducción propia). Posner, R. (2009). *Law and Literature* [3rd edition], Cambridge, Harvard University Press, p. 8.

²⁸ En: Eagleton, T. (2009), *Una introducción a la teoría literaria*, México D.F., Fondo de Cultura Económica.

de fundamentación; *Residues of Justice: Literature, Law, Philosophy* (1996) de De Wai Chee Dimock, que constituye un conjunto de lecturas (cercanas a la autora) vinculadas con una gama de filosofía política fundamental aplicada a la jurisprudencia angloamericana; *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (1989) de Stanley Fish es un ejercicio que consiste en articular sus propias lecturas cercanas con sus ideas sobre comunidades interpretativas; *The Mirror of Justice: Literary Reflections of Legal Crises* (1997) de Theodore Ziolkowski vincula los textos literarios relativos a la ley con las crisis del contexto en el que fueron escritos (y leídos); y finalmente *Law and Literature* (1996) de Lenora Ledwon, que ofrece una serie de textos fundacionales que permiten la exploración propia por parte del lector según sus intereses y enfoques.

Sin desconocer la importancia objetiva del libro de Posner, así como la de la literatura a la que se acaba de aludir y la de aquella que no se ha mencionado por razones de falta de espacio, es preciso aclarar que el contenido de dichas obras no corresponde con las preguntas planteadas para esta monografía y por lo tanto no se tendrán en cuenta para el desarrollo de la misma.

iii. Objetivo, estructura del estudio y una aclaración estilística

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el objetivo del estudio consiste en determinar si alguno de estos dos métodos de interpretación literaria –la *hipótesis estética* o la *hipótesis de la intención del autor*– resulta útil o no para la hermenéutica jurídica.

La estructura de este estudio tiene tres grandes apartes: primero, la introducción; segundo, el desarrollo; tercero, las conclusiones. Por su parte, el desarrollo está subdividido en cinco capítulos cuyos títulos se enuncian a continuación: primero, la *hipótesis estética* en términos de Ronald

Dworkin; segundo, la *hipótesis de la intención del autor* en literatura y en derecho; tercero, el debate suscitado entre Ronald Dworkin y Stanley Fish alrededor del *ejercicio de interpretación concatenada*; cuarto, entremés: la *hipótesis de la autonomía*; y quinto, de la *indeterminación o ambigüedad*: encuentros y desencuentros entre lo literario y lo jurídico en materia interpretativa.

Si bien es cierto que –a diferencia de los textos jurídicos– *todos* los textos literarios son indeterminados y que la norma jurídica tiende más al hermetismo hermenéutico que a la apertura, *la indeterminación o ambigüedad siempre está presente tanto en el derecho como en la literatura*. Pareciera que aquí hay un desencuentro irresoluble en la medida en que la indeterminación usualmente es un valor negativo para la hermenéutica jurídica, mientras que para la interpretación literaria es un valor esencial porque hace a la literatura lo que es. A pesar de sus múltiples desencuentros, la relación entre ambas disciplinas puede y debe rescatarse y ese es justamente el sentido de este ejercicio.

El lector ha de tener en cuenta la siguiente aclaración estilística: en vista de que la discusión planteada en esta monografía oscila entre distintas posturas –respecto de la relación interpretativa entre derecho y la literatura– que fueron originalmente planteadas en inglés, se optó por acudir a los textos originales y no a sus versiones en español. *Todas las traducciones son propias y constituyen en sí mismas ejercicios de interpretación*, lo cual es coherente con la pregunta de investigación. Así mismo, varios de los textos consultados fueron originalmente escritos en inglés y por lo tanto fueron citados en ese idioma y posteriormente traducidos al español. Como se verá más adelante, el ejercicio de traducción también es coherente con las conclusiones.

II. DESARROLLO

i. *La hipótesis estética en términos de Ronald Dworkin*

El filósofo del derecho Ronald Dworkin dijo en su texto *Law as Interpretation* (1982) que la práctica del derecho es generalmente un ejercicio de interpretación, y no sólo en aquellos casos en que los abogados interpretan determinados documentos o leyes. El derecho así concebido es profunda y meticulosamente político, sin que esto quiera decir que el derecho sea cuestión de política personal o partidista. Estas consideraciones lo llevaron a intuir que es posible comprender mejor el derecho si se comparan la interpretación jurídica y la interpretación en otros campos del conocimiento, particularmente el de la literatura. Esto es lo que él denominó *el derecho como interpretación*.

Dworkin dijo que el problema central de la jurisprudencia analítica es el siguiente: ¿qué sentido debería atribuirse a las proposiciones jurídicas? Por *proposiciones* quiso decir *afirmaciones que hacen los abogados cuando explican qué es el derecho respecto de una u otra cuestión*²⁹. En opinión del autor, los abogados harían bien en estudiar interpretación literaria así como otras formas de hermenéutica artística.

Por su parte, en 1986 el juez Richard Posner publicó su artículo *Law and Literature: A Relation Reargued* en la *Virginia Law Review*. El problema objeto de su ensayo fue el siguiente: ¿por qué los abogados que se dedican a la academia se interesan por la literatura? ¿Cómo puede este campo interdisciplinario contribuir a la comprensión tanto del derecho como de la literatura? En opinión de Posner, las funciones de la legislación son dramáticamente distintas a las de la literatura y los

²⁹ Dworkin, R. (1982), *The Aesthetics Hypothesis in Law as Interpretation*, Texas Law Review, Vol. 60, p. 527.

objetivos de sus respectivos lectores divergen de tal manera que los principios y aproximaciones de cada disciplina no pueden aplicarse útilmente en el ámbito de la otra. Estas afirmaciones lo condujeron a dos grandes conclusiones: primero, el estudio de la literatura tiene muy poco que aportar a la interpretación de las leyes y constituciones; segundo, en virtud de su componente retórico, la literatura sí puede contribuir considerablemente en lo que se refiere a la calidad e inteligibilidad de las decisiones judiciales.

Según Posner, algunos estudiosos distinguidos de la literatura aún creen que su labor al momento de leer una obra literaria consiste en *reconstruir las intenciones del autor*. En este sentido, el Profesor Dworkin adoptó una posición intermedia –que Posner denominó *postura neo-crítica*–, que a su vez consiste en escoger –entre dos interpretaciones sobre una obra literaria que contienden entre sí– aquella interpretación que la revele como la mejor obra de arte, y que incluso debe procederse de la misma manera con las leyes y la Constitución. De hecho Dworkin invirtió la máxima de Shelley: para él, los legisladores son los poetas no reconocidos del mundo³⁰. En un aparte de su texto, Posner dijo lo siguiente:

But the relative handful of people who have written the literature that is still being read avidly hundreds or even thousands of years after it was written (or chanted, in the case of Homer) are for the most part geniuses, and it is their best work, not necessarily all their work, that survives and is read. In dealing with work of this quality it is quite natural to follow the procedure suggested by Professor Dworkin, which is to interpret the work so as to make it as good as possible. To put his point slightly differently, *a useful method of reading literature is to adopt a hypothesis of total coherence* –that is, to presume that no detail of the work is an accident, that everything contributes in some way to its meaning and emotional impact. Through the study of details one begins to understand how great literature casts its spell³¹ (subrayado fuera de texto).

³⁰ Posner, R. (1986), *Law and Literature: A Relation Reargued*, 72 Virginia Law Review 1351, p. 1361.

³¹ Pero las relativamente pocas personas que han escrito la literatura que todavía es leída con avidez cientos o incluso miles de años después de haber sido escrita (o cantada, en el caso de Homero) son en su gran mayoría genios, y es su

Ahora véase en qué consiste la *hipótesis de la absoluta coherencia* que, en palabras de Ronald Dworkin, se denomina *hipótesis estética*. Como pronto se verá, la propuesta de Dworkin del *derecho como interpretación* se enfoca en la *integridad y coherencia* en materia interpretativa.

My apparently banal suggestion (which I shall call the “aesthetic hypothesis”) is this: an interpretation of a piece of literature attempts to show which way of reading (or speaking or directing or acting) reveals it as the best work of art. Different theories or schools or traditions of interpretation disagree on this hypothesis, because they assume significantly different normative theories about what literature is and what it is for and about what makes one work of literature better than another³².

Según Dworkin, la hipótesis estética podría simplemente parecer otra manera de plantear la siguiente teoría: teniendo en cuenta que *la interpretación crea una obra de arte* y que únicamente representa el *visto bueno* de una comunidad crítica determinada, sólo existen interpretaciones y no existen unas mejores que otras en relación con un poema, una novela o una obra teatral. Pero no es así³³. En palabras de Dworkin: “Interpretation of a text attempts to show *it* as the best work of art *it* can be, and the pronoun insists on the difference between explaining a work of art and changing into a different one³⁴”. En la expresión *to interpret the work so as to make it as good as*

mejor obra, no necesariamente toda su obra, lo que sobrevive y es leído. Cuando se trata de lidiar con obras de esta calidad es bastante natural seguir el procedimiento sugerido por el profesor Dworkin, que consiste en interpretar la obra con el fin de hacerla tan buena como sea posible. Para poner este punto de una forma sutilmente diferente, un método útil para leer literatura es adoptar la hipótesis de la absoluta coherencia –esto es, asumir que ningún detalle de la obra es un accidente, que todo contribuye de alguna manera a su significado e impacto emocional. A través del estudio de los detalles uno empieza a entender cómo la gran literatura lanza su hechizo (traducción propia). En *Ibidem*, p. 1372.

³² Mi sugerencia aparentemente banal (que llamaré la ‘hipótesis estética’) es esta: una interpretación de una pieza de literatura pretende mostrar cuál manera de leerla (o expresarla oralmente o dirigirla o actuarla) la revela como la mejor obra de arte. Diferentes teorías o escuelas o tradiciones de interpretación están en desacuerdo con esta hipótesis porque acogen teorías normativas significativamente diferentes sobre lo que es la literatura y para qué sirve y sobre qué hace que una obra sea mejor que otra (traducción propia).

³³ *Ibidem*, p. 531.

³⁴ La interpretación de un texto pretende *mostrarlo* como la mejor obra de arte que *éste* (el texto) puede ser, y el pronombre insiste en la diferencia entre explicar una obra de arte y convertirla en una diferente (traducción propia).

*possible*³⁵ hay que analizar varias cosas. El pronombre *it* es lo que hace énfasis en la diferencia entre explicar una obra de arte y convertirla en otra distinta. En español ese pronombre personal es *lo*: mostrar-*lo*, ¿mostrar qué? Pues el texto que se interpreta. En español este pronombre reemplaza al sustantivo *texto*, y *lo* es la locución verbal que expresa el sustantivo sin hacer una mención explícita³⁶.

En últimas la *hipótesis estética* propuesta por Dworkin se traduce en la *limitación de la integridad* de un texto, que significa que todas las palabras que lo integran deben ser tenidas en cuenta y ninguna puede ser modificada con el fin de mostrar el texto como una obra de arte *putativamente* mejor³⁷. Adicionalmente Dworkin dijo –no sin razón– que el estilo interpretativo también resultará sensible a las opiniones del intérprete en lo que a la *integridad y coherencia* en el arte se refiere. En este sentido, una interpretación no sublimará una obra de arte si declara la irrelevancia de una gran parte de su texto, o si considera que una buena parte de los incidentes resulta accidental, o que una parte importante del componente estilístico está desintegrado y que a su vez corresponde a estándares independientes de lo que se entiende por *alta escritura*³⁸.

Sin duda hay un gran desacuerdo entre los críticos alrededor del asunto de la integridad, acerca de qué tipo de unidad es deseable y cuál resulta irrelevante (o incluso indeseable). En este orden de ideas es pertinente preguntarse qué constituye el *buen arte*. ¿Es acaso aquel que tiene un componente instructivo, que enseña algo? ¿Es acaso aquel que logra una comunicación exitosa? De ser así, ¿entonces una buena interpretación se enfocaría en lo que el autor quiso decir porque – en un sentido ordinario del término– la comunicación no resulta exitosa a menos que exprese exactamente lo que el autor quiso que su obra expresara? ¿O es buen arte aquel que es expresivo

³⁵ Interpretar la obra con el fin de hacerla tan buena como sea posible (traducción propia).

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibidem, p. 532.

en un sentido diferente, es decir, aquel con la capacidad de estimular o informar las vidas de sus receptores? De ser así, el foco de la interpretación sería el lector –o el escucha o el espectador–, y constituiría la manera de revelarla como la mejor obra de arte. Sin embargo la hipótesis estética no asume de antemano que quien interpreta la obra ha de servirse de una teoría estética autoconsciente y completamente desarrollada, ni que deba saberse partidario de una corriente crítica específica. En opinión de Dworkin, los mejores críticos niegan que exista una única función o perspectiva en la literatura³⁹.

Si bien Dworkin acogió esta teoría e intentó llevarla al ámbito del derecho, su gran objeción es que la hipótesis estética puede resultar *trivial*. Al respecto, él mismo infirió que cualquiera podría decir que los diferentes estilos interpretativos están basados en diferentes teorías que se preguntan *qué es el arte y qué constituye buen arte*, y que el punto es tan banal que incluso podría plantearse al revés: las distintas teorías artísticas se derivan de las distintas teorías de interpretación. Su premisa es que, en vista de que las opiniones de la gente acerca de lo que es buen arte son *inherentemente subjetivas*, la hipótesis estética renuncia a la posibilidad de rescatar la *objetividad en la interpretación*⁴⁰. En lo que se refiere a la carga subjetiva en la relación interpretativa que se establece entre el autor y el receptor de la obra de arte y la objetividad en materia interpretativa, Umberto Eco dijo lo siguiente:

El peso de la carga subjetiva en la relación de fruición [es decir, de goce] (el hecho de que la fruición implique una relación interactiva entre el sujeto que ‘ve’ y la obra en cuanto dato objetivo) no escapó en absoluto a los antiguos, especialmente cuando disertaban sobre las artes figurativas. Platón, en *El Sofista*, observa, por ejemplo, cómo los pintores pintan las proporciones no según una conveniencia objetiva, sino en relación con el ángulo desde el cual ve las figuras el observador. Vitrubio distingue entre *simetría* y *euritmia*, y entiende esta última como adecuación

³⁹ Ibidem, p. 533.

⁴⁰ Ibidem, p. 534.

de las proporciones objetivas a las exigencias subjetivas de la visión. Los desarrollos de una ciencia y de la práctica de la perspectiva testimonian el madurar de la conciencia de la función de la subjetividad que interpreta frente a la obra. Sin embargo, es asimismo evidente que tales convicciones conducen a actuar precisamente en oposición a la *apertura* y a favor del *hermetismo* de la obra: los diversos artificios de perspectiva representaban exactamente otras tantas concesiones hechas a las exigencias de la circunstancia del observador para llevarlo a ver la figura *del único modo justo posible*, aquel sobre el cual el autor (construyendo artificios de la visión) trataba de hacer converger la conciencia del usuario⁴¹.

Es posible cuestionar la objeción de Dworkin relativa a la potencial trivialidad de la hipótesis estética si se tiene presente la evolución transcurrida entre, en términos de Umberto Eco, “la adecuación de las proporciones objetivas a las exigencias subjetivas de la visión” y “la conciencia de la función de la subjetividad que interpreta frente a la obra”. Si bien es cierto que las opiniones de la gente acerca de lo que es buen arte son *inherentemente subjetivas*, también es cierto que dicha subjetividad hace imposible que la obra de arte sea percibida “*del único modo justo posible*, aquel sobre el cual el autor (construyendo artificios de la visión) trataba de hacer converger la conciencia del usuario”. En otras palabras, la objeción de Dworkin puede problematizarse si se acepta que la ambivalencia hace parte del acto interpretativo de la obra de arte, y que el movimiento pendular entre la postura hermética y la de apertura es inevitable. ¿Es la obra de arte unívoca o equívoca en su interpretación? Esta es una pregunta eterna, un debate que nunca muere porque siempre hay un componente subjetivo en todo acto interpretativo –y quizá de ahí su riqueza, porque siempre suscita nuevos interrogantes–.

Sea como fuere, Dworkin hizo énfasis en un punto importante: una de las consecuencias de la hipótesis estética es que las teorías académicas de interpretación dejan de concebirse como análisis

⁴¹ Eco, U. (1992), *Poética de la obra abierta* en *Obra abierta*, Barcelona, Planeta-De Agostini, S.A., p. 75 y 76.

conceptuales de la *interpretación en sí misma* y se convierten en concepciones teóricas interpretativas que compiten entre sí. En su opinión, ya no existe una diferencia radical –en términos de abstracción– entre una teoría de interpretación y una interpretación de una obra de arte en particular. Esto último implica que no hay una clara distinción entre la interpretación y la crítica, entendiendo por interpretación *el acto de descubrir el verdadero significado de una obra de arte*, y entendiendo por crítica *el acto de evaluar su éxito o importancia*⁴².

Con base en lo que se ha dicho hasta ahora es posible concluir lo siguiente: cuando Dworkin dijo que *una interpretación de una obra literaria ha de mostrar cuál manera de leerla –o expresarla oralmente o dirigirla o actuarla– la revela como la mejor obra de arte*, quiso decir que la interpretación –el acto de descubrir su verdadero significado– que la revela como la mejor obra de arte es aquella que declara su integridad y coherencia. Esto último puede entenderse en un sentido correlativo: la mejor obra de arte es aquella dotada de integridad y coherencia –en el sentido en que la mayor parte de su texto resulta relevante, la mayoría de sus incidentes no son accidentales ni gratuitos, y su estilo es coherente e integra toda la obra–; y la mejor interpretación –la que revela la obra como la mejor obra de arte– es aquella que resulta coherente con la lógica misma de la obra objeto de interpretación, sea ésta literaria, jurídica o de otra naturaleza.

A diferencia de Richard Posner, en cuyo criterio el estudio de la literatura tiene muy poco que aportar a la interpretación de las leyes y constituciones pero sí puede contribuir considerablemente en lo que se refiere a la calidad e inteligibilidad de las decisiones judiciales en virtud de su componente retórico, el Profesor Dworkin adoptó una posición que consiste en escoger –entre dos interpretaciones sobre una obra literaria que contienen entre sí– aquella interpretación que la

⁴² Dworkin, R. (1982), *The Aesthetics Hypothesis in Law as Interpretation*, Texas Law Review, Vol. 60, p. 534.

revele como la mejor obra de arte. En opinión de Dworkin, debe procederse de la misma manera con las leyes y la Constitución.

ii. **La hipótesis de la intención del autor en literatura y en derecho**

“(…) algo me dijo muy tempranamente que la literatura
–incluso la de tipo fantástico más imaginativo–
no estaba únicamente en las lecturas,
las bibliotecas y en las charlas de café⁴³”.

JULIO CORTÁZAR

De acuerdo con Ronald Dworkin, si se asume que las teorías de interpretación constituyen análisis independientes de lo que significa interpretar algo, y que más bien están *basadas en y dependen de* teorías normativas del arte, entonces hay que aceptar que son vulnerables a las objeciones que puedan formularse en contra de la teoría normativa que las fundamenta. Las teorías normativas que sostienen la *hipótesis de la intención del autor*⁴⁴ parten del hecho de que aquello que es valioso en una obra de arte –aquello que debería conducirnos a valorar una obra de arte más que otra– se circunscribe a aquello que el autor quiso decir en un *sentido limitado y restrictivo*. Este planteamiento supone que el arte debe ser comprendido como una forma de comunicación entre el orador y su audiencia.

Él mismo es consciente de que quienes acogen esta hipótesis –los *intencionalistas*– probablemente objetarían todas sus consideraciones e insistirían en que su teoría interpretativa sólo

⁴³ Cortázar, J. (2013), *Primera clase. Los caminos de un escritor en Clases de literatura: Berkeley, 1980*, Alfaguara, Bogotá, p. 18.

⁴⁴ Por autor debe entenderse *subjetividad que crea la obra*.

da cuenta de aquello que es valioso en un libro, poema u obra de teatro; en otras palabras, que su postura solamente da cuenta del *significado* de un particular libro o poema u obra de teatro porque para saber si algo es valioso o no y para saber dónde reside su valor es necesario entender qué quiere decir. Y probablemente también dirían que no solamente las intenciones del autor y lo que este último quiso decir –expresadas en un sentido estricto y condicionado– cuentan al momento de desentrañar el significado de su obra⁴⁵.

La primera objeción al cargo que presenta Dworkin en contra de esta teoría es que la hipótesis de la intención del autor se presenta a sí misma, no como una consecuencia necesaria de la hipótesis estética –su *upshot*⁴⁶ en términos dworkianos–, sino como su rival o como una teoría que es potencialmente superior en términos de expresar el significado de la interpretación. Sin embargo, el propio Dworkin afirmó que es bastante difícil concebir la tesis de la intención del autor de esta manera. No tiene sentido pretender que el intérprete entienda la interpretación en el sentido estricto de la *intención del autor*.

El gran problema planteado por el intencionalista podría ser: ¿cuál era la intención del autor con su obra? ¿Qué pretendió que fuera su obra? Si bien es factible descubrir lo que un autor pretendía, o al menos llegar a una conclusión con cierto grado de probabilidad de acierto, ¿por qué es importante? ¿Para qué sirve? ¿Para satisfacer cuáles propósitos literarios? En opinión de Dworkin, cualquier respuesta habría de suponer que el valor y el significado en el arte están adheridos sobre todo a la intención del autor, sólo porque eso era lo que el autor pretendía. De lo contrario, ¿por qué habríamos de estudiar aquello que este tipo de interpretación concibe como *obra de arte*? Pero afirmar (una vez más) que la intención del autor es importante en gran medida depende de una teoría artística normativa muy controversial y no de una observación neutral

⁴⁵ Dworkin, R. (1982), *Author's Intention* en *Law as Interpretation*, Texas Law Review, Vol. 60, p. 536.

⁴⁶ Consecuencia necesaria (traducción propia).

anterior a cualquier análisis coherente. Esto no quiere decir, sin embargo, que la intención del autor siempre resulta irrelevante. De hecho a veces es el meollo del asunto. El punto es que el intencionalista piensa que el hecho de conocer la intención del autor es lo que permite saber si la obra es buena o no, y que precisamente por esta razón esta hipótesis no es contendora de la hipótesis estética, sino más bien *a suitor for the crown that hypothesis holds out*⁴⁷. De acuerdo con este razonamiento, la hipótesis de la intención del autor es una potencial reafirmación de la hipótesis estética, no su teoría contendora⁴⁸.

Un caso de un escritor en el que la hipótesis de la intención del autor y la hipótesis estética no contienden sino que convergen e incluso se complementan es el argentino Julio Cortázar⁴⁹. Para interpretar su obra es necesario conocer su inventario estético –que implica cultivar la literatura por la literatura misma–, metafísico –que implica cultivar la literatura como indagación del destino humano– e histórico –que implica cultivar la literatura con el propósito de participar en procesos históricos⁵⁰–. Dicho inventario eventualmente se traduce en su *intención*, en *aquello que probablemente quiso decir*. Pero esto no es suficiente. También es necesario hallar la interpretación que revele su obra como la mejor obra de arte, es decir, como aquella que declara su integridad y coherencia.

En este sentido, la segunda objeción al cargo que presenta Dworkin en contra de esta teoría es que los intencionalistas convierten el estado mental del autor en el eje central de la interpretación⁵¹. En el caso de Julio Cortázar, su estado mental no puede constituir el eje absoluto de la interpretación de su obra, pero si el intérprete no sabe qué entiende Cortázar por *fantástico* ni qué

⁴⁷ Un aspirante a la corona que dicha hipótesis ostenta (traducción propia).

⁴⁸ Dworkin, R. (1982), *Author's Intention* en *Law as Interpretation*, Texas Law Review, Vol. 60, p. 536 y 537.

⁴⁹ Sí, nació en Bélgica, pero su alma era argentina.

⁵⁰ Cortázar, J. (2013), *Primera clase. Los caminos de un escritor* en *Clases de literatura: Berkeley, 1980*, Alfaguara, Bogotá, p. 16.

⁵¹ Dworkin, R. (1982), *Author's Intention* en *Law as Interpretation*, Texas Law Review, Vol. 60, p. 538.

quiere decir cuando emplea ese término (por dar un ejemplo), su interpretación se apartaría significativamente de la *intención del autor*. Esto no quiere decir que su obra se agote en la interpretación que él mismo, Cortázar, dio o quiso dar a lo que escribió. Respecto de *lo fantástico*, Cortázar dijo:

Entonces me acordé (...) que cuando yo era niño e iba a la escuela primaria mi noción de las cosas fantásticas era muy diferente de la que tenían mis compañeros de curso. Para ellos lo fantástico era algo que había que rechazar porque no tenía que ver con la verdad, con la vida, con lo que estaban estudiando y aprendiendo.

(...) desde muy niño lo fantástico no era para mí lo que la gente considera fantástico; para mí era una forma de la realidad que en determinadas circunstancias se podía manifestar, a mí o a otros, a través de un libro o un suceso, pero no era un escándalo dentro de una realidad establecida. Me di cuenta de que yo vivía sin haberlo sabido en una familiaridad total con lo fantástico porque me parecía tan aceptable, posible y real como el hecho de tomar una sopa a las ocho de la noche; con lo cual (y esto se lo pude decir a un crítico que se negaba a entender cosas evidentes) creo que yo era ya en esa época profundamente realista, más realista que los realistas puesto que los realistas como mi amigo aceptaban la realidad hasta un cierto punto y después todo lo demás era fantástico. Yo aceptaba una realidad más grande, más elástica, más expandida, donde entraba todo⁵².

Con respecto a su cuento *El perseguidor*, Cortázar dijo:

(...) escribí un cuento muy largo, quizá el más largo que he escrito, “El perseguidor” (...) que en sí mismo no tiene nada de fantástico pero en cambio tiene algo que se convertía en importante para mí: una presencia humana, un personaje de carne y hueso, un músico de jazz que sufre, sueña, lucha por expresarse y sucumbe aplastado por una fatalidad que lo persiguió toda su vida. (Los que lo han leído saben que estoy hablando de Charlie Parker, que en el cuento se llama Johnny Carter). (...) En la gran soledad en que vivía en París de golpe fue como estar empezando

⁵² Cortázar, J. (2013), *Segunda clase. El cuento fantástico I: el tiempo* en *Clases de literatura: Berkeley, 1980*, Alfaguara, Bogotá, p. 49 y 50.

a descubrir a mi prójimo en la figura de Johnny Carter, ese músico negro perseguido por la desgracia cuyos balbuceos, monólogos y tentativas inventaba a lo largo de ese cuento⁵³.

Johnny Carter, el personaje alrededor del cual se entreteje la urdimbre del cuento, intenta explicar ese misterio esencial queriendo vivir solamente en esos momentos de excepcionalidad en los que lo fantástico irrumpe en el presente y el tiempo cambia; los minutos del reloj y las estaciones del metro marcan un minuto y medio pero durante ese intervalo el músico vive cientos de años, piensa toda una vida y atisba lo que persigue. Cortázar (o más bien Johnny) insiste en que lo excepcional es aquello que permite agarrar los pedazos inasibles de realidad; es una puerta que permite indagar sobre los misterios esenciales (que están sugeridos). Así es como *se traduce la intención del autor* en este cuento:

–Apenas un minuto y medio por tu tiempo, por el tiempo de ésa –ha dicho rencorosamente Johnny–. Y también por el del *métro* y el de mi reloj, malditos sean. Entonces, ¿cómo puede ser que yo haya estado pensando un cuarto de hora, eh, Bruno [el biógrafo de Johnny]? ¿Cómo se puede pensar un cuarto de hora en un minuto y medio? Te juro que ese día no había fumado ni un pedacito, ni una hojita –agrega como un chico que se excusa–. Y después me ha vuelto a suceder, ahora me empieza a suceder en todas partes. Pero –agrega astutamente– sólo en el *métro* me puedo dar cuenta porque viajar en el *métro* es como estar metido en un reloj. Las estaciones son los minutos, comprendes, en ese tiempo de ustedes, de ahora; pero yo sé que hay otro, y he estado pensando, pensando... (...)

–Bruno, si yo pudiera solamente vivir como en esos momentos, o como cuando estoy tocando y también el tiempo cambia... Te das cuenta de lo que podría pasar en un minuto y medio... Entonces un hombre, no solamente yo sino ésa y tú y todos los muchachos, podrían vivir cientos de años, si encontráramos la manera podríamos vivir mil veces más de lo que estamos viviendo por culpa de los relojes, de esa manía de minutos y de pasado mañana...⁵⁴

⁵³ Cortázar, J. (2013), *Primera clase. Los caminos de un escritor en Clases de literatura: Berkeley, 1980*, Alfaguara, Bogotá, p. 19.

⁵⁴ Cortázar, J. (2008), *El perseguidor*, Bogotá, Punto de Lectura, p. 311.

Dworkin dedicó buena parte de su texto *Law as Interpretation* a la refutación de la postura según la cual el eje de la interpretación en derecho y literatura debe ser la intención del autor. En primer lugar Dworkin dijo que la intención de un novelista o legislador es *compleja* y por lo tanto difícil de conocer. En segundo lugar dijo que incluso si dicha intención pudiese conocerse, sería solamente un pedazo de *información psicológica* y por lo tanto resultaría irrelevante para efectos de determinar el significado institucional (y no psicológico). En resumen, Dworkin afirmó que convertir la intención del autor en el eje de la interpretación implica, por un lado, eludir el contexto interpretativo adecuado, y por el otro, sustituirlo por un cierto estado mental del autor⁵⁵.

¿Y qué hay de la hipótesis de la intención del autor en el derecho? Según el profesor de filosofía y derecho Martin Jay Stone, en algunas áreas del derecho la intención del autor sí tiene el valor que le otorgan los intencionalistas. Sin embargo, el verdadero valor de la intención del autor en el ámbito jurídico no se debe a que el derecho a veces adopta la forma de un texto –y que, por lo tanto, proviene de un autor–, sino a que sus creadores tienen el poder efectivo (político y operativo) para tomar decisiones con fuerza vinculante independientemente de la opinión de los individuos que están sujetos al ordenamiento jurídico. Jurídicamente, la intención del autor tiene valor justamente porque los gobernados necesitan saber qué quisieron decir aquellos que crearon las normas que los gobiernan para así poder cumplirlas. Esto quiere decir que *la intención del autor jurídico –entendido como creador de derecho– tiene valor por el solo hecho de que es la intención de una persona con la autoridad para crear derecho.*

Para explicar este punto Jay Stone propuso la siguiente analogía: si un general lidera a un ejército en batalla y profiere una orden determinada –*ustedes tres defiendan el flanco izquierdo*–, ¿qué sentido tendría otorgarle ese rango jerárquico al general si a su batallón no le interesara en

⁵⁵ Fish, S. (1982). *Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism* [en línea] disponible en: <http://bigfatgenius.com/4260/Fish%20-%20Working%20in%20the%20Chain%20Gang.html>.

absoluto lo que su comandante quiso decir, o si su batallón no supiera exactamente qué quiso decir al proferir la orden? De manera similar, ¿cuál sería el punto si las órdenes del general siempre fueran publicadas por una agencia mediática que a su vez las alterara en sentidos aleatorios? Ciertamente, las autoridades no tienen sentido ni poder alguno si no logran proferir exactamente las órdenes que tienen intención de emitir, y en dado caso acudirían a las agencias de publicidad solamente si éstas reciben e interpretan dichas órdenes de forma coherente con la intención de quien las profiere.

Jay Stone afirmó que el hecho de que el derecho emane de una *autoridad pública* implica que la autoridad que crea la ley de antemano expresa sus intenciones en términos de los métodos y convenciones a través de los cuales dichas intenciones podrían (y deberían) ser interpretadas. Por su parte, la interpretación literaria –entendida según la hipótesis de la autonomía– es también autoconscientemente colaborativa. Esto significa que los procedimientos e interrogantes de los críticos literarios no son extraños a un autor literario. La interpretación literaria sería muy diferente si existiera algo así como una *autoridad literaria*. En palabras de Jay Stone: “That is, there are no authors or readers (or even ‘communities’ of readers) whose pronouncements, just as such, are reasons for taking the text to mean *this* rather than *that*, quite apart from how the text seems to you⁵⁶”.

En este orden de ideas, Jay Stone llegó a una conclusión importante: el *texto jurídico* en sí mismo es una base inadecuada para teorizar sobre la interpretación *jurídica*. Si bien hablar de la intención del legislador puede ser pertinente cuando se pretende aplicar la ley, las doctrinas del “*text’s reasonable public meaning* (i.e., something different from what an author may have

⁵⁶ Esto es, no existen autores ni lectores (ni siquiera ‘comunidades’ de lectores) cuyos pronunciamientos sean, por sí mismos, razones para asumir que el texto significa *esto* y no *aquello*, más allá de lo que el texto pueda parecerle a cada quien (traducción propia).

intended⁵⁷)” se incorporan comprensiblemente en la interpretación de contratos porque el contrato es una ley que ha sido creada por lo menos por dos *autores-partes* que a su vez son los polos de una relación de derechos y obligaciones y sería injusto, en caso de que surja una disputa, que las intenciones idiosincrásicas de uno determinen unilateralmente los derechos y obligaciones del otro. En este mismo sentido, la interpretación constitucional se diferencia de la interpretación legal y contractual porque podría pensarse que la intención general de los constituyentes consistió en crear un marco político moralmente válido en lugar de consagrar las posturas en conflicto que pudieron haber tenido los propios constituyentes al momento de crear la norma.

Ahora bien, Jay Stone se preguntó lo siguiente: ¿y qué ocurre con la creatividad en el ámbito de la interpretación jurídica? La creatividad, según Jay Stone, puede resultar necesaria cuando hay lagunas en la ley o cuando la ley entra en conflicto consigo misma o con la moral. Pero esto es más recursividad o ingenio, quizás innovación, no *creatividad en el sentido artístico*. Con gran perspicacia Jay Stone dijo que la creatividad judicial no siempre es una virtud; por ejemplo, una razón para que un juez falle en determinado sentido es perpetuar el precedente y respetar la *autoridad* de la que éste proviene. Aquí se hace énfasis en que la *ausencia de creatividad* puede ser un valor agregado en el contexto de la interpretación jurídica:

One reason for the judge’s *interpretive* attitude is continuity with precedent authority: *stare decisis et quieta non movere*⁵⁸ –the reverse of Eliot’s “novelty is better than repetition⁵⁹”. Further, the advantages of having authoritative rules would be defeated by a general practice of creatively “interpreting” them to reflect the (equitable) reasons revealed by each case. Hence –as literature itself has sometimes been drawn to consider– the *absence* of creativity becomes a value in legal interpretation. When judicial creativity does appear, its point is limited, viz., to make the

⁵⁷ El *significado público* razonable del texto (por ejemplo, algo distinto a lo que el autor quiso decir) (traducción propia).

⁵⁸ Mantenerse firme en las decisiones y permanecer quieto en la acción (traducción propia).

⁵⁹ La novedad es mejor que la repetición (traducción propia).

law morally better or more coherent, not to exhibit novelty or individuality for their own sake: there is no legal parallel to the familiar criticism of literary and performing interpretations as uninformative, hackneyed or slavish⁶⁰.

iii. El debate suscitado entre Ronald Dworkin y Stanley Fish alrededor del *ejercicio de interpretación concatenada*

En su artículo *Intention and Interpretation: Towards A Meta-Theory of Legal Hermeneutics*, Daniel Austin Green se preguntó si la literatura y el derecho son esencialmente diferentes, y si diferentes tipos de textos requieren distintas técnicas de interpretación dependiendo de su contenido. También se preguntó si los textos jurídicos son inherentemente diferentes de otros textos. Aun cuando Richard Posner decidió adoptar el método del *nuevo criticismo* para interpretar textos literarios, lo consideró inadecuado para la interpretación jurídica. De acuerdo con Green, Posner no necesariamente estaba en lo correcto.

Pues bien, el nuevo criticismo no proclama la muerte del autor ni tampoco sugiere que el autor sea irrelevante ni obsoleto para efectos de interpretar su texto. Sí insiste, no obstante, en que *un texto tiene un significado que es independiente de las intenciones de su autor*. De acuerdo con esta corriente, si bien desentrañar el contexto del autor así como sus intenciones puede ser valioso, un lector podría prescindir de todo esto y aun así entender el significado del texto porque en realidad

⁶⁰ Una razón para la actitud *interpretativa* del juez es la continuidad de la autoridad del precedente: *stare decisis et quieta non movere* –el revés de la frase de Eliot “novelty is better than repetition”. Además, las ventajas de tener reglas de autoridad serían anuladas por una práctica general de ‘interpretarlas’ creativamente para reflejar las razones (equitativas) que se revelan en cada caso. Por lo tanto –como la literatura misma en ocasiones ha tendido a considerar– la *ausencia* de creatividad se convierte en un valor en interpretación jurídica. Cuando la creatividad judicial en efecto aparece, su punto es limitado, a saber, a hacer el derecho moralmente mejor o más coherente, no para exhibir novedad o individualidad por su propio bien; no existe paralelo jurídico respecto de la crítica conocida de interpretaciones literarias y hermenéuticas como poco informativas, trilladas o faltas de originalidad (traducción propia). En Jay Stone, M. (2017), *Indeterminacy and Having to Decide: Some Contrasts – There’s No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press, p. 81.

no lo necesita. Para el nuevo crítico una interpretación que ignora el contexto histórico o las intenciones del autor no es inválida; para el nuevo crítico, el contexto histórico y las intenciones del autor simplemente *contribuyen complementariamente a la comprensión global de la obra*⁶¹.

Para Green fue muy claro por qué el pragmático Richard Posner se sintió atraído por esta teoría: porque puede considerarse como un punto medio entre la necesidad de apelar al contexto histórico y la necesidad de querer descifrar lo que un autor quiso decir o no con un determinado texto. Aun cuando pareciera tratarse de una concesión razonable en el contexto jurídico, Posner no aceptó el nuevo criticismo para efectos de la hermenéutica jurídica. La pregunta es por qué. Green estaba convencido de que, según Posner, *los textos legales tienen un significado inherente y no relativo* (en su acepción de *relatividad*, no de *relación*) que obliga al intérprete a buscarlo por fuera de los hechos y del contexto y con frecuencia en la forma de *intención* (“which flesh out the law’s meaning⁶²”). Su punto es que, para decirlo de manera muy sencilla, el derecho es diferente⁶³.

Teniendo esto en cuenta, ¿qué utilidad tiene la literatura en el estudio de la interpretación jurídica? Es sabido que las imágenes literarias abundan en la teoría del derecho. Por ejemplo, Martha C. Nussbaum escribió un libro llamado *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. La obra de Nussbaum está dedicada a Richard Posner y su propósito es el siguiente: “(...) to describe the ingredient of public discourse that Whitman found missing from his America (...). It grows out of the conviction, which I share with Whitman, that storytelling and literary imagining are not opposed to rational argument, but can provide essential ingredients in a rational

⁶¹ Green, D. (2009), *Nature of Interpretation en Intention and Interpretation: Towards A Meta-Theory of Legal Hermeneutics*, John Templeton Foundation, p. 30 a 32, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1404203, recuperado: agosto 7 de 2017.

⁶² Que descarnan el significado de la ley (traducción propia).

⁶³ Green, D. (2009), *Nature of Interpretation en Intention and Interpretation: Towards A Meta-Theory of Legal Hermeneutics*, John Templeton Foundation, p. 32, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1404203, recuperado: agosto 7 de 2017.

argument⁶⁴”. Así lo expresó Whitman: “Without the participation of the literary imagination, things are grotesque, eccentric, fail of their full returns⁶⁵”.

En esa misma línea y en opinión del crítico literario Stanley Fish, “In his essay ‘Law as Interpretation’ Ronald Dworkin is concerned to characterize legal practice in such a way as to avoid claiming either that in deciding a case judges find the plain meaning of the law ‘just there’ or, alternatively, that they make up the meaning ‘wholesale’ in accordance with personal preference or whim⁶⁶”. De acuerdo con Fish, Dworkin acertó al relacionar el ejercicio del derecho con el ejercicio de la crítica literaria. Y acertó no solamente porque ambas disciplinas tienen en común la misma pregunta central –¿cuál es la fuente de la autoridad interpretativa?–, sino porque las respuestas que ambas disciplinas ofrecen a esa pregunta central adoptan la forma de las dos posiciones que Dworkin rechaza: que al decidir un caso los jueces encuentren el significado claro de la ley *justo ahí*, o que inventen su significado según su preferencia o capricho personal.

Así como hay miembros de la comunidad jurídica que han insistido en que hay que interpretar las leyes y fallos judiciales *estrictamente*, es decir, atendiendo sólo a las palabras en sí mismas, también están aquellos miembros de la comunidad literaria que han insistido en que la interpretación está –o debería estar– sujeta a lo que está comprendido dentro del texto⁶⁷. Esto último es lo que se conoce como *textualismo*. Según los juristas Antonin Scalia y Bryan A. Garner,

⁶⁴ Describir el ingrediente del discurso público que Whitman consideró le faltaba a su América (...). Esto emerge de la convicción, que comparto con Whitman, según la cual la narración de relatos y las imágenes literarias no se oponen al argumento racional sino que le proporcionan ingredientes esenciales (traducción propia). En Nussbaum, M. (1995), *Preface en Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, p. xiii.

⁶⁵ Sin la intervención de la imaginación literaria las cosas son grotescas, excéntricas y faltas de sus íntegras implicaciones (traducción propia).

⁶⁶ En su ensayo ‘Law as Interpretation’ a Ronald Dworkin le interesa caracterizar el ejercicio del derecho de tal manera que se evite afirmar, por un lado, que al decidir un caso los jueces encuentran el significado claro de la ley ‘justo ahí’ o que, alternativamente, inventan su significado de manera sistemática de acuerdo con su preferencia o capricho personal (traducción propia). En Fish, S. (1982). *Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism* [en línea] disponible en: <http://bigfatgenius.com/4260/Fish%20-%20Working%20in%20the%20Chain%20Gang.html>.

⁶⁷ Idem.

el textualismo en su forma más pura comienza y termina con lo que el texto dice y verdaderamente implica. En su opinión, esta teoría interpretativa no resulta idónea para alcanzar fines ideológicos porque obedece al criterio más objetivo posible, que a su vez consiste en *acoger el significado contextual que fue conferido a las palabras en el momento de promulgación de la norma*. Los autores de la obra *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* lo expresaron en los siguientes términos: “In their full context, words mean what they conveyed to reasonable people at the time they were written –with the understanding that general terms may embrace later technological innovations. (...) The exclusive reliance on text when interpreting text is known as *textualism*⁶⁸”.

En su texto *Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation*, Marco Jiménez⁶⁹ invocó el cuento borgiano *Pierre Menard, autor del Quijote* como intertexto de su análisis hermenéutico. *Pierre Menard* es un académico ficticio –creado por Jorge Luis Borges– que se propuso convertir a *Don Quijote de la Mancha* de Miguel de Cervantes en un texto no anacrónico con el potencial de apelar a una audiencia moderna. La intención inicial de Pierre Menard consistió en re-escribir el Quijote como lo hubiese escrito Cervantes de haber vivido en la actualidad. Análogamente, el *Pierre Menard* de Marco Jiménez se propuso re-escribir la Constitución de los Estados Unidos de América como si ésta hubiese sido escrita en nuestro tiempo: de ahí su *Pierre Menard, autor de la Constitución*⁷⁰.

En opinión de Jiménez, la teoría de *su Pierre Menard* ostenta una posición única por cuanto acepta el *textualismo* –interpretación que se basa en lo que el lector razonablemente entiende que

⁶⁸ En su pleno contexto, las palabras significan aquello que transmitieron a personas razonables en el momento en que fueron escritas –con la consideración de que los términos generales pueden acoger posteriores innovaciones tecnológicas. (...) La dependencia exclusiva respecto del texto cuando se interpreta un texto se conoce como *textualismo* (traducción propia). En Scalia, A. y Garner, B. (2012). *Textualism and its Challengers* en *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* [en línea] disponible en: <http://libgen.io/book/index.php?md5=3CDB2D2B4045E8FC1A934A4B519CF718>, p. 84 y 85.

⁶⁹ Profesor asociado de la Stetson University College of Law.

⁷⁰ Jiménez, M. (2013), *Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation*, p. 1, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039400, recuperado: agosto 13 de 2017.

dice el texto y no en la intención de su autor⁷¹– y al mismo tiempo rechaza el *originalismo* –que es la interpretación que otorga a las palabras el mismo significado que les fue conferido en el momento en que fueron promulgadas⁷²–, su aliado consabido. Según el Profesor Menard de Jiménez, la *intención original* solamente es relevante en la medida en que el intérprete que se encuentra *aquí y ahora* acoja dicha intención como su eje interpretativo.

A diferencia de los juristas Antonin Scalia y Bryan A. Garner, en cuyo criterio el *textualismo* consiste en acoger el significado contextual que fue conferido a las palabras en el momento de la promulgación de la norma, para Marco Jiménez el *textualismo* debe prescindir de ese *originalismo* –que reconocen Scalia y Garner y que se empeña en otorgar a las palabras el mismo significado que les fue conferido en el momento en que fueron promulgadas– y que, en cambio, debe circunscribirse exclusivamente a aquella interpretación que se basa en lo que el lector razonablemente entiende que dice el texto y no en la intención de su autor.

Por otro lado, la doctrina del *realismo jurídico* sostiene que las *lecturas* de los jueces son racionalizaciones de sus deseos políticos o personales, así como quienes acogen la *subjetividad crítica* o *construccionismo* sostienen que lo que un lector *ve* es simplemente un reflejo de sus predisposiciones y sesgos. Así entonces el ámbito interpretativo pareciera oscilar entre aquellos que piensan que la interpretación está arraigada en la objetividad y aquellos que creen que los intérpretes son libres para todos los efectos y propósitos. Dworkin no quiso aferrarse a ninguno de estos dos extremos –la objetividad y la subjetividad interpretativa en su máxima polarización posible– y en cambio creó la noción de las *chain enterprises*, que conceptualmente podrían traducirse como *ejercicios de interpretación concatenada*: “enterprises in which interpretation is

⁷¹ Jiménez, M. (2013), *Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation*, pie de página número 8, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039400, recuperado: agosto 13 de 2017.

⁷² *Ibidem*, pie de página número 9.

an extension of an institutional history made up of ‘innumerable decisions, structures, conventions and practices⁷³’”. La interpretación así concebida no es enteramente objetiva porque deja lugar para el desacuerdo, ni es del todo subjetiva porque el intérprete no procede independientemente de lo que otros miembros de la institución han hecho o dicho.

Para ilustrar este punto téngase en cuenta la situación imaginada por Dworkin en la que una novela es escrita por varias personas, es decir, *a varias manos*. Una escribe el primer capítulo, otra el segundo y así sucesivamente. La segunda persona tiene que interpretar lo que escribió la primera para así darle *continuidad* a su propia contribución y lograr una obra más o menos unificada y estructurada. Stanley Fish retomó este ejercicio en su texto *Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in the Literary Criticism*, e hizo énfasis en que todos los novelistas salvo el primero tienen la responsabilidad dual de crear e interpretar puesto que cada uno debe leer todo lo que se ha escrito antes con el fin de establecer, en un sentido interpretativo, en qué consiste la novela que se ha creado hasta entonces.

Aun cuando Fish encontró el ejercicio útil y esclarecedor, encontró algunos problemas. Uno de ellos, quizá el más importante, es haber considerado que el novelista primigenio, el que empezó a escribir la novela, se encuentra en una posición distinta respecto de quienes lo suceden en la tarea porque su labor es exclusivamente *creativa*, no *interpretativa*. En esta misma línea, Dworkin planteó en un borrador preliminar de su texto que la libertad de los novelistas se iba constriñendo y coartando a medida que la cadena creativa-interpretativa evolucionaba. Posteriormente Dworkin se retractó y dijo que esta afirmación era válida siempre que se tuviera presente que el único

⁷³ Ejercicios en los que la interpretación es una extensión de una historia institucional hecha de ‘innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas’ (traducción propia). En Fish, S. (1982). *Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism* [en línea] disponible en: <http://bigfatgenius.com/4260/Fish%20-%20Working%20in%20the%20Chain%20Gang.html>.

intérprete libre en toda la cadena es el que inaugura el acto creativo-interpretativo, libertad que se deriva del hecho de no tener que leer *lo que lo ha precedido*.

Siguiendo a Fish, este problema específico del razonamiento de Dworkin radica justamente en creer que el primer novelista es libre para los efectos y propósitos de la interpretación de la obra que se está fraguando. En su opinión, el primer novelista ha renunciado a su libertad en el momento mismo en que ha optado por escribir una novela. Por ejemplo tiene que decidir cómo empezarla, y ese mismo acto está condicionado por la *noción misma de lo que constituye el principio de una novela*. Esto no quiere decir entonces que las decisiones del primer novelista ya están totalmente determinadas y preestablecidas, pero sí que las decisiones que puede tomar son *estrictamente relativas a la escritura de una novela*, que por lo demás dependen de una comprensión previa de *lo que en efecto significa escribir una novela*, incluso si dicho escritor primigenio decide alterar dicha comprensión.

En últimas el punto de Fish es que el primer novelista no es *libre ni condicionado*, sino *libre y condicionado*. Es libre de *empezar a escribir cualquier tipo de novela* que decida escribir, pero está condicionado por las posibilidades finitas que comprenden las nociones *tipo de novela* y *principio de novela*. Así mismo, las personas que vienen después de él son libres y están condicionadas de la misma manera: cuando un novelista posterior decide llevar la novela en una o en otra dirección, esa decisión ha de seguir otra que ya la había prefigurado, y dicha decisión tendrá una connotación interpretativa en el sentido en que no estará determinada por una *forma determinada y perspicua de las palabras*, sino que será el medio que le otorgará forma a esas mismas palabras. Según Fish el último autor es tan libre de determinar el sentido del relato como el primer autor e incluso está constreñido por las mismas limitaciones⁷⁴:

⁷⁴ Idem.

It is tempting to think that the more information one has (the more history) the more directed will be one's interpretation; but information only comes in an interpreted form (it does not announce itself). No matter how much or how little you have, it cannot be a check against interpretation because even when you first 'see' it, interpretation has already done its work. So rather than altering the conditions of interpretation, the accumulation of chapters merely extends the scope of its operation⁷⁵.

El punto de Fish en relación con el ejercicio de Dworkin es que, en últimas, la distinción que este último estableció entre el novelista primigenio y los escritores posteriores no se sostiene puesto que todas las personas involucradas están igualmente constreñidas por las limitaciones que ya se han mencionado. La segunda objeción de Fish está directamente relacionada con la primera: en su esfuerzo por plantear esa distinción, Dworkin incurrió falazmente en las dos posiciones interpretativas que él mismo ha criticado.

En otras palabras, le confirió al primer novelista una libertad que equivale a aquella asumida por quienes creen que los jueces y otros intérpretes están únicamente condicionados por sus preferencias y deseos personales; así mismo, consideró que los novelistas posteriores están condicionados por una historia previa de una manera que sólo sería posible si la forma y significación de esa historia fuese manifiesta por sí misma. En opinión de Fish, en lugar de evitar la postura de los que *inventan el significado de la ley según su preferencia o capricho*, así como de substraerse de la postura de aquellos que *encuentran el significado claro de la ley 'justo ahí'*, Dworkin terminó comprometiéndose con ambas posiciones. Léase la siguiente cita del propio Dworkin:

⁷⁵ Es tentador pensar que mientras más información uno tenga (más historia), más dirigida estará la propia interpretación; pero la información sólo viene interpretada (no se anuncia a sí misma). No importa qué tanta o qué tan poca se tenga, no puede ir en contra de la interpretación porque incluso cuando se 've' en primer lugar, la interpretación ya ha hecho su trabajo. Entonces en lugar de alterar las condiciones de la interpretación, la acumulación de capítulos simplemente aumenta el ámbito de su operación (traducción propia). En idem.

Deciding hard cases at law is rather like this strange literary exercise. The similarity is most evident when judges consider and decide ‘common-law’ cases; that is, when no statute figures centrally in the legal issue, and the argument turns on which rules or principles of law ‘underlie’ the related decisions of other judges in the past. Each judge is then like a novelist in the chain. He or she must read through what other judges in the past have written not simply to discover what these judges have said, or their state of mind when they said it, but to reach an opinion about what these other judges have collectively done, in the way that each of our novelists formed an opinion about the collective novel so far written. Any judge forced to decide any law suit will find, if he looks in the appropriate books, records of many arguably similar cases decided over decades or even centuries past by many other judges of different styles and judicial and political philosophies, in periods of different orthodoxies of procedure and judicial convention. Each judge must regard himself, in deciding the case before him, as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, conventions and practices are the history; it is his job to continue that history into the future through what he does. He must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own⁷⁶.

Esto mismo, en palabras de Jerome Bruner:

(...) para juzgar lo adecuado de una interpretación jurídica no existe un corpus comparable de obligaciones procesales [aquí se está refiriendo específicamente a las *Federal Uniform Rules of Evidence*, es decir, a las *Normas*

⁷⁶ Fallar los casos difíciles en derecho es bastante similar a este extraño ejercicio literario. Esta semejanza es más que evidente cuando los jueces consideran y fallan casos del ‘common law’; esto es, cuando una ley no figura centralmente en el problema jurídico, y el argumento depende de cuáles reglas o principios ‘subyacen’ a las decisiones relacionadas de otros jueces en el pasado. Cada juez es entonces como un novelista de la cadena. Él o ella debe leer lo que otros jueces han escrito en el pasado no simplemente para descubrir qué han dicho ni cuál era su estado mental cuando lo dijeron, sino para formarse una opinión sobre lo que esos otros jueces han hecho colectivamente, de la misma manera como nuestros novelistas se formaron una opinión sobre la novela escrita colectivamente hasta entonces. Cualquier juez que se vea obligado a fallar en una demanda encontrará, si mira en los libros correctos, registros de casos presumiblemente similares que fueron fallados al cabo de décadas o incluso siglos por muchos otros jueces de diferentes estilos y filosofías judiciales y políticas en períodos de diferentes ortodoxias de procedimiento y convención judicial. Cada juez debe considerarse a sí mismo, en términos de fallar el caso que tiene frente a sí, como un compañero en la compleja empresa concatenada cuya historia son estas innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas; es su trabajo continuar con esa historia hacia el futuro a través de lo que hace. Debe interpretar lo que ha ocurrido antes porque tiene una responsabilidad de hacer avanzar la empresa que tiene a la mano en lugar de desviarse en alguna nueva dirección de su propia cosecha (traducción propia). En idem.

federales uniformes acerca de las pruebas que regulan la confirmación de los hechos durante un proceso en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos]: sólo existe la tradición, encarnada en el precedente. Al proponer una interpretación, quien narra un relato judicial principalmente se remite a la semejanza entre su interpretación de los hechos relevantes del caso precedente y las interpretaciones del caso pasado que, en su opinión, eran semejantes. Establecer tantas líneas de precedentes es un procedimiento afín a la inclusión de un relato en un género literario, y los abogados (como los críticos literarios) muchas veces dan muestra de habilidad y cultura en la elección de sus precedentes. Pero la habilidad obedece a su vez al modo en que fueron elegidos en el pasado los precedentes para casos semejantes⁷⁷.

En apariencia, la analogía es más que propicia para demostrar el punto dworkiano –que ciertos procedimientos interpretativos literarios son útilmente aplicables en la hermenéutica jurídica–, pero Fish intuyó el eslabón débil de la argumentación. Hacia el final de la cita Dworkin dijo que el juez “[D]ebe interpretar lo que ha ocurrido antes porque tiene una responsabilidad de hacer avanzar la empresa que tiene a la mano en lugar de desviarse en alguna nueva dirección de su propia cosecha”. Dijo *debe interpretar lo que ha ocurrido antes... en lugar de desviarse en alguna nueva dirección de su propia cosecha*. Pero ¿qué sucede si el juez decide independizarse del *ejercicio de la interpretación concatenada*? Dworkin no dijo exactamente qué significa que el juez se desvíe “en alguna nueva dirección de su propia cosecha”, pero Fish asumió que significa desconocer el precedente:

What would it mean for a judge to strike out in a new direction? Dworkin doesn't tell us, but presumably it would mean deciding a case in such a way as to have no relationship to the history of previous decisions. It is hard to

⁷⁷ Bruner, J. (2013), *El derecho y la literatura en La fábrica de historias: derecho, literatura, vida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, p. 20 y 62 y 63.

imagine what such a decision would be like since any decision, to be recognized as a decision by a judge, would have to be made in recognizably judicial terms⁷⁸.

Las dos posiciones que Dworkin identifica, contrapone y rechaza –encontrar el significado claro de la ley *justo ahí* o inventar su significado según la preferencia o capricho personal– son replanteadas y problematizadas por Fish como se expone a continuación. No es que la interpretación esté condicionada por lo que está *obvia y justamente ahí en la ley* ni que los intérpretes, a falta de dichas limitaciones, *sean libres de leer el texto como a bien tengan*. Los intérpretes jurídicos están coartados por la conciencia que tienen de lo que es posible hacer o no, de lo que es razonable decir o no, de lo que será tenido en cuenta como evidencia o no; y es en el marco de esas mismas limitaciones que los intérpretes ven y permiten que otros vean la forma de los documentos con cuya interpretación se han comprometido.

Fish reiteró que el hecho de que Dworkin no hubiera podido ver esto es un ejemplo de una ineptitud generalizada para comprender la naturaleza misma de la interpretación. Así como en opinión de Jay Stone (quien se ha citado con anterioridad en esta monografía) interpretar significa abstraer y en eso se agota el acto interpretativo, en opinión de Stanley Fish *no existe distinción alguna entre explicar un texto y cambiarlo para los efectos y propósitos de su interpretación*, así como *tampoco existe una distinción entre el acto de interpretar y el acto de crear* –de ahí que en su opinión no exista diferencia alguna entre el novelista primigenio y los novelistas posteriores–. Explicar una obra significa destacar algo de ésta que no le había sido atribuido con anterioridad y por lo tanto implica cambiarla en la medida en que se cuestionan otras explicaciones posibles. Fish

⁷⁸ ¿Qué significaría que un juez se desviara en una nueva dirección? Dworkin no nos lo dice, pero presumiblemente podría significar fallar el caso de tal manera que no se tenga relación alguna con la historia de las decisiones previas. Es difícil imaginar cómo sería una decisión de esas características porque cualquier decisión, para que sea reconocida como una decisión judicial, tendría que adoptarse en términos judicialmente reconocibles (traducción propia). En idem.

insistió mucho en que *explicar* y *cambiar* un texto no pueden ser actividades contrapuestas porque son lo mismo.

Dworkin se opuso a esta identificación porque consideró que la interpretación en sí misma es una actividad que necesita limitaciones; por el contrario para Fish la interpretación es una *estructura de limitaciones* que está vigente de antemano y que, consecuentemente, impide que el texto sea independiente y permanezca sin interpretar, y además impide que sea posible imaginar un lector que sea independiente y un intérprete libre. Buscando resguardarse de las lecturas arbitrarias –tanto judiciales como literarias– Dworkin reflexionó acerca de varios asuntos entre los cuales se encuentra la *intención del autor*.

Según Fish, Dworkin dedicó buena parte de su texto *Law as Interpretation* a la refutación de la postura según la cual el eje de la interpretación en derecho y literatura debe ser la intención del autor. En primer lugar Dworkin dijo que la intención de un novelista o legislador es *compleja* y por lo tanto difícil de conocer. En segundo lugar dijo que incluso si dicha intención pudiese conocerse, sería solamente un pedazo de *información psicológica* y por lo tanto resultaría irrelevante para efectos de determinar el significado institucional (y no psicológico). En resumen, Dworkin afirmó que convertir la intención del autor en el eje de la interpretación implica, por un lado, eludir el contexto interpretativo adecuado, y por el otro, sustituirlo por un cierto estado mental del autor. En lo que a Fish respecta, este argumento dworkiano –según el cual convertir la intención del autor en el eje de la interpretación implica eludir el contexto interpretativo adecuado y sustituirlo por un cierto estado mental– tendría todo el sentido si las intenciones fueran *propiedad privada* y más o menos equivalentes al propósito o incluso al capricho individual:

But it is hard to think of intentions formed in the course of judicial or literary activity as “one's own,” since any intention one could have will have been stipulated in advance by the understanding of what activities are possible

to someone working in the enterprise. One could no more come up with a unique intention with respect to the presentation of a character or the marshaling of legal evidence than one could come up with a new way of beginning a novel or continuing a chain of decisions. Simply to do something in the context of a chain enterprise is ipso facto to “have” an enterprise-specific intention, and to read something identified as part of a chain enterprise is ipso facto to be in the act of specifying that same intention. That is to say, the act of reading itself is at once the asking and answering of the question, “What is it that is meant by these words?,” a question asked not in a vacuum, but in the context of an already-in-place understanding of the various things someone writing a novel or a decision (or anything else) might mean (i.e., intend)⁷⁹.

En el análisis que hizo Dworkin, leer es simplemente interpretar el sentido y no depende ni debería depender de identificar una intención. Como evidencia de esto último, el propio Dworkin se refirió al hecho de que los mismos autores han tenido que reinterpretar sus propias obras, y que por lo tanto esto demuestra que: “[a]n author is capable of detaching what he has written from his earlier intentions... of treating it as an object in itself⁸⁰”. Pero según la posición de Fish esto únicamente muestra que el autor es capaz de convertirse en su propio lector y de decidir que con sus palabras quiso decir algo distinto a lo que inicialmente pensó que había querido decir. Dicho autor-lector no está ignorando el asunto de la intención, sino más bien replanteándolo; no está interpretando en un sentido no condicionado por la intención, sino en un sentido que conduce a

⁷⁹ Pero es difícil pensar en las intenciones que emergen en el curso de la actividad judicial o literaria como ‘propias’, dado que cualquier intención que uno haya podido tener podría haber sido estipulada de antemano por la comprensión de cuáles actividades son posibles para alguien dentro de la cadena. Uno no podría ingeniar una intención única con respecto a la presentación de un personaje ni podría reunir evidencia jurídicamente relevante de la misma manera como no podría crear una nueva manera de empezar una novela o de continuar una cadena de decisiones. Simplemente hacer algo en el contexto de la interpretación concatenada es, ipso facto, tener una intención específica relacionada con el ejercicio, y leer algo que haga parte de esa cadena interpretativa es, ipso facto, caer en el acto de especificar esa misma intención. Es decir, el acto de leer en sí mismo hace coincidir la pregunta y su respuesta relativa a ‘¿qué es aquello que se quiso decir con esas palabras?’, que no es una pregunta formulada al vacío sino en el contexto de una comprensión ya vigente de las varias cosas que alguien que escribe una novela o decisión (o cualquier otra cosa) podría querer decir (por ejemplo, la intención) (traducción propia). En idem.

⁸⁰ Un autor es capaz de desprender lo que ha escrito de sus intenciones iniciales...de tratarlo como un objeto en sí mismo (traducción propia). En idem.

una nueva comprensión de dicha intención. Fish insistió en que esto último no tiene misterio alguno. De hecho sucede cada vez que decimos algo y luego nos preguntamos *¿qué quise decir con eso?* Esto podría parecer curioso si las intenciones se conciben como eventos psicológicos únicos, pero si éstas se conciben como formas de posible comportamiento convencional que deben *leerse* convencionalmente, entonces uno puede simplemente tanto releer sus propias intenciones como releer las intenciones de otro.

Para Fish el punto crucial es que uno no puede leer ni releer con independencia de la intención porque uno está lidiando con los signos producidos o los sonidos emitidos por un ser *intencional*, es decir, un ser que está situado en un contexto en relación con el cual tiene un propósito y un punto de vista. La suposición según la cual el autor es un ser *intencional* no es algo que se agrega a un sentido ya interpretado con el fin conferirle estabilidad, sino una suposición sin la cual la interpretación del sentido no podría ocurrir. Uno no puede entender un pronunciamiento sin oírlo o leerlo simultáneamente como el pronunciamiento de alguien con preocupaciones, intereses o deseos más o menos específicos, de *alguien con una intención*. Según Fish, lo que subyace al problema del planteamiento de Dworkin es que este último cree que la interpretación es una cosa y la atribución de una intención es otra; y también que este último cree que desentrañar la intención significa desenterrar profundidades psicológicas que no están relacionadas con los textos inmersos en la cadena interpretativa.

Desde la perspectiva de Fish, especificar el significado de un texto inmerso en una cadena interpretativa equivale exactamente a especificar la intención del autor, intención que a su vez no es propiedad privada sino una forma de comportamiento convencional posibilitado por la estructura general del ejercicio interpretativo concatenado. Sin embargo, esto no quiere decir que la intención ancle la interpretación: sólo significa que la intención, como cualquier otra cosa, es

un hecho interpretativo y que como tal debe ser interpretado. En tanto hecho interpretativo es imposible no interpretar la intención y por lo tanto resulta imposible oponerle tanto a la producción como a la determinación del significado. En conclusión, aun cuando Fish esté de acuerdo con la intuición de Dworkin según la cual los actores que intervienen en el sistema jurídico han de ejercer la interpretación acogiendo ciertos métodos de la hermenéutica literaria, no acepta su modelo de hermenéutica jurídica⁸¹.

iv. Entremés: la hipótesis de la autonomía

Una potencial y más probable contendora de la hipótesis de la intención del autor es la *hipótesis de la autonomía*. Como dijo Martin Jay Stone:

It could have been otherwise, but as it is, we have the idea of works that express aspects of the world, that are available for criticism from various orientations (social, psychological, philosophical, ...), and that are capable of being appreciated without knowing much of their authors. You might disagree with this as a description of art, but I only need it to be a *conceivable* description. And it *is* conceivable, because many objects that are available for interpretive elaboration don't have authors or express anyone's intention. For example, the British Constitution is a set of long-standing social practices, not an authored text, but that's no bar to interpretive engagement with it⁸².

⁸¹ Leitch, D. (2010), *Previous Interpretation of Bakhtin and the Law* en *Law as Integrities: Polyphonicity and Legal Interpretation*, American Political Science Association, p. 4, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1580550, recuperado: agosto 8 de 2017.

⁸² Pudo haber sido de otra manera pero, tal y como es, tenemos idea de obras que expresan aspectos del mundo, que están disponibles para la crítica desde varias perspectivas (social, psicológica, filosófica, ...), y que tienen el potencial para ser apreciadas sin que se sepa mucho sobre sus autores. Usted puede no estar de acuerdo con esta descripción del arte, pero yo sólo necesito que sea una descripción *concebible*. Y *es* concebible porque muchos objetos que están disponibles para ser objeto de interpretación no tienen autores ni expresan la intención de nadie. Por ejemplo, la Constitución Británica es un conjunto de prácticas sociales de vieja data, no un texto proveniente de un autor, pero eso no es un impedimento para comprometerse interpretativamente con ésta (traducción propia). En Jay Stone, M. (2017), *Does a Text Mean What its Author Intended it to Mean? – There's No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press, p. 77.

Siguiendo el criterio de Martin Jay Stone, un texto no siempre significa lo que su autor quiso que significara, sino *solamente a veces*. Para probar su punto tuvo en cuenta que, según la *hipótesis de la autonomía*, nuestro interés por las obras literarias y otras obras de arte recae sobre ítems culturales que son relativamente autónomos de la intención del autor que los creó. El punto de Jay Stone es que la interpretación no necesita un autor para cumplir su labor y, por lo tanto, la *hipótesis de la autonomía no resulta inconcebible*. Y resulta concebible por el simple hecho de que existen obras que no provienen de ningún autor ni expresan la intención de nadie. Jay Stone también dijo que, independientemente de que esta hipótesis esté o no en lo cierto, no se puede esperar que cumpla el mismo papel tanto en la interpretación literaria como en la interpretación de documentos jurídicos (testamentos, testimonios...) porque en estos últimos existe un interés práctico en desentrañar exactamente lo que un autor quiso decir (¿me dejó la silla de papá o el reloj de péndulo del bisabuelo?).

Aun si fuese cierto que el único texto que tiene sentido interpretar es aquel que coincide con la intención del autor, como han afirmado algunos, *la intención del autor que tiene relevancia en una obra literaria es, desde la perspectiva de la tesis de la autonomía, la intención de producir una obra que –al igual que una práctica social– sea interpretable independientemente de lo que su autor quiso decir con ella*. Jay Stone se sirvió de una curiosa analogía para aclarar su punto: dijo que, según la hipótesis de la autonomía, el paciente psicoanalítico se encuentra *en la misma barca* que el autor literario. Por un lado, el paciente *intencionalmente* presenta lo que dice como *algo que ha de ser interpretado sin limitar sus intenciones a la literalidad del sentido de sus palabras*. Y esto es posible, según Jay Stone, no porque su inconsciente sea una especie de *backstage orator*⁸³ sino porque generalmente la gente dice más de lo que efectivamente quiere expresar.

⁸³ Consueta, que es quien le sopla el libreto al actor que olvida sus líneas durante la representación escénica (traducción propia).

Adicionalmente, algunas de esas cosas que tal vez se quisieron decir o no son estructuralmente exteriores a la conciencia. Por lo tanto, realmente sólo en ciertos casos (y por razones muy específicas) la interpretación se convierte en cuestión de interpretar una intención.

En opinión de Jay Stone, el hecho de que pueda existir un ejercicio interpretativo en relación con obras carentes de autor basta para demostrar que el concepto de la *intención del autor* es relevante en relación con un *interés literario*, no necesariamente respecto de cualquier texto en general. Jay Stone afirmó que, exceptuando lo que la gente hace con textos jurídicos, literarios y de otra índole por vía de abstracción, no es posible interpretar un texto porque no existe tal cosa: “there’s no such thing as interpreting a text⁸⁴”. Para Jay Stone, *interpretar significa abstraer*, y en eso se agota el acto interpretativo.

⁸⁴ Interpretar un texto: no existe tal cosa (traducción propia).

v. **De la *indeterminación o ambigüedad*: encuentros y desencuentros entre lo literario y lo jurídico en materia interpretativa**

“The text, precisely because of its multiplicity of meanings, is almost non-existent, and thus there is a tendency to lose sight of it as the standard of truth in the interpretation⁸⁵”.

FRIEDRICH NIETZSCHE

Según Martin Jay Stone, los jueces han de recurrir a la creatividad en aquellos casos en los que existe indeterminación: “Given the much-noted difficulty of codifying standards in advance of particular cases (‘indeterminacy’), this means that judges must sometimes be creative⁸⁶”. La indeterminación se debe a que el supuesto fáctico del caso concreto no coincide con casos resueltos con anterioridad. En este orden de ideas pareciera que el pluralismo judicial tiene cabida porque con frecuencia es necesario que exista la posibilidad de optar por una interpretación entre varias opciones que sean igualmente *razonables*. En opinión de Jay Stone los jueces constantemente glosan la ley y, al hacerlo, es cuando más se parecen a los críticos literarios.

Yet even here there are some differences. Not all legal interpretation is garden-variety applicative judgment, but there would be no point to any legal interpretation unless some of it was. Just as hard cases have their background in easy ones, so legal glosses presuppose the possibility of cases in which the rules are clear and no further glosses

⁸⁵ El texto, precisamente por su multiplicidad de significados, es casi inexistente, y de ahí la tendencia a perderlo de vista como el estándar de verdad en la interpretación (traducción propia). En Jaspers, K. (1965), *Nietzsche: An Introduction to an Understanding of His Philosophical Activity* en Said, E. (2012), *Beginning With a Text* en *Beginnings: Intention & Method*, UK, Granta Books, p. 222.

⁸⁶ Dada la bien conocida dificultad de la codificación de estándares por adelantado de casos particulares (‘indeterminación’), esto significa que el juez a veces debe ser creativo (traducción propia).

are needed. *Clara non sunt interpretanda, Interpretatio cessat in claro*⁸⁷ –such formulas appear and are valid wherever ‘following the text’ is a reason for interpreting.

Correspondingly, the specificity of literary interpretation lies partly in the inaptness of such formulae [*Clara non sunt interpretanda, Interpretatio cessat in claro*]. They are inapt not because criticism aims to make things *harder* (which might also be true), but because what it is for a text to be *unclear* or *indeterminate* doesn’t appear, apart from the practical endeavor to follow it. In applicative discourses, terms like ‘indeterminate’ or ‘unclear’ characterize a rule’s usefulness as a standard of correctness in a range of normal or foreseeable cases (not *all* cases). In contrast, when Olivier and Branagh interpret *Hamlet* in incompatible ways, are we really to say that Shakespeare is indeterminate? Unclear? Uncertain? That sounds as if Shakespeare left something out or gave inadequate directions; whereas, in truth, nothing Shakespeare *could* have put into the play would have sufficed to make it *determinate* for purposes of literary interpretation. Talk of ‘indeterminacy’, though natural among lawyers, draws no contrast here. (In a different use, ‘indeterminacy’ might describe the literary situation where we lack a definitive manuscript –but, clearly, interpretive pluralism does not entirely stem from indeterminacy in this sense)⁸⁸.

⁸⁷ Lo que está claro no necesita interpretación, la interpretación cesa ante la claridad (traducción propia).

⁸⁸ No obstante, incluso aquí hay algunas diferencias. No toda interpretación jurídica constituye un fallo aplicable común y corriente, pero ninguna interpretación jurídica tendría sentido a menos que una parte sí. Al igual que los casos difíciles tienen su trasfondo en los casos fáciles, las glosas jurídicas presuponen la posibilidad de casos en los que las reglas son claras y no requieren glosas adicionales. *Clara non sunt interpretanda, Interpretatio cessat in claro* –dichas fórmulas emergen y son válidas cuando quiera que ‘ceñirse al texto’ es una razón para interpretar. Correlativamente, la especificidad de la interpretación literaria radica parcialmente en la ineptitud de dichas fórmulas [*clara non sunt interpretanda, Interpretatio cessat in claro*]. Son inadecuadas no porque la crítica pretenda hacer las cosas más difíciles (lo cual también podría ser cierto), sino porque lo que para un texto es *ambiguo* o *indeterminado* no emerge más allá del esfuerzo práctico por esclarecerlo. En los discursos aplicativos, términos como ‘indeterminado’ o ‘ambiguo’ caracterizan la utilidad de una regla como un estándar de corrección en un rango de casos normales y previsibles (no en *todos* los casos). En contraste, cuando Olivier y Branagh interpretan *Hamlet* en modos incompatibles, ¿realmente habríamos de decir que Shakespeare es indeterminado? ¿Ambiguo? ¿Incierto? Eso suena como si Shakespeare hubiera dejado algo por fuera o hubiera dado orientaciones inapropiadas; por el contrario, verdaderamente, nada que Shakespeare hubiera podido poner en la obra habría bastado para hacerla *determinada* para los propósitos de la interpretación literaria. Hablar de ‘indeterminación’, aun cuando es natural entre abogados, no hace ningún contraste en este punto. (En una acepción diferente la ‘indeterminación’ podría describir la situación literaria en la que carecemos de un manuscrito definitivo –pero, claramente, el pluralismo interpretativo no se deriva completamente de la indeterminación en este sentido) (traducción propia). En Jay Stone, M. (2017), *Indeterminacy and Having to Decide: Some Contrasts – There’s No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (eds.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press, p. 81 y 82.

Si bien no toda interpretación jurídica constituye un fallo aplicable común y corriente, una parte sí en la medida en que existen casos que pueden resolverse mediante reglas claras que no requieren aclaración alguna, es decir, *casos fáciles*. En literatura, en cambio, la *indeterminación o ambigüedad* es inherente. En este sentido, Roland Barthes logró explicar la diferencia entre la filología y la lingüística de una manera muy sencilla, al expresar lo siguiente: “[L]a filología tiene por tarea fijar el sentido literal del enunciado, pero carece de todo poder sobre los sentidos segundos. Por el contrario, la lingüística no trabaja para reducir las ambigüedades del lenguaje, sino para comprenderlas y, si puede decirse, para *instituir*las⁸⁹”. Es por esta razón que Barthes afirmó que las reglas que rigen la literatura son las de la alusión y no las de la letra: son lingüísticas, no filológicas. Por lo tanto, las obras literarias pertenecen por estructura a una lengua simbólica plural, una lengua de sentidos múltiples.

Sobre la ambigüedad que constituye el mensaje poético, Jakobson insistió en que ésta no emana de una cierta *licencia interpretativa* (“de un enfoque estético de las ‘libertades’ de la interpretación, menos aún de una censura moral de sus peligros”), sino del código inherente a la lengua simbólica que, como ya se dijo, tiene sentidos múltiples. Barthes fue incluso más allá y dijo que la ambigüedad ya existe en la lengua como tal, no sólo en la lengua simbólica, aun cuando la ambigüedad del lenguaje práctico no sea comparable con la del lenguaje literario:

(...) la lengua simbólica a la cual pertenecen las obras literarias es *por estructura* una lengua plural, cuyo código está hecho de tal modo que toda habla (toda obra) por él engendrada tiene sentidos múltiples. **Esta disposición existe ya en la lengua propiamente dicha, que comporta muchas más incertidumbres de lo que se pretende –sobre lo cual el lingüista comienza a preocuparse. Sin embargo, las ambigüedades del lenguaje práctico nada son comparadas con las del lenguaje literario.** Las primeras pueden en efecto traducirse por la *situación*

⁸⁹ Barthes, R. (2006), *La lengua plural* en *Crítica y verdad*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores, p. 55.

en que aparecen: algo fuera de la frase más ambigua, un contexto, un gesto, un recuerdo, nos dicen cómo hay que comprenderla, si queremos utilizar *prácticamente* la información que está encargada de transmitirnos: la contingencia es lo que da claridad al sentido.

Nada semejante con la obra [literaria]: la obra es para nosotros sin contingencia, y ello es quizá lo que mejor la define: la obra no está rodeada, designada, protegida, dirigida por ninguna situación, ninguna vida práctica está allí para decirnos el sentido que hay que darle; siempre tiene algo de ‘citational’: la ambigüedad en ella es pura⁹⁰ (subrayado fuera de texto).

Según Jay Stone, el significado de la máxima jurídica *clara non sunt interpretanda, interpretatio cessat in claro* tiene su máxima correspondiente en el contexto de la crítica literaria: *cualquier lectura de un texto es una interpretación*⁹¹. Esto es coherente con la postura de Paul de Man, un reconocido crítico literario belga cuyo planteamiento insigne es, más o menos, el siguiente: la gramática y la lógica son impotentes para efectos de decidir cómo se debe entender un texto, y dicha impotencia se debe a los indisciplinados aspectos retóricos –es decir, figurativos o tropológicos– del uso del lenguaje. La literatura, como lo sugirió de Man, es idónea para *tematizar y revelar* la naturaleza *inestable* de la lectura en la medida en que le confiere especial transparencia a esa *indisciplina del uso lingüístico*.

Someone who wanted to give ‘indeterminacy’ some work to do in the literary context might prefer to say simply this: “A literary text is ‘indeterminate’ insofar as there are incompatible but equally successful ways of exhibiting its meaning.” This rendering of ‘indeterminate’ doesn’t alter the previously noted asymmetries between law and literature, for now it will have to be said: *all* literary texts are ‘indeterminate.’ And this ‘all’ expresses something special about literature. A literary text doesn’t *happen* to be ‘indeterminate’ (in the present sense): unlike a legal

⁹⁰ Barthes, R. (2006), *La lengua plural en Crítica y verdad*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores, p. 55 y 56.

⁹¹ Jay Stone, M. (2017), *Indeterminacy and Having to Decide: Some Contrasts – There’s No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press, p. 84.

rule, its openness to interpretation isn't a contingent function of language, syntax, or context. Indeterminacy is rather its birthright, a reflection of the interest we take in it as *literature*. Relatedly, literary interpretation doesn't aim to *remedy* indeterminacy, as legal glosses do: it *multiplies* readings (it *celebrates* the work, in a literal sense) and thereby makes indeterminacy *appear*. And this is related to the *value* of indeterminacy in the two cases. It is usually of negative value in the law, and in any text (a shopping list, instructions from the flight tower) made to be followed. Not so in criticism, where a history of incompatible readings is precisely the mark of the 'classic'⁹².

Esto último conduce a un punto concluyente: a diferencia de los textos jurídicos, *todos* los textos literarios son indeterminados, atributo que definitivamente expresa algo especial sobre la literatura. A diferencia de la norma jurídica –que tiende al hermetismo hermenéutico–, la apertura del texto literario a la interpretación no depende de una contingencia lingüística, sintáctica o contextual. Es su *naturaleza* o su *derecho de nacimiento* (en palabras de Jay Stone). Las glosas legales y el intérprete jurídico pretenden *remediar* la indeterminación en virtud de la seguridad jurídica, mientras que el crítico literario se alimenta de ella.

He aquí un punto de no retorno que es muy importante y que, de alguna manera, hace que el derecho y la literatura se vuelvan visceralmente irreconciliables: para la hermenéutica jurídica la indeterminación es usualmente un valor negativo, mientras que para la interpretación literaria es,

⁹² Alguien que quisiera asignarle algún trabajo que hacer a la 'indeterminación' en el contexto literario preferiría decir simplemente esto: "Un texto literario es 'indeterminado' en la medida en que hay maneras incompatibles pero igualmente exitosas de exponer su significado". Esta interpretación de lo 'indeterminado' no altera las asimetrías entre derecho y literatura señaladas previamente, por ahora habría que decir: *todos* los textos literarios son 'indeterminados'. Y este 'todos' expresa algo especial sobre la literatura. Un texto literario no es 'indeterminado' *de buenas a primeras* (en este sentido): a diferencia de una regla jurídica, su apertura a la interpretación no es una función contingente de lenguaje, sintaxis o contexto. La 'indeterminación' es más bien un 'derecho de nacimiento', un reflejo del interés que nos suscita por ésta [la indeterminación] como *literatura*. Correlativamente, la interpretación literaria no pretende *remediar* la indeterminación, como sí lo hacen las glosas jurídicas: más bien *multiplica* las lecturas (*celebra* la obra, en un sentido literal) y por lo tanto hace que la indeterminación emerja. Y esto está relacionado con el *valor* de la interpretación en los dos casos. Usualmente tiene un valor negativo en el derecho, y en cualquier texto (una lista de compras, instrucciones de una torre de control) que esté hecho para seguirse al pie de la letra. No es así en la crítica, en donde una historia de lecturas incompatibles es precisamente la marca del 'clásico' (traducción propia). En Jay Stone, M. (2017), *Indeterminacy and Having to Decide: Some Contrasts – There's No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press, p. 84.

más que un valor agregado, un valor esencial porque hace a la literatura lo que es. Incluso podría decirse que la indeterminación o ambigüedad, entendida como *pluralidad de sentidos*, es el alma de la literatura.

De acuerdo con Martin Jay Stone, la interpretación literaria ha sido invocada regularmente por aquellos que escriben sobre interpretación jurídica. Si bien algunas veces se plantea como una analogía, la relación jurídico-literaria puede llegar a ser más que eso: el derecho y la literatura son dos áreas a las que es inherente la interpretación. Jay Stone se concentró, más que en la posible unidad que pueda existir entre ambas disciplinas, en la inevitabilidad de sus diferencias.

Si bien reconoció que la literatura es abierta a la formulación de preguntas relativas a la interdisciplinariedad –tan abierta que es incluso porosa y flexible–, también aceptó que la porosidad de la literatura respecto de todo tipo de preguntas se opone a la postura autárquica y hermética del derecho: “Shouldn’t we therefore say that the conjunction ‘law and literature’ contains an asymmetry? Law is autonomous but literature is not. Literature thinks about law; law does not return the favor. Reading from the other direction –‘literature and...’– you could fill in the blank with almost anything you like and you would be naming one of literature’s own concerns⁹³”.

En virtud de lo que se ha dicho en este capítulo es posible decir que, si bien es claro que ambas disciplinas tienen en común la interpretación, el derecho pareciera temerle a la indeterminación mientras que la literatura pareciera no poderla evitar. El estudio condujo entonces a una conjetura contradictoria: aquella que induce a pensar que el derecho se parece más a la literatura de lo que

⁹³ Por lo tanto ¿no deberíamos decir que la conjunción ‘derecho y literatura’ contiene una asimetría? El derecho es autónomo pero la literatura no. La literatura piensa sobre el derecho; el derecho no le devuelve el favor. Leer desde otra dirección –‘literatura y...’– uno podría llenar el espacio en blanco con casi cualquier cosa que uno quiera y así estaría nombrando uno de los intereses propios de la literatura (traducción propia). En Jay Stone, M. (2017), *Interpretation-in-General – There’s No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (eds.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press, p. 88 y 89.

quisiera admitir, puesto que es más indeterminado e incierto y ambiguo de lo que está dispuesto a reconocer.

III. CONCLUSIONES

Para concluir asertivamente este ejercicio me otorgo una *licencia poética* que me permite hablar en primera persona con el fin de que mi voz no se confunda con la de los demás autores que he citado en este texto. Esta tesis se ha concentrado en y se ha circunscrito al análisis de dos métodos de interpretación literaria, a saber: la *hipótesis estética* y la *hipótesis de la intención del autor*, en relación con la siguiente pregunta: ¿alguno de estos dos métodos de interpretación literaria resulta útil para la hermenéutica jurídica? Si bien lo que se pretendía en principio era crear un diálogo entre las distintas posiciones –las posturas de quienes dicen que sí es útil y las de quienes dicen que no–, la investigación desbordó el planteamiento inicial.

Creo que tanto el pragmatismo lacónico de Posner como la devoción idílica de Dworkin con respecto a la relación interpretativa entre el derecho y la literatura tienen validez, y que ambos podrían llegar a tener razón. Sin embargo, yo tengo mi propia opinión y en virtud de ésta me aparto de Posner y de Dworkin. Como ya dije antes, en literatura la *indeterminación o ambigüedad* es inherente, y justamente por eso Barthes afirmó que las reglas de la literatura son lingüísticas, no filológicas. El hecho de que sus reglas no sean filológicas sino lingüísticas implica que la literatura pertenezca estructuralmente a una lengua simbólica plural, a una lengua de sentidos múltiples.

Si los honorables Posner y Dworkin me lo permiten, pienso que Jay Stone acertó cuando dijo que el significado de la máxima jurídica *clara non sunt interpretanda, interpretatio cessat in claro* tiene su máxima correspondiente en el contexto de la crítica literaria: *cualquier lectura de un texto es una interpretación*. También estoy de acuerdo con lo que dijo Paul de Man: que la gramática y la lógica son impotentes para efectos de decidir cómo se debe entender un texto, y que dicha impotencia se debe a los indisciplinados aspectos retóricos –es decir, figurativos o tropológicos–

del uso del lenguaje. Esa impotencia de la lógica y la gramática en términos de la inteligibilidad de un texto también aplica para el caso del derecho.

Si bien es cierto que –a diferencia de los textos jurídicos– *todos* los textos literarios son indeterminados y que la norma jurídica tiende más al hermetismo hermenéutico que a la apertura, *la indeterminación o ambigüedad siempre está presente tanto en el derecho como en la literatura.* Pareciera que aquí hay un desencuentro irresoluble en la medida en que la indeterminación usualmente es un valor negativo para la hermenéutica jurídica, mientras que para la interpretación literaria es un valor esencial porque hace a la literatura lo que es. A pesar de los múltiples desencuentros entre ambas disciplinas, el doctor Carlos Andrés Uribe y yo estamos convencidos de que la relación entre el derecho y la literatura puede y debe rescatarse, y ese es el sentido de este ejercicio.

Yo estoy convencida de que, ante los sentidos múltiples que nos ofrece el lenguaje, la única alternativa es interpretar –bien sea en derecho o en literatura–. Creo que la única manera de *entender* un texto, sea literario o jurídico, es *interpretándolo*. Si Paul de Man dijo que *cualquier lectura de un texto es una interpretación*, yo digo que *toda comprensión de lectura es un acto esencialmente interpretativo*. La interpretación en ambas disciplinas es una cuestión hermenéutica:

El origen etimológico de *hermenéuo* y de sus derivados es controvertida, pero remite a raíces con el significado de “hablar”, “decir” (en conexión con el latín *verbum* o *sermo*). El significado del vocablo hay que buscarlo en tres direcciones: aseverar (expresar), interpretar (explicar) y traducir (hacer de intérprete) (...) Se trata de modificaciones del significado fundamental de “llevar a la comprensión”, de “mediar la comprensión” con respecto a diferentes formas de plantearse el problema de la comprensión: tanto si se interpreta (verbo equivalente en latín) un hecho mediante palabras, como si se “interpreta” un discurso mediante una explicación o un enunciado en una

lengua extranjera mediante una traducción. Ya de aquí en adelante se ve la intrincada ramificación del problema hermenéutico, al que remite no uno solo de estos significados, sino su interconexión estructural⁹⁴.

E igual que en la conversación (...) puede alcanzarse quizá en el vaivén de su decurso algún tipo de compromiso, también el traductor encontrará en el vaivén del pesar y sopesar la mejor solución, que nunca puede ser otra cosa que un compromiso. Igual que en la conversación, con el fin de alcanzar este objetivo, uno se pone en el lugar del otro para comprender su punto de vista, también el traductor intenta ponerse por completo en el lugar del autor. Pero esto no proporciona por sí solo ni el acuerdo en la conversación ni el éxito en la reproducción de la traducción. [Así pues,] la situación del traductor y la del intérprete vienen a ser en el fondo la misma⁹⁵.

El que traduce, interpreta. El que interpreta, traduce. En más de una ocasión me ha resultado difícil entender la manera como se expresan los abogados, descifrar sus códigos, desentrañar sus *intenciones*. Siento que con frecuencia no *hablo su mismo idioma*, por decirlo de cierta manera. Y es que se trata de eso: “uno se pone en el lugar del otro para comprender su punto de vista, también el traductor intenta ponerse por completo en el lugar del autor”. Por eso escribí esta tesis, intentando *ponerme en el lugar de los abogados con el fin de entender su punto de vista*. Y no es una cuestión de mera empatía. A manera de diálogo entre las dos disciplinas, sería interesante que un abogado estuviera acompañado de un traductor. Y por *traductor* no quiero decir *una persona que transmita sus ideas en otro idioma, sino una persona que se ponga en su lugar e intente comprender su punto de vista con el fin de comunicarlo a otros*. Ya vimos en la cita anterior que la palabra *hermenúo* remite a raíces con el significado de *hablar* o *decir*, y que su significado debe

⁹⁴ Ebeling, G. (1959), *Hermeneutik* en Eco, U. (2008), *La línea hermenéutica en Decir casi lo mismo*, Bogotá, Lumen, p. 299.

⁹⁵ Gadamer, H. (1960) en Eco, U. (2008), *La línea hermenéutica en Decir casi lo mismo*, Bogotá, Lumen, p. 299 y 300.

buscarse en tres direcciones: aseverar (expresar), interpretar (explicar) y traducir (hacer de intérprete).

Yo cité el texto de *Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation* de Marco Jiménez en el tercer capítulo de esta monografía justamente porque lo que subyace al ejercicio auto-impuesto por Pierre Menard es la dialéctica que se crea entre la traducción y la interpretación. La traducción es siempre una interpretación, pero la interpretación implica necesariamente un ejercicio de traducción. La traducción usualmente consiste en expresar una idea en determinado idioma que inicialmente fue concebida en otro. Pero ésta es sólo una manifestación de la traducción. También es posible traducir el sentido de lo que una persona quiso decir en un momento dado, así como el contenido de un texto⁹⁶. Cuando se interpreta, la traducción es inevitable. Cuando se traduce, la interpretación es inexorable. La traducción y la interpretación se determinan correlativamente. Esto pareciera una nimiedad, pero no lo es:

El hecho de que Pierre Menard acometa la hazaña de producir unas páginas que coincidan –palabra por palabra y línea por línea– con las de Miguel de Cervantes **implica la producción de otro texto que no incurra en una tautología, que es lo que sucede en la traducción, donde se produce otro texto que reproduce y refleja el anterior, o equivale a él, sin ser ese texto.** Parece paradójico, pero tal es la naturaleza de la traducción. Desde esa perspectiva, ‘Pierre Menard’ es una parábola de la traducción. Steiner denomina ‘transustanciación’ a la operación de Menard de hacer coincidir su texto con el de Cervantes⁹⁷ (subrayado fuera de texto).

⁹⁶ Jakobson, R. (1959), *On Linguistic Aspects of Translation*, p. 233, [en línea] disponible en: http://complit.utoronto.ca/wp-content/uploads/COL1000H_Roman_Jakobson_LinguisticAspects.pdf, recuperado: agosto 14 de 2017.

⁹⁷ Costa, R. y Zangara, I. (2009), *Notas de la edición crítica a Pierre Menard, autor del Quijote en Ficciones – Obras completas 1923 – 1949*, Bogotá, Emecé, p. 931.

Menard reconoció que la mejor manera de traducir el *Quijote* sin desvirtuar su sentido primigenio consiste en hacer una reproducción, *palabra-por-palabra, línea-por-línea*, del texto original. Menard insistió en que su texto, aun cuando *verbalmente idéntico*, era mucho más *matizado* que el de Cervantes y casi infinitamente más rico⁹⁸. En el contexto semántico de la doctrina católica, la palabra *transustanciación* significa la conversión del pan y del vino en el cuerpo y la sangre de Cristo. Así entonces, *transustanciar el texto canónico para convertirlo en uno moderno que reproduzca y refleje el anterior sin ser ese mismo texto* es justamente lo que se hace no solamente al traducir, sino también al interpretar cualquier texto. Por supuesto que no se trata de incurrir en una ridícula redundancia. Eso constituiría un disparate casi digno de desprecio.

En la medida en que fue emprendiendo el proceso de interpretación/traducción, Menard se concientizó de que las palabras y frases empleadas por Cervantes han adoptado significados diferentes en la actualidad. Esto es muy interesante. Incluso se podría afirmar que si bien los *significantes* son los mismos, los *significados* evolucionan en virtud de la conciencia histórica: es decir, *las palabras son literalmente las mismas pero su significado va cambiando con el transcurso del tiempo*. Esto mismo ocurre con las normas jurídicas.

Yendo más allá, Menard entendió que cualquier modificación que hiciera en términos de la formulación de las palabras elegidas por Cervantes impediría la transición entre el texto canónico y su *traducción verdaderamente moderna* porque ocasionaría la pérdida de la *riqueza inherente* al texto así como la posibilidad de desentrañar el *sentido interpretativo* que ha sido acumulado y en teoría preservado durante generaciones⁹⁹.

⁹⁸ Jiménez, M. (2013), *Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation*, Stetson University College Law Legal Studies Research Paper Series, p. 1 y 2, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039400, recuperado: agosto 13 de 2017.

⁹⁹ Jiménez, M. (2013), *Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation*, Stetson University College Law Legal Studies Research Paper Series, p. 2, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039400, recuperado: agosto 13 de 2017.

En la versión de *Pierre Menard* de Jiménez se concibe la interpretación constitucional como una *traducción* que proviene de un profesor de derecho que es muy cercano a la obra de Menard. En su versión, Menard se auto-impone la tarea de actualizar y revisar la Constitución de los Estados Unidos para que ésta sea leída e interpretada en el siglo XXI y por lo tanto se ve enfrentado a la dificultad de conferirle al documento un significado que sea actual pero que coincida con el original. Así mismo ha de reconocer que muchas palabras, frases y cláusulas que emplearon originalmente sus redactores han adoptado un nuevo sentido o han perdido todo su significado. Menard empezó entonces a preguntarse por el *significado del significado*. La gran conclusión del *Menard* de Jiménez es la siguiente: *su intención de actualizar la Carta de los Estados Unidos para la generación actual ha de consistir, no en interpretar el texto, sino en traducirlo*¹⁰⁰. En una línea argumentativa similar, algunos críticos han dicho sobre el cuento de Borges:

Una segunda repercusión de ‘Pierre Menard’ tiene que ver con la lectura. Traducir un texto es traerlo al momento de la lectura, (...) y aquí se reúnen traducción y lectura, porque la traducción es también la lectura más intensa posible de un texto, un detenerse en cada palabra, cada signo de puntuación, cada párrafo, además de cada idea, cada significado.

Cada época debe retraducir los clásicos, o los libros que despierten el interés apasionado de un traductor. Y cada lectura es una nueva ventana que se abre al texto. Leer a Shakespeare, o a Dante, en el siglo XXI no es, de ninguna manera, igual a leerlo uno o dos o tres siglos antes. Ha habido cambios fundamentales en las costumbres, el conocimiento, en la sensibilidad, en la experiencia acumulada en el receptor humano. **El significado de un texto cambia con el tiempo, provoca nuevas connotaciones. El cambio estará en el contexto: el texto permanecerá**

¹⁰⁰ Idem, p. 2.

igual. No tenemos dudas de que todo esto está en ese complejo relato que es ‘Pierre Menard’ (...) ¹⁰¹ (subrayado fuera de texto).

La traducción es inherente a la lectura; la lectura es inherente a la traducción. Una vez dado el salto metodológico consistente en traducir la Constitución en lugar de interpretarla, Jiménez debe escoger cuidadosamente cuáles palabras, frases y cláusulas han de transmitir el mensaje constitucional a la generación contemporánea y como éste ha de ser entendido hoy en día. En este punto resultaba inevitable que Menard diese un segundo salto: dado que las palabras que integran la Carta han sido dotadas de un nuevo significado con el transcurso del tiempo –en parte debido a circunstancias históricas, en parte por la legislación subsecuente, y parcialmente debido al desarrollo e interpretación jurisprudencial–, *la mejor manera de traducir la Constitución con el fin de que pueda ser entendida hoy consiste, irónicamente, en re-escribir el texto para que sea idéntico al original*¹⁰².

El *Pierre Menard* de Jiménez concluyó que la interpretación constitucional debe asumirse como un acto de creación –más que de descubrimiento– que permanezca fiel al texto original. Dicho acto supone que el intérprete ha de crear el significado de la norma constitucional por medio de la traducción y transformación del *texto fuente* en algo que sea concomitantemente nuevo y familiar. En opinión de Jiménez, la teoría de *su Pierre Menard* ostenta una posición única por cuanto acepta el *textualismo* –interpretación que se basa en lo que el lector razonablemente entiende que dice el texto y no en la intención de su autor¹⁰³– y al mismo tiempo rechaza el *originalismo* –interpretación

¹⁰¹ Costa, R. y Zangara, I. (2009), *Notas de la edición crítica a Pierre Menard, autor del Quijote en Ficciones – Obras completas 1923 – 1949*, Bogotá, Emecé, p. 931.

¹⁰² Jiménez, M. (2013), *Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation*, Stetson University College Law Legal Studies Research Paper Series, p. 3, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039400, recuperado: agosto 13 de 2017.

¹⁰³ *Ibidem*, pie de página número 8.

que le otorga a las palabras el mismo significado que les fue conferido en el momento en que fueron promulgadas¹⁰⁴—, su aliado consabido. Según el Profesor Menard de Jiménez, la *intención original* solamente es relevante en la medida en que el intérprete que se encuentra *aquí y ahora* acoja dicha intención como su eje interpretativo.

En última instancia, la teoría de interpretación constitucional que planteó Jiménez en su artículo es la siguiente: la interpretación constitucional no existe porque “todo acto de escritura es un acto de traducción¹⁰⁵”. Si todo acto de escritura es un acto de traducción, entonces todo acto de escritura es también un acto de interpretación (porque el que traduce interpreta y al revés). Aquí nos remitimos nuevamente al planteamiento de Paul de Man: *cualquier lectura de un texto es una interpretación*; y también al mío: *toda comprensión de lectura (y me atrevo a decir que de escritura) es un acto esencialmente interpretativo*.

A manera de diálogo entre las dos disciplinas, lo que propongo es que los abogados se acompañen de un traductor, y que ese traductor sea —nada más y nada menos que— un literato. Es en esta medida que pienso que la interpretación literaria puede resultar útil para la hermenéutica jurídica.

¹⁰⁴ Ibidem, pie de página número 9.

¹⁰⁵ Ibidem, pie de página número 13.

IV. ANEXO METALINGÜÍSTICO: CINE, DERECHO Y LITERATURA

Robert Barsky –quien fue citado en un acápite de la introducción de esta monografía– resintió el hecho de que la obra *Law and Literature* de Richard Posner hubiese desconocido el potencial que tiene el *cine jurídico* como objeto de análisis literario: “even the best of law films (...) are doubtful candidates for analysis as literary works” because they “lack the density and complexity even of their novelistic counterparts¹⁰⁶”. Al respecto, Barsky formuló la siguiente pregunta e hizo el siguiente comentario: “What about Polanski’s take on Ariel Dorfman’s play *Death and the Maiden*? Law films aren’t just whodunits or courtroom dramas (...)”¹⁰⁷.

La película *La muerte y la doncella* dirigida por el polaco (nacido en Francia) Roman Polanski¹⁰⁸ consiste en lo siguiente: la activista política Paulina Lorca (Paulina Salas en la obra de teatro) apoya al abogado de derechos humanos Gerardo Escobar en la redacción, compilación de artículos y divulgación de un medio clandestino llamado *Liberación* durante el régimen de la dictadura militar de un país de Suramérica –que bien podría ser Chile o Argentina–. Paulina y Gerardo son amantes. Un día de abril de 1977 Paulina es detenida ilegalmente, recluida y sometida a torturas sistemáticas –que incluyen mantenerla atada a una mesa de madera durante días y noches sin comida y sin agua; golpizas brutales en su espalda y en sus muslos; quemaduras en su busto con colillas de cigarrillos; descargas eléctricas en todo su cuerpo e incluso en sus genitales– con el fin de que revele la identidad de la persona que dirige el diario *Liberación*.

¹⁰⁶ Incluso las mejores películas jurídicas (...) son candidatas dudosas para análisis como obras literarias porque carecen de la complejidad y densidad que incluso tienen sus contrapartes novelísticas (traducción propia). En: Posner, R. (2009). *Law and Literature* [3rd edition], Cambridge, Harvard University Press, p. 54.

¹⁰⁷ ¿Y qué hay de la versión de Polanski de la obra de teatro *La muerte y la doncella* de Ariel Dorfman? Las películas jurídicas no son solamente novelas policíacas o dramas de salas de audiencia (...) (traducción propia). En: Barsky, R. (2014). [Review of] *Richard Posner’s ‘Law and Literature’, 3rd edition* [en línea] disponible en: <http://www.victorianweb.org/authors/reviews/posner.html>, recuperado: 1 de febrero de 2018.

¹⁰⁸ *Death and the Maiden*. (1994), [película], Polanski, R. (dir.), Estados Unidos, Canal + /Chanel Four Films/ TF1 Films Productions (prods.).

A partir de cierto punto su caso es asignado a un médico que debe evitar que las torturas desencadenen su muerte. En efecto, él limpia y sana sus heridas, y ella irónicamente se lo agradece. Su gratitud resulta irónica porque él también la viola con brutalidad debido a algo que él llama una *mórbida curiosidad* que lo lleva a preguntarse si esa mujer que yace desnuda, atada con alambres e impotente sobre esa mesa será capaz de sentir un orgasmo aun después de haber recibido descargas eléctricas en sus genitales: “A kind of-brutalization took over my life, I began to really truly like what I was doing (...) My curiosity was partly morbid, partly scientific (...)”¹⁰⁹.

Y para sosegarla cita a grandes filósofos y la obliga a escuchar el cuarteto para cuerdas *La muerte y la doncella* de Franz Schubert. De ahí el nombre de la obra teatral y de la película. Sea como fuere, Paulina se rehúsa a confesar cualquier cosa y eventualmente es liberada. Cuando regresa a donde Gerardo, lo encuentra con otra mujer.

En el presente, el país en el que transcurre el relato ya se ha transformado en una democracia y la dictadura militar ya ha sido superada –por lo menos teóricamente–. El presidente del momento elige a Gerardo Escobar para que presida la Comisión de la Verdad encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos que fueron cometidas por el régimen militar durante su período de ejercicio; sin embargo y por razones políticas, solamente se han de investigar aquellos casos que condujeron a la muerte real o presunta de las personas involucradas. Esto último enfurece a Paulina porque significa que su caso no será objeto de estudio de la Comisión de la Verdad y que por lo tanto quedará en la impunidad.

¹⁰⁹ Una especie de brutalidad se apoderó de mi vida, empecé a disfrutar verdaderamente lo que estaba haciendo (...) Mi curiosidad era en parte mórbida, en parte científica (...) (traducción propia de un fragmento de la obra de teatro de Dorfman citado en Luban, D. (2013). *On Dorfman's Death and the Maiden*, Yale Law Journal of Law & the Humanities [en línea] disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1183&context=yjlh>, p. 130, recuperado: febrero 11 de 2018.

De repente sucede algo muy curioso. La noche en que Gerardo va camino a casa al cabo de su nombramiento en la comisión mencionada, hay una tormenta y a su auto se le pincha una llanta; entonces aparece un hombre aparentemente desconocido que lo recoge y lo conduce a su casa. Una vez allí, Paulina escucha su voz y la identifica con la del médico que la torturó quince años atrás. Ese médico se llama Roberto Miranda. Todo lo que ocurre de ahí en adelante parece el producto de lo que en la tragedia griega se conoce como *ironía trágica* –una contradicción entre la realidad y la apariencia–.

Teniendo en cuenta que Paulina jamás reveló la identidad de Gerardo a sus torturadores y suponiendo Roberto Miranda en efecto fue su torturador –hecho del cual no se tiene absoluta certeza, ni siquiera hacia el final de la película–, el doctor Roberto Miranda no pudo haber sabido que el hombre que había en la carretera en medio de la lluvia y con una llanta pinchada era el hombre que él mismo había estado buscando quince años atrás, es decir, el director del diario *Liberación*. Si bien el doctor Roberto Miranda eventualmente sí reconoció al abogado Gerardo Escobar –que ahora es una figura pública y un potencial Ministro de Justicia, lo cual es en sí mismo irónico– como la persona que habría de presidir la Comisión de la Verdad relativa a lo que ocurrió durante la dictadura militar, no pudo haber sabido que su esposa era la misma mujer a la que torturó. Esto, a menos que los torturadores de Paulina siempre hubiesen sabido que ella era la amante de Gerardo Escobar y que ese fuese justamente su pretexto para torturarla.

Asumiendo que Roberto Miranda sí fue el torturador, es extraño que se hubiese encontrado con Gerardo Escobar en esas condiciones y que eso lo hubiera llevado a encontrarse con Paulina, una vez más, pero revirtiendo los roles de quien tortura y de quien es torturado. Paulina golpea al doctor Roberto Miranda en la frente con la culata de un arma de fuego, ata sus brazos y piernas a una silla y además lo amordaza con su ropa interior para que no pueda gritar. Así mismo, le exige una

confesión a cambio de dejarlo con vida, una confesión que dé cuenta de todo lo que él le hizo a ella quince años atrás. *La muerte y la doncella* problematiza las nociones del debido proceso, del derecho a la defensa y de la presunción de inocencia. Tanto así que Paulina permite que el doctor Roberto Miranda se defienda de los cargos e incluso le asigna un abogado para su defensa, que irónicamente es el mismo Gerardo Escobar:

Gerardo: You know that I have spent a good part of my life defending the law. If there was one thing that revolted me in the past regime (...) it was that they accused so many men and women (...) and did not give the accused any chance of defending themselves, so even if this man committed genocide on a daily basis, he has the right to defend himself. *Paulina:* But I have no intention of denying him that right, Gerardo. I'll give you all the time you need to speak to your client, in private¹¹⁰.

Al respecto, el profesor de derecho y filosofía David Luban¹¹¹ escribió un ensayo titulado 'On Dorfman's *Death and the Maiden*' ('Sobre *La muerte y la doncella* de Dorfman'), que a su vez fue publicado en el 2013 por el diario *Yale Journal of Law and the Humanities* y que fue originalmente redactado para un foro sobre justicia transicional llamado *Justice, Amnesty and Truth-Telling: Options for Societies in Transition* (*Justicia, Amnistía y Contando-la-verdad: opciones para sociedades en transición*) realizado por la American Philosophical Association. El objeto de análisis de su ensayo es esencialmente la obra de teatro del argentino (con nacionalidad

¹¹⁰ *Gerardo:* Tú sabes que he pasado una buena parte de mi vida defendiendo la ley. Si hubo una algo que me repugnó del régimen anterior (...) fue que acusaron a tantos hombres y mujeres (...) y que no les dieron a los acusados ninguna posibilidad de defenderse, así que incluso si este hombre cometió genocidio a diario, tiene derecho a defenderse. *Paulina:* Pero yo no tengo intención de negarle ese derecho, Gerardo. Te daré todo el tiempo que necesites para hablar con tu cliente, en privado (traducción propia de un fragmento de la obra de teatro de Dorfman citado en Luban, D. (2013). *On Dorfman's Death and the Maiden*, *Yale Law Journal of Law & the Humanities* [en línea] disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1183&context=yjlh>, p. 122, recuperado: febrero 11 de 2018.

¹¹¹ Profesor del Georgetown University Law Center.

chilena) Ariel Dorfman, pero también la comparación de ciertas escenas concretas con las de la película de Roman Polanski.

Inicialmente, Roberto Miranda se defiende diciendo que él no estaba en el país en el momento en que ocurrieron los hechos, que se encontraba en Barcelona en abril de 1977 y que hay una mujer llamada Elena Gálvez que puede corroborar la información. Es decir, Roberto Miranda se defiende con una coartada. Así pues, Gerardo le pregunta a Paulina si está absolutamente segura de que Roberto Miranda es su torturador, a lo que ella contesta que sí: que su olor, su voz y sus frases curiosas son inconfundibles. No obstante, Gerardo insiste en que puede que todo sea una casualidad y que es posible que Miranda sea inocente. También le dice que, independientemente de que sea inocente o no, tiene derecho a la defensa, pues de lo contrario él y Paulina incurrirían en el mismo mal que censuran. Como ella no está del todo segura de que Roberto Miranda sea el mismo hombre que la torturó, Gerardo le pregunta qué puede confesar un hombre que no tiene nada que confesar: “*Gerardo*: There’s a problem, of course, you may not have thought of, Paulina. What if he has nothing to confess? *Paulina*: Tell him if he doesn’t confess, I’ll kill him. (...) *Gerardo*: Paulina, you’re not listening to me. What can he confess if he’s innocent? *Paulina*: If he’s innocent? Then he’s really screwed¹¹²”.

De acuerdo con David Luban, si bien Paulina puede sonar insensible, simplemente está señalando un hecho contundente acerca de todos los sistemas de justicia penal en el mundo. El debido proceso no es incompatible con veredictos equivocados, en cuyo caso una persona inocente puede ser igualmente condenada. Es decir, el imperio del derecho no es solamente debido proceso,

¹¹² *Gerardo*: Hay un problema en el que por supuesto no has pensado, Paulina. ¿Qué pasa si no tiene nada que confesar? *Paulina*: Dile que si no confiesa, lo mataré. (...) *Gerardo*: Paulina, no me estás escuchando. ¿Qué puede confesar si es inocente? *Paulina*: ¿Si es inocente? Entonces está realmente arruinado (traducción propia de un fragmento de la obra de teatro de Dorfman citado en Luban, D. (2013). *On Dorfman’s Death and the Maiden*, Yale Law Journal of Law & the Humanities [en línea] disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1183&context=yjlh>, p. 122, recuperado: febrero 11 de 2018.

derechos imparcialmente garantizados o interpretación textual de la ley. De acuerdo con Robert Cover, el imperio del derecho es *violencia canalizada* que, incluso si funciona puntillosamente, personas inocentes pueden llegar a ser condenadas¹¹³. El hecho de que el doctor Roberto Miranda pueda ser inocente no constituye un impedimento, con ocasión del debido proceso, para que Paulina le vuele los sesos si él decide no confesar.

Richard Posner dijo que incluso las mejores películas jurídicas no son susceptibles de análisis literario porque carecen de la densidad y de la complejidad de la contraparte literaria en la que están basadas. En el caso de *La muerte y la doncella* de Polanski, lo que ocurre es que su densidad y su complejidad *no son lingüísticas, sino metalingüísticas*. De acuerdo con el teórico cinematográfico francés Christian Metz, el cine no puede reducirse a modelos lingüísticos: “Cuando abordamos el cine desde un punto de vista lingüístico, es difícil evitar oscilar entre dos posiciones: el cine como lenguaje y el cine como infinitamente diferente del lenguaje verbal. Quizá sea posible librarse de este dilema impunemente¹¹⁴”.

De ahí que el profesor estadounidense de historia del arte W. J. T. Mitchell haya reconocido que el cine “no podrá nunca ser completamente explicado como un lenguaje sistemático” sino concebido en virtud del metalenguaje de la imagen / texto¹¹⁵. Sin duda, la película de Roman Polanski es de interés tanto jurídico como literario. La versión de Polanski ocurre enteramente en el presente y todas las alusiones al pasado son presentadas a la audiencia en forma de reminiscencias que se expresan verbalmente, no en forma de imágenes que muestran los acontecimientos ocurridos –esta es una clara manifestación del metalenguaje fílmico que oscila

¹¹³ Cover, R. (1993). *Violence and the Word* en *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover 203*, Editorial Marta Minow.

¹¹⁴ Metz, C. (1974), *Film Language* en Mitchell, W. J. T. (2009), *Teoría de la imagen*, Madrid, AKAL / Estudios Visuales, p. 90, pie de página 27.

¹¹⁵ Mitchell, W. J. T. (2009), *Teoría de la imagen*, Madrid, AKAL / Estudios Visuales, p. 90.

entre la imagen y el texto sin privilegiar la una sobre el otro ni viceversa—. Esto es muy sugestivo porque la convierte en una película muy teatral.

Si bien la película está basada en la obra de teatro de Dorfman, Polanski pudo haberse servido de los efectos fílmicos para prescindir de *lo teatral* y jugar con los tiempos: ir hacia atrás, ir hacia adelante... Sin embargo –salvo los sucesos relacionados con el automóvil del doctor Miranda, que fue hurtado por Paulina y luego arrojado a un precipicio– todo ocurre en el mismo escenario: la casa en la que viven Paulina y Gerardo. La película es *también* una especie de obra de teatro porque las vivencias de Paulina no se muestran: son narradas por ella misma, inicialmente desvirtuadas y eventualmente corroboradas por la narración del doctor Roberto Miranda. Christian Metz dijo alguna vez que la esencia del cine es la narrativa¹¹⁶. Esta película es coherente con dicha afirmación.

Las únicas pruebas con las que cuenta el espectador sobre la ocurrencia de los hechos son los testimonios de Paulina Lorca y de Roberto Miranda. Si bien al principio Paulina no tiene total certeza de que su torturador fuese en efecto Roberto Miranda en vista de que estuvo siempre con los ojos vendados durante su reclusión, Miranda se va quebrando lentamente –incluso si al principio se empecina en fabricar una confesión para salvar su vida– y empiezan a irrumpir incoherencias en su relato; una incoherencia muy importante, por ejemplo, es que Paulina le dijo a Gerardo que la ataron con cuerdas a la mesa y Miranda confiesa que la ataron con alambres, hecho que Gerardo desconocía y que Roberto Miranda no pudo haber sabido a menos que sí fuese su torturador. Al cabo de su narración-confesión, Roberto Miranda contempla el precipicio, Paulina le perdona la vida y Gerardo no es capaz de arrojarlo al vacío. El filósofo y crítico literario alemán Walter Benjamin dijo en la última frase de su ensayo *El narrador* –un aporte sustancial a

¹¹⁶ Metz, C. (1974), *Film Language* en Mitchell, W. J. T. (2009), *Teoría de la imagen*, Madrid, AKAL / Estudios Visuales, p. 90, pie de página 27.

la *teoría de las formas épicas* pero que en realidad se concretó en un ensayo sobre la *teoría de la justicia*—: “El narrador es la figura en la que el justo se encuentra consigo mismo¹¹⁷”. Este pareciera ser en cierta medida el punto de Polanski: al igual que Benjamin, el director polaco buscó establecer un vínculo entre la justicia y la narración pero por medio del metalenguaje fílmico. En esta obra magistral de Roman Polanski convergen el cine, el derecho y la literatura.

Al final de la película, Paulina y Gerardo se reencuentran con Roberto Miranda en un concierto en el que se presenta justamente el cuarteto para cuerdas *La muerte y la doncella* de Schubert. Roberto Miranda, que se encuentra en compañía de su familia, los contempla desde un palco ubicado en la parte de arriba; Paulina y Gerardo se encuentran cerca del escenario y ubicados al mismo nivel de los músicos. Las miradas de Paulina y de Roberto se entrecruzan en un momento dado. Para efectos de la última escena de su obra de teatro, Dorfman dio instrucciones de que se ubicara un espejo gigante en frente de la audiencia con el fin de que los espectadores se vieran obligados a verse y a juzgarse a sí mismos; también dio instrucciones para que algunos de dichos espectadores, verdaderos torturadores que jamás serían traídos ante la justicia, quedaran descubiertos a la luz del reflector (*spotlight*)¹¹⁸:

“(Van bajando las luces y quedan Paulina y Roberto, en la penumbra, ella apuntándolo a él y antes de que hayan bajado del todo, empieza a escucharse una música de cuarteto. (...) Paulina y Roberto van siendo tapados por un espejo gigante que les devuelve a los espectadores su propia imagen. Durante un largo rato, mientras oyen el cuarteto de Mozart, los espectadores simplemente miran su propia imagen en el espejo)¹¹⁹”.

¹¹⁷ Benjamin, W. (2016), *Narración y justicia en El Narrador*, Santiago de Chile, Ediciones / Metales Pesados, p. 39.

¹¹⁸ Luban, D. (2013). *On Dorfman's Death and the Maiden*, Yale Law Journal of Law & the Humanities [en línea] disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1183&context=yjlh>, p. 134, recuperado: febrero 11 de 2018.

¹¹⁹ Dorfman, A. (2005), *La muerte y la doncella* [obra de teatro], Buenos Aires, Ediciones de la Flor, Tercer Acto, Escena 1, p. 75.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Anker, E. (2017), *Introduction* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press.
- Baldick, C. (2008), *Oxford Dictionary of Literary Terms*, New York, Oxford University Press.
- Barsky, R. (1995), *Constructing a Productive Other: Discourse Theory and the Convention Refugee Claimant*, Philadelphia, John Benjamins Publishing.
- Barsky, R. (2014). [Review of] *Richard Posner's 'Law and Literature', 3rd edition* [en línea] disponible en: <http://www.victorianweb.org/authors/reviews/posner.html>
- Barthes, R. (2006), *La crisis del comentario en Crítica y verdad*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores.
- Barthes, R. (2006), *La lengua plural en Crítica y verdad*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores.
- Benjamin, W. (2016), *Narración y justicia en El Narrador*, Santiago de Chile, Ediciones Metales Pesados.
- Binder, G. (2011), *The Law-as-Literature Trope*, Oxford University Press, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1939914, recuperado: agosto 17 de 2017.
- Bruner, J. (2013), *El derecho y la literatura en La fábrica de historias: derecho, literatura, vida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Borges, J. (1998), *Indagación de la palabra en El idioma de los argentinos*, Madrid, Alianza.
- Cortázar, J. (2008), *El perseguidor*, Bogotá, Punto de Lectura.
- Cortázar, J. (2013), *Primera clase. Los caminos de un escritor en Clases de literatura: Berkeley, 1980*, Alfaguara, Bogotá.

- Cortázar, J. (2013), *Segunda clase. El cuento fantástico I: el tiempo en Clases de literatura: Berkeley, 1980*, Alfaguara, Bogotá.
- Costa, R. y Zangara, I. (2009), *Notas de la edición crítica a Pierre Menard, autor del Quijote en Ficciones – Obras completas 1923 – 1949*, Bogotá, Emecé.
- Cover, R. (1993). *Violence and the Word en Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover 203*, Editorial Marta Minow.
- Death and the Maiden*. (1994), [película], Polanski, R. (dir.), Estados Unidos, Canal + /Chanel Four Films/ TF1 Films Productions (prods.).
- Dorfman, A. (2005), *La muerte y la doncella* [obra de teatro], Buenos Aires, Ediciones de la Flor.
- Dworkin, R. (1982), *Author's Intention en Law as Interpretation*, Texas Law Review, Vol. 60.
- Dworkin, R. (1982), *The Aesthetics Hypothesis en Law as Interpretation*, Texas Law Review, Vol. 60.
- Dworkin, R. (1982), *The Chain of Law en Law as Interpretation*, Texas Law Review, Vol. 60.
- Eagleton, T. (2009), *Una introducción a la teoría literaria*, México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- Eco, U. (1992). *Introducción a la segunda edición (1967) en Obra abierta*, Barcelona, Planeta-De Agostini, S.A.
- Eco, U. (1992), *Poética de la obra abierta en Obra abierta*, Barcelona, Planeta-De Agostini, S.A.
- Eco, U. (2008), *La traducción concierne a mundos posibles en Decir casi lo mismo*, Bogotá, Lumen.
- Fish, S. (1982). *Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism* [en línea] disponible en: <http://bigfatgenius.com/4260/Fish%20-%20Working%20in%20the%20Chain%20Gang.html>.

- Green, D. (2009), *Nature of Interpretation en Intention and Interpretation: Towards A Meta-Theory of Legal Hermeneutics*, John Templeton Foundation, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1404203.
- Harvard University Press. (2018), *Law and Literature. Third Edition. Richard A. Posner* [en línea] disponible en: <http://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674032460>
- Jakobson, R. (1959), *On Linguistic Aspects of Translation*, [en línea] disponible en: http://complit.utoronto.ca/wpcontent/uploads/COL1000H_Roman_Jakobson_LinguisticAspects.pdf.
- Jaspers, K. (1965), *Nietzsche: An Introduction to an Understanding of His Philosophical Activity*
en Said, E. (2012), *Beginning With a Text en Beginnings: Intention & Method*, UK, Granta Books.
- Jay Stone, M. (2017), *Does a Text Mean What its Author Intended it to Mean? – There’s No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press.
- Jay Stone, M. (2017), *Indeterminacy and Having to Decide: Some Contrasts – There’s No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press.
- Jay Stone, M. (2017), *Interpretation-in-General – There’s No Such Thing as Interpreting a Text* en Anker, E. y Meyler, B. (edits.). *New Directions in Law and Literature*, New York, Oxford University Press.
- Jiménez, M. (2013), *Towards a Borgean Theory of Constitutional Interpretation*, Stetson University College Law Legal Studies Research Paper Series, [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039400.

- Leitch, D. (2010), *Previous Interpretation of Bakhtin and the Law* en *Law as Integrities: Polyphonicity and Legal Interpretation*, American Political Science Association [en línea] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1580550.
- Luban, D. (2013). *On Dorfman's Death and the Maiden*, Yale Law Journal of Law & the Humanities [en línea] disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1183&context=yjlh>, recuperado: febrero 11 de 2018.
- Metz, C. (1974), *Film Language* en Mitchell, W. J. T. (2009), *Teoría de la imagen*, Madrid, AKAL / Estudios Visuales.
- Mitchell, W. J. T. (2009), *Teoría de la imagen*, Madrid, AKAL / Estudios Visuales.
- Nussbaum, M. (1995), *Preface* en *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press.
- Posner, R. (1986), *Law and Literature: A Relation Reargued*, 72 Virginia Law Review 1351.
- Posner, R. (2009). *Law and Literature* [3rd edition], Cambridge, Harvard University Press.
- Scalia, A. y Garner, B. (2012). *Textualism and its Challengers* en *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* [en línea] disponible en: <http://libgen.io/book/index.php?md5=3CDB2D2B4045E8FC1A934A4B519CF718>.