

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA

EL DERECHO EN CERVANTES Y SHAKESPEARE

Prólogo de
Carla Faralli

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	11
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 2. EL DERECHO EN LA LITERATURA	19
CAPÍTULO 3. MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA	25
3.1. CONTEXTO HISTÓRICO	25
3.2. VIDA	26
3.3. LA OMNIPRESENCIA DE LO JURÍDICO EN LAS OBRAS DE CERVANTES	32
CAPÍTULO 4. <i>DON QUIJOTE DE LA MANCHA</i>	35
4.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA OBRA	35
4.2. DERECHO Y LITERATURA EN EL <i>QUIJOTE</i>	42
4.3. SANCHIFICACIÓN DE DON QUIJOTE Y QUIJOTIZACIÓN DE SANCHO	43
4.4. DON QUIJOTE, UN DEMÓCRATA DE IZQUIERDAS	46
4.5. EL PERSONAJE DE DULCINEA DEL TOBOSO	47
4.6. SIGNIFICADO DEL PERSONAJE DEL CURA EN EL <i>QUIJOTE</i>	48
4.7. EL QUIJOTISMO DE CRISTÓBAL COLÓN	50
4.8. «DISCURSO DE LA EDAD DE ORO» DE CORTE COMUNISTA.	50
4.9. DEFENSA DE LAS NACIONALIDADES Y LENGUAS.....	52
4.10. LOS CABALLEROS ANDANTES SEGÚN DON QUIJOTE.....	52

	Pág.
4.11. LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LA PERSONA EN EL <i>QUIJOTE</i>	53
A. Consideraciones generales	53
B. La cuestión de Cervantes y los derechos humanos	54
C. El honor	55
D. El tema de la mujer en el <i>Quijote</i>	55
E. El derecho a la libertad de conciencia. Consideraciones generales	59
F. Judíos y cristianos nuevos: antisemitismo y limpieza de sangre	60
G. Moros y moriscos. Los casos de vascos e indianos	60
H. Herejía, magia y brujería	61
I. La censura	62
a. La censura «en» la obra	62
b. La censura «respecto a» la obra	62
J. La Inquisición	63
K. El derecho de la ancianidad	64
4.12. LA GUERRA Y LA PAZ	64
A. ¿Existe la guerra justa?	64
a. Consideraciones generales sobre la teoría de la guerra justa.	65
b. ¿Es posible hablar de una «guerra justa» en Irak?	71
c. Evolución en el concepto de guerra justa tras el 11-S	73
B. La guerra en el <i>Quijote</i>	74
4.13. LA MONARQUÍA, LOS ESTADOS Y LA REPÚBLICA	77
4.14. DEL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	79
A. Los refranes	79
B. El gobierno de la ínsula Barataria	81
C. El episodio de los galeotes	89
D. Los arbitrajes	92
4.15. EL DERECHO PENAL	93
A. Consideraciones generales	93
B. Circunstancias atenuantes y agravantes en la novela	96
C. Los delitos tipificados aludidos en la novela	96
D. La percepción del delincuente por Don Quijote	97
E. Hacia un Derecho penal más humano. La privatización del Derecho penal	102
a. Aspectos históricos	102
b. Derecho comparado	104
c. La justicia restitutiva y la suspensión a prueba del proceso penal	104
d. La reparación del daño. Hacia un sistema conciliador	105
e. ¿Y si no castigáramos?	106
f. El conflicto como algo inevitable que hay que manejar	108

	Pág.
g. La resocialización de la sociedad para hacerla menos injusta en lugar de la resocialización del individuo.....	109
h. Sublimación del Derecho penal	110
i. Ante un problema complejo e interdisciplinar.....	110
4.16. EL DERECHO CIVIL	111
A. Consideraciones generales	111
B. El testamento de Alonso Quijano.....	112
C. El matrimonio en el <i>Quijote</i>	115
D. El Derecho civil de daños	118
4.17. EL DERECHO DEL TRABAJO	119
A. Consideraciones generales	119
B. La relación retributiva entre Don Quijote y Sancho: ¿salario o merced?.....	121
4.18. EL DERECHO MERCANTIL	125
A. La actividad desarrollada en las ventas desde el punto de vista del contrato de hospedaje.....	125
B. La «libranza pollinesca» como vislumbre del Derecho cambiario	126
4.19. EL DERECHO TRIBUTARIO	127
4.20. EL DERECHO PROCESAL	128
4.21. EL DERECHO NOBILIARIO	129
4.22. LA LOCURA EN EL <i>QUIJOTE</i>	130
4.23. LOS VALORES EN LA OBRA.....	136
A. La libertad	136
B. La igualdad.....	138
C. La justicia.....	138
4.24. EL AMOR EN EL <i>QUIJOTE</i>	142
4.25. LA MATERIA JURÍDICA. LAS FUENTES DEL DERECHO	144
4.26. EL PAISAJE GEOPÓETICO	146
 CAPÍTULO 5. WILLIAM SHAKESPEARE.....	 147
5.1. VIDA.....	147
A. Aspectos jurídicos relevantes de la vida de Shakespeare.....	147
B. Correlaciones entre la vida y la obra de Cervantes y Shakespeare.....	149
5.2. OBRA	151
A. <i>El rey Lear</i>	152
a. Aspectos jurídicos de la obra	152
b. La locura en <i>Lear</i>	158
B. <i>El mercader de Venecia</i>	159

	Pág.
a. Aspectos jurídicos de la obra	159
b. Similitudes con el <i>Quijote</i>	167
C. <i>Hamlet</i>	167
a. Aspectos jurídicos de <i>Hamlet</i>	167
b. La locura en <i>Hamlet</i>	171
c. Comparación entre los personajes de Don Quijote y Hamlet: ¿almas gemelas?.....	172
BIBLIOGRAFÍA	179

PRÓLOGO

Como es ampliamente admitido, el punto de partida de la primera fase de los estudios sobre Derecho y Literatura se remonta a la publicación en 1908 —en el clima de la revuelta antiformalista— de A List of Legal Novels de John Wigmore, en la cual se hace una selección de piezas narrativas relativas a temas jurídicos, con el fin declarado de difundir las obras literarias que representan los valores jurídicos fundamentales de la cultura americana para informar sobre ellos a los juristas. En los años sucesivos han sido publicadas otras obras de este tipo, que consolidan la convicción de que la Literatura contribuye a formar la conciencia ética de los abogados y juristas y, por esta vía, la perspectiva iusliteraria entra en las enseñanzas universitarias.

En 1925, con el ensayo Law and Literature, Benjamin Cardozo prefigura la posibilidad de leer e interpretar las sentencias como ejemplos de Literatura, o mejor dicho de escritura literaria.

Se comienzan, así, a delinear las dos direcciones en las cuales se divide tradicionalmente el movimiento: Law in Literature y Law as Literature. La primera referida al análisis de las representaciones literarias del Derecho consideradas útiles para la formación humanística de los operadores jurídicos; la segunda, partiendo del supuesto de la analogía entre Derecho y Literatura en cuanto textos, que tiende a elaborar una metodología que se sirve de las técnicas de la crítica literaria para afrontar algunos problemas clásicos de la Teoría del Derecho (interpretación y análisis del razonamiento jurídico).

En la primera mitad del siglo xx también en Europa son muchas las obras que dan un espacio al Derecho y la Literatura. En la cultura en

lengua alemana el Recht und Literatur toma cuerpo con la publicación en 1931 y 1936 de dos ensayos de Hans Fehr —Das Recht in der Dichtung y Die Dichtung im Recht—, que, junto a la obra Das Recht im Bilde de 1929, constituyen la trilogía Kunst und Recht. En dichas contribuciones Fehr examina ciento cincuenta autores, fundamentalmente alemanes, desde la tradición de las leyendas hasta el periodo contemporáneo, relacionándolo con el acercamiento entre Derecho y Literatura que había caracterizado a la Escuela Histórica.

En Italia, la primera obra sistemática es La letteratura e la vita del diritto, publicada en 1936 por Antonio D'Amato, según el cual —idealmente— la Literatura y el Derecho son manifestaciones de las aspiraciones de la conciencia colectiva, momentos distintos de la concretización del espíritu, que se manifiesta a través de la Literatura, primero, y se formaliza, después, en el Derecho.

El otro nombre relevante de esta primera fase del Derecho y la Literatura en Italia es el de Ferruccio Pergolesi, cuya amplia producción sobre el tema comienza en los años veinte (Il diritto nella letteratura, 1927), si bien encuentra su desarrollo definitivo en los años cuarenta y cincuenta (en particular, Diritto e giustizia nella letteratura moderna narrativa e teatrale, de 1949, reeditado y puesto al día en 1956). Para Pergolesi, el Derecho en la Literatura puede ser analizado de dos maneras diferentes: aquella de la Sociología del Derecho, que permite considerar el Derecho vivo, no codificado, aunque también el Derecho positivo, en su praxis efectiva; y aquella de la Filosofía del Derecho, que se vuelca sobre el retorno del sentimiento de la justicia y de los ideales éticos.

En España destaca la publicación, en 1949, del ensayo Derecho y Literatura de Juan Ossorio Morales, profesor de la Universidad de Granada, que ha sido reeditado en 2016. En él, el autor, partiendo de una selección de escritores, subraya la importancia de los estudios de las obras literarias para el conocimiento de los ordenamientos jurídicos.

Una segunda fase de los estudios de Derecho y Literatura es, por así decirlo, la inaugurada, según un consenso casi unánime, por la publicación en 1973 de la obra de James Boyd White The Legal Imagination. Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression, primera de una trilogía, que comprende When Words Lose their Meaning de 1984 y Hercules' Bow de 1985. En ellas Boyd White profundiza sobre el acercamiento entre el Derecho y la Literatura: al igual que la Literatura, el Derecho es un producto cultural, una actividad cultural y social que hay que observar críticamente; el Derecho debe ser considerado como parte integrante de un «sistema» cultural al que los juristas deben referirse

continuamente para atribuir un significado a las palabras con las que operan.

En este sentido Law and Literature debe convertirse en parte de la formación de los juristas: cabe decir, a diferencia de la primera fase, en la que se intentaba a través de la Literatura formar al estudiante en un sistema de valores, que Boyd White considera que el acercamiento entre Derecho y Literatura puede dar al estudiante un conocimiento de la naturaleza cultural del Derecho, superando, así, el excesivo tecnicismo que prevalecía en los estudios jurídicos en Estados Unidos a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

En América, además de Boyd White, Robert Cover, Richard Weisberg, Martha Nussbaum, Robin West, Guyora Binder, o Richard Posner, por citar solo a algunos de los autores más renombrados, han alimentado dicho debate, siguiendo también nuevas direcciones de investigación, que consideran el Derecho como práctica interpretativa, como práctica narrativa, como actividad destinada a persuadir, etc. A estos y otros ámbitos tradicionales se ha unido también otro filón —llamado Regulation of Literature by Law—, que se ocupa de los derechos de autor, de los delitos cometidos a través de la prensa, etcétera.

En los últimos cuarenta años también en Europa se ha asistido a un «renacimiento» de los estudios de Derecho y Literatura por parte de estudiosos pertenecientes a ámbitos disciplinares distintos.

Además de las disciplinas tradicionalmente más cercanas al acercamiento de la Literatura al Derecho, como la Filosofía del Derecho (para gran parte de nosotros, creo, el primer análisis de la materia ha venido de la mano de la Antígona de Sófocles), la Sociología del Derecho (la representación literaria es el instrumento para comprender la dimensión social de lo jurídico y las expectativas normativas), la Historia de los Derechos antiguos (el recurso a las fuentes literarias no solo sustituye a las fuentes directas, sino que sirve para comprender la dimensión simbólica en la que emergen y se formalizan las normas), a ellas se añaden la Teoría del Derecho, la Filosofía de la Política, la Psicología Cultural, algunas disciplinas jurídicas (del Derecho constitucional al Derecho privado o el procesal) y sobre todo el Derecho comparado (la Literatura representa de hecho para sus estudiosos un instrumento muy eficaz para comprender las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos y culturas jurídicos).

En los países de habla hispana, entre los autores que han dedicado estudios a la temática del Derecho y la Literatura en sus diversas modalidades, destaca María José Falcón y Tella, quien en el año 2015 publicó, con un prólogo de François Ost, uno de los exponentes más representati-