



**Precedente judicial y tradición literaria**  
**— Observaciones sobre la transducción en derecho y literatura—**

Omar Daniel Pérez Hernández

Monografía presentada para optar al título de Abogado

Asesor

Daniel Alejandro Muñoz Valencia, Magíster (MSc) en Derecho.

Universidad de Antioquia  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Derecho  
Medellín, Antioquia, Colombia  
2022

---

|                            |  |
|----------------------------|--|
| <b>Cita</b>                | (Pérez Hernández, 2022)  |
| <b>Referencia</b>          | Pérez Hernández, O. D. (2022). <i>Precedente judicial y tradición literaria — Observaciones sobre la transducción en derecho y literatura—</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. |
| <b>Estilo APA 7 (2020)</b> |  |

---



**Repositorio Institucional:** <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - [www.udea.edu.co](http://www.udea.edu.co)

**Rector:** John Jairo Arboleda Céspedes

**Decano/Director:** Luquegi Gil Neira

**Jefe departamento:** Ana Victoria Vásquez Cárdenas

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

## **Agradecimientos**

Esta monografía fue escrita con el acompañamiento y la orientación del profesor Daniel Muñoz.

Al profesor Daniel le agradezco su generosa ayuda, su lectura atenta y la meticulosidad de sus observaciones.

Agradezco al profesor David Orrego Fernández por el trabajo de evaluación realizado en calidad de jurado designado por la facultad.

Quiero agradecer a mi madre por dárme todo, en una casa modesta, encima de las nubes.

Extiendo mi sentimiento de gratitud a Laura Arellano, por su lectura juiciosa, sus sugerencias y su buena disposición para conseguir bibliografía; por su afecto, su compañía y su apoyo; y por disiparme, siempre, la neblina.

---

«Intérprete», «interpretar», «interpretación» son términos que se usan en los más variados contextos lingüísticos, a veces bastante heterogéneos o separados entre sí: se interpreta una obra de teatro, un texto literario, un hecho histórico, pero también, por ejemplo, se interpretan los sueños, las cartas del tarot e incluso, últimamente, se habla de cómo interpreta el fútbol este o aquel jugador. Tal vez deberíamos preguntarnos qué tienen en común estos diferentes usos o, más exactamente, si el empleo del término «interpretar» hace de todas estas actividades especies del mismo género.

Apuntes de teoría del derecho, Luis Prieto Sanchís (2005, p. 225).

---

**Tabla de contenido**

|  |    |
|--|----|
| Resumen .....  | 11 |
| Abstract .....   | 12 |
| PRÓLOGO .....  | 13 |
| INTRODUCCIÓN .....   | 15 |
| PRIMERA PARTE: CONEXIÓN Y SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y LITERATURA....  | 18 |
| Formas de crear en Literatura y Derecho .....  | 19 |
| Usos del lenguaje en derecho y literatura.....   | 22 |
| Acciones análogas del jurista y del literato .....   | 22 |
| El derecho como lenguaje en la teoría del derecho.....   | 23 |
| El lenguaje normativo .....  | 26 |
| El lenguaje de los juristas .....  | 28 |
| Esbozo de la interpretación.....   | 30 |
| El lenguaje en la literatura .....   | 31 |
| En lo que la literatura y el derecho se diferencian: la operatoriedad .....  | 32 |
| De la impotencia de Don Quijote y la vida de los hombres infames: la operatoriedad como<br>criterio diferenciador entre la ficción y el derecho..... | 32 |
| La mimesis en la antigua Grecia .....  | 33 |
| De la impotencia de Don Quijote.....   | 35 |
| En la vida de los hombres infames .....  | 36 |

---

|   |    |
|---|----|
| SEGUNDA PARTE: LA JURISPRUDENCIA Y LA NOVELA .....  | 39 |
| La jurisprudencia.....  | 39 |
| El decisor, la sentencia, la jurisprudencia y la línea jurisprudencial.....   | 39 |
| Tradiciones teóricas del lugar de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho:<br>formalismo y reformismo..... | 40 |
| Jurisprudencia y poder .....  | 41 |
| Creación judicial del derecho .....   | 43 |
| La novela.....  | 45 |
| El nacimiento de la novela .....  | 45 |
| Lo que se entiende por novela.....  | 46 |
| El lenguaje .....   | 47 |
| La existencia .....   | 47 |
| La inmoralidad.....   | 48 |
| Otros aspectos de la novela.....  | 49 |
| El novelista.....   | 50 |
| Especies de la novela.....  | 51 |
| Novela epistolar .....  | 52 |
| Novela de aprendizaje.....  | 54 |
| El concepto de transducción .....   | 58 |
| TERCERA PARTE: PRECEDENTE JUDICIAL COMO TRADICIÓN LITERARIA .....   | 61 |

---

|  |    |
|--|----|
| El precedente judicial .....   | 61 |
| El concepto de precedente judicial .....   | 61 |
| La clasificación del precedente judicial .....   | 62 |
| El precedente judicial de la Corte Constitucional colombiana.....  | 63 |
| El precedente judicial del Consejo de Estado .....   | 65 |
| El apartamiento y el cambio del precedente judicial.....   | 67 |
| La tradición literaria .....   | 68 |
| El concepto de tradición literaria .....   | 68 |
| La tradición de la novela y su clasificación .....   | 69 |
| El cambio en la tradición de la novela .....   | 71 |
| El precedente judicial como tradición literaria .....  | 72 |
| La tradición de la Mancha.....   | 72 |
| “El Quijote” de Cervantes.....   | 73 |
| “Tristram Shandy” de Laurence Sterne .....   | 74 |
| “Jacques el Fatalista” de Diderot .....  | 77 |
| “Memorias póstumas de Blas Cubas” de Joaquim Machado de Assis .....  | 79 |
| El precedente judicial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia ..... | 82 |
| Primera etapa. ....  | 83 |
| Segunda etapa. ....  | 84 |

|   |     |
|---|-----|
| Tercera etapa.....  | 84  |
| Cuarta etapa.....   | 85  |
| Quinta etapa.....   | 85  |
| Elementos del precedente judicial como tradición literaria..... | 87  |
| REFERENCIAS.....  | 101 |
| Normativas.....   | 107 |
| Jurisprudenciales.....  | 108 |
| BIBLIOGRAFÍA.....   | 111 |



---

### **Lista de tablas**

|   |    |
|---|----|
| Tabla 1 La carga de la prueba para la víctima en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el Consejo de Estado de Colombia ..... | 86 |
|---|----|

---

### Siglas, acrónimos y abreviaturas

|                |   |
|----------------|---|
| <b>APA</b>     | American Psychological Association          |
| <b>Cms.</b>    | Centímetros                                 |
| <b>ERIC</b>    | Education Resources Information Center      |
| <b>Esp.</b>    | Especialista                                |
| <b>MP</b>      | Magistrado Ponente                          |
| <b>MSc</b>     | Magister Scientiae                          |
| <b>Párr.</b>   | Párrafo                                     |
| <b>PhD</b>     | Philosophiae Doctor                         |
| <b>PBQ-SF</b>  | Personality Belief Questionnaire Short Form |
| <b>PostDoc</b> | PostDoctor                                  |
| <b>UdeA</b>    | Universidad de Antioquia                    |

## Resumen

Es preciso señalar que el derecho y la literatura no son lo mismo. El condenado a prisión en la obra artística no padece el sufrimiento y el dolor del que es condenado a prisión en una cárcel colombiana. Esa es una diferencia fundamental a la hora de hablar de Literatura y Derecho: los personajes de las novelas tienen existencia estructural; en cambio, los personajes que impacta el derecho tienen existencia operatoria.

La materia prima del derecho y de la literatura es el lenguaje. A toda actividad aplicativa del derecho le precede, necesariamente, una actividad interpretativa. El juez para realizar sus trabajos necesita interpretar el discurso del legislador, transmitir la sentencia a los interesados y en ese proceso transforma la disposición. Es lo mismo que ocurre cuando el crítico literario valora e interpreta una novela: al transmitir el trabajo de crítica sucede una transformación del texto artístico. Transducción podría englobar las actividades del juez y del crítico literario, pues por transducción se entiende transmisión con transformación de los contenidos objetivados en los textos.

La línea jurisprudencial que expresa precedentes judiciales se construye por las necesidades del intérprete después de identificar en las sentencias situaciones fácticas similares; y el crítico literario puede construir una tradición literaria después de encontrar elementos comunes en las novelas. Para realizar una línea jurisprudencial de un precedente judicial y una tradición literaria se requiere que, entre sus componentes, las novelas y sentencias respectivamente, tengan vasos comunicantes.

*Palabras clave:* Transducción, precedente judicial, tradición literaria, derecho, literatura.

---

### Abstract

It should be noted that law and literature are not the same. The person sentenced to prison in the artistic work does not suffer the suffering and pain of the one who is sentenced to prison in a Colombian jail. This is a fundamental difference when talking about Literature and Law: the characters in the novels have a structural existence; instead, the characters that impact the right have operational existence.

The raw material of law and literature is language. All law enforcement activity is preceded, however, by an interpretive activity. In order to carry out his work, the judge needs to interpret the legislator's speech, transmit the sentence to the interested parties and in this process transform the provision. It is the same thing that happens when the literary critic evaluates and interprets a novel: when transmitting the work of criticism, a transformation of the artistic text occurs. Transduction could encompass the activities of the judge and the literary critic, since transduction is understood as transmission with transformation of the contents objectified in the texts.

The jurisprudential line that expresses judicial precedents is built by the needs of the interpreter after identifying similar factual situations in the sentences; and the literary critic can build a literary tradition after finding common elements in the novels. In order to carry out a jurisprudential line of a judicial precedent and a literary tradition, it is required that, among its components, the novels and sentences respectively, have communicating vessels.

*Keywords:* Transduction, judicial precedent, literary tradition, law, literature.

## PRÓLOGO

En este trabajo, titulado *Precedente judicial y tradición literaria. Observaciones sobre la transducción en derecho y literatura*, Omar Daniel Pérez Hernández explica qué es lo que pasa cuando un texto jurídico, con el fin de resolver casos concretos, es interpretado en un intercambio comunicativo como el que tiene lugar en las prácticas jurídicas.

Pérez Hernández sostiene que, para el desarrollo de su tesis, no es posible soslayar el hecho de que las construcciones jurídicas y literarias se objetivan en una serie de enunciados, cuyos contenidos, a la postre, serán transformados por las operaciones propias de la dogmática jurídica y de la crítica literaria. Esta similitud, sin embargo, no puede llevarnos a decir que el derecho y la literatura sean materias idénticas. El derecho impacta biográficamente a los individuos que se ven sometidos a él, mientras que la ficción, incorporada a las creaciones literarias, es una materia carente de existencia operatoria.

Pérez Hernández se ocupa de explicar, valiéndose de las modernas construcciones dogmáticas, la concreción del derecho en las elaboraciones jurisprudenciales. En este sentido, precisa con rigor el sentido que el concepto de jurisprudencia tiene en las prácticas jurídicas actuales, haciendo especial referencia a las tesis de juristas colombianos. El autor presenta, además, una precisa concepción sobre la novela. Afirma que en este tipo de piezas artísticas no solamente se objetivan contenidos estéticos, que activan el psicologismo del lector, sino que también se incorporan ideas que vale la pena analizar críticamente.

Pérez Hernández, en la parte final, se ocupa del concepto de precedente, haciendo especial énfasis en las mutaciones de los criterios usados en la dogmática para resolver casos concretos. Los cambios que sufren las previsiones normativas, desde este punto de vista, no pueden variar injustificadamente por las necesidades que los decisores detectan a la hora de construir las premisas normativas de sus sentencias, pues, en definitiva, la ruptura con la continuidad tiene que ser justificada. En igual sentido, la conformación de las que Pérez Hernández denomina tradiciones literarias, haciendo especial referencia a la tradición de La Mancha, no depende del azar, o del sentimentalismo de los críticos, sino que son los procedimientos compositivos, usados en una serie

más o menos amplia de obras, los que permiten agrupar materiales literarios en principio dispersos en algo que pueda llamarse tradición.

El nivel de entropía de los sistemas jurídicos aumenta todos los días. Tomar decisiones bajo un manto de incertidumbre es lo más común en la vida diaria del abogado. Creemos saber qué decimos, pero es difícil saber cómo los otros van a recibir nuestro mensaje. Hay unos sentidos fijados, pues, pero los sentidos por fijar son los que causan los desencuentros cuando interpretamos lo que hay. En este punto, justamente, cobra sentido el concepto de transducción, que alude a la transmisión con transformación de los contenidos objetivados en los textos.

Daniel Muñoz

## INTRODUCCIÓN

En Colombia ha existido una tradición de escritores que también son abogados<sup>1</sup>. Fernando González Ochoa, filósofo y místico, fue juez del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín y magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales; Alberto Aguirre, editor, crítico literario y periodista, fue Juez del Trabajo y Magistrado del Tribunal Superior de Medellín. ¿En su condición de jueces — abogados—, qué hacía tan cercanos a Fernando González Ochoa y Alberto Aguirre a la literatura? Se puede operar el derecho, leer literatura y realizar crítica literaria de manera separada, como lo hicieron los ilustres escritores colombianos referidos; pero también se puede estudiar *Literatura y Derecho* y encontrar las relaciones y distancias que tienen el derecho y la literatura.

Más allá de las enseñanzas del maestro González sobre la búsqueda de sí mismo en el interior, y de la capacidad crítica — que enseña Aguirre, el autor de la monografía se fijó en el quehacer de ambos, su faceta jurídica y literaria y se preguntó por las similitudes entre el decisor — juez— y el crítico literario en cuanto a la actividad interpretativa. Esta pregunta es la que orienta el trabajo, que se divide en tres partes:

La primera parte está enfocada en describir las formas por medio de las cuales se relacionan la literatura y el derecho. El lenguaje es un criterio que permite relacionar el derecho y la literatura, porque es la materia prima de ambas disciplinas. La operatoriedad es un criterio que permite distinguir el derecho de la literatura: la existencia operatoria es propia de los seres que manipulan la materia; mientras que la existencia estructural es propia de los personajes literarios, quienes no operan la realidad. El derecho opera en la realidad y la ficción es la parte no operatoria de la realidad, es por esto por lo que resulta insostenible reducir el derecho a la ficción.

En la segunda parte se precisa el sentido de las categorías que permiten articular la tesis. El lector se encontrará con la definición de los siguientes conceptos: “decisor”, “sentencia”, “jurisprudencia”, “línea jurisprudencial”, “formalismo”, “reformismo”, “derecho judicial” y

---

<sup>1</sup> Algunos escritores colombianos con algún renombre en el mundo de las letras como Juan Gabriel Vásquez y Gabriel García Márquez, comenzaron a estudiar derecho y se retiraron para dedicarse al arte de la novela.

“creación judicial del derecho”. Estas categorías están relacionadas, pero son diferentes. En esta parte se describen algunas labores del decisor, para dar cuenta de que su trabajo tiene una incidencia fuerte en el derecho. También se realiza un acercamiento a los conceptos de novela, novelista y transductor, se caracteriza la novela epistolar, la novela de aprendizaje y se reseñan dos obras pertenecientes a esas especies: “Carta de una desconocida”, del escritor austriaco Stefan Zweig y “Demian”, de Hermann Hesse.

En la tercera parte se abordará el precedente judicial desde las perspectivas teórica y práctica. Se identifican las sentencias que constituyen precedente judicial en el derecho público colombiano, se explica cómo los decisores operan con las razones de las decisiones emitidas y las cargas que se deben cumplir cuando quieran apartarse o cambiar el precedente. A modo de ejemplo, se expondrá la línea jurisprudencial del precedente de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia, a la luz del problema del manejo de la carga de la prueba para la víctima.

Así mismo, se abordará la tradición literaria de la novela. La crítica literaria, cuando habla de tradiciones, presenta las relaciones entre los escritores y las obras con base en las reglas que se repiten en los textos literarios. A modo de ejemplo, se expondrá la tradición de la Mancha: las formas como se presenta el humor, la narración y el manejo de los tiempos, haciendo referencia a las novelas que la componen: “El Quijote”, de Cervantes, “Tristram Shandy”, de Laurence Sterne, “Jacques el Fatalista”, de Denis Diderot y “Memorias póstumas de Blas Cubas”, de Joaquim Machado de Assis.

Finalmente se sustentará — relacionando el derecho y la literatura— la tesis que se pretende acreditar en el presente trabajo: la pertenencia de una obra literaria a una tradición está determinada por el ajuste de los rasgos de la obra en cuestión a los criterios definatorios de la tradición. Los novelistas tienen influencias que determinan lo que artísticamente pueden hacer. Los críticos interpretan las obras y, en ocasiones, las agrupan cuando encuentran similitudes entre ellas. Para tal efecto deberán justificar la inclusión de la obra en determinada especie. En el derecho, los jueces deben interpretar, sustentar las decisiones que toman y satisfacer una carga argumentativa cuando van a apartarse del precedente.



¿Cómo están conectados los trabajos del juez que aplica el derecho y el del crítico que interpreta y valora las obras literarias?, es la pregunta que orienta este trabajo.

## PRIMERA PARTE: CONEXIÓN Y SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y LITERATURA

La disciplina *Literatura y Derecho* se empieza a cultivar a inicios del siglo XX, tomando relevancia en Estados Unidos aproximadamente en la década del ochenta (Espinosa, 2019); sin embargo, hasta ahora resulta tener desarrollos incipientes. Lo primero que habría que hacer, para contribuir al desarrollo de la materia, es esclarecer el objeto de estudio propio de *Literatura y Derecho*: definir la línea que separa la literatura y el derecho.

En el intento de hacer converger dos disciplinas que en principio son diferentes, conviene partir de posiciones teóricas conciliadoras y poco dogmáticas. Los extremos en cualquiera de las dos teorías darán paso, sin lugar a duda, a una separación insuperable de lo jurídico y lo literario; no obstante, hay que tener cuidado para no atribuirles relaciones que en principio no tienen.

En desarrollo de lo dicho, se tratarán algunas relaciones y distancias entre la literatura y el derecho. “Ciertamente, (como afirma Calvo González) es porque Derecho y Literatura se relacionan que Derecho y Literatura se distinguen” (Calvo González, 2015, p. 697). La discusión gira en torno a tres temas principales: En primer lugar, las relaciones clásicas entre la literatura y el derecho como instrumentos que permiten pensar y crear; en segundo lugar, el lenguaje como punto de encuentro entre la literatura y el derecho; y, por último, la operatoriedad como elemento de distancia entre la literatura y el derecho.

En el estado del arte de *Literatura y Derecho* se han advertido reticencias frente al positivismo jurídico como teoría capaz de construir puentes entre el derecho y la literatura; si bien es cierto que el positivismo jurídico no nació con el propósito de construir ese puente, actualmente, a partir de postulados que van más allá de los planteamientos de Kelsen, es posible relacionar y distanciar ambas disciplinas. En concordancia con lo dicho, los tres puntos de discusión señalados, en los cuales se expresan relaciones y diferencias entre la literatura y el derecho, serán abordados desde una posición teórica sobre el derecho de corte positivista.

## Formas de crear en Literatura y Derecho

En los desarrollos de *Literatura y Derecho* se han señalado las formas como las categorías “derecho” y “literatura” se pueden combinar. Entre otras<sup>2</sup> se mencionarán las tres formas clásicas: el derecho *en* la literatura, el derecho *de* la literatura y el derecho *como* literatura.

El derecho *en* la literatura surge cuando desde las obras literarias se describen las prácticas jurídicas y sus valores. Se trata de que la materialidad literaria relate los jueces, los escribientes, los juzgados, los abogados, la justicia, la equidad, la retribución, entre otros. En definitiva, es la descripción que la literatura hace del derecho desde los personajes, los contextos y los valores al interior de la obra literaria. Calvo González (2015) dice que:

Derecho en la Literatura presenta la recreación literaria (tanto de género narrativo, como lírico o dramático) de alguna forma organizativa jurídica (los tribunales de justicia, la profesión jurídica, etc.) o de determinados conceptos y valores jurídicos (ley, equidad, justicia, etc.), o lo que es igual, presenta la literatura asociada a temas o asuntos jurídicos. (pp. 697 -698)

Algunos escritos de Franz Kafka sirven para ejemplificar esta relación entre el derecho y la literatura. Kafka fue escritor y abogado. Sus relatos se sumen en una atmósfera oscura y asfixiante, en donde el intento de comunicación nunca es exitoso. El conocimiento del derecho y la observación de la modernidad inspiraron al escritor praguense para tratar en sus cuentos y novelas la ley, la condena, el arresto, los guardianes, los decisores, los juzgados, la burocracia y la injusticia, entre otros elementos de relevancia jurídica. “Ante la ley” es un relato escrito por Kafka y publicado por primera vez en 1915; después fue integrado al capítulo de la novela “El proceso”, publicada póstumamente en 1925. En dicho relato se narra la historia de un hombre del campo que necesita ingresar a la ley y no le es permitido por un guardián; el campesino se queda esperando durante toda su vida la entrada a la ley y fenece sin tener acceso; finalmente, las puertas de la ley son cerradas (Kafka, 2011). El texto da cuenta de la inaccesibilidad del campesino al derecho: por

---

<sup>2</sup> Andrés Botero Bernal señala múltiples maneras en que se relacionan la literatura y el derecho: retórica, expositiva, metodológica, analítica, jurídica y estética. En Botero, A. (2007). Derecho y literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso. Revista Peruana de Derecho y Literatura, (2), pp. 46-54.

lo general, la persona del campo no conoce los vericuetos y laberintos de la ley, no sabe las palabras de la ley; para acceder a la justicia se le exige saber derecho o acudir mediante un abogado.

El derecho *de* la literatura da cuenta de las reglas mediante las cuales se regulan las posiciones que surgen con ocasión de la composición de una obra de arte literario. Se relaciona con el derecho a la libertad de expresión y el campo, ahora autónomo, del derecho de propiedad intelectual. En este sentido, Calvo González (2015) señala que “El Derecho de la Literatura presenta el fenómeno literario desde el punto de vista jurídico-normativo (propiedad intelectual, Copyrights y derechos de autor, contrato de edición, etc., incluyendo asimismo problemas de libertad de expresión)” (p. 698).

Algunas de las normas de carácter internacional que componen el derecho *de* la literatura son: el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que consagra el derecho de todo individuo a la libertad de expresión y de opinión; así mismo, el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), que dispone el derecho a la libertad de investigación, opinión y expresión; y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que establece el derecho a la libertad de expresión, pero limitado por la ley cuando afecte los derechos de las demás personas, la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral pública.

Algunas normas colombianas propias del derecho de la literatura son: El art. 21 de la Constitución Política:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

El art. 61 de la misma Carta Política indica que es obligación del Estado proteger la propiedad intelectual de conformidad con la ley. El art. 71 del mismo cuerpo normativo establece

que el Estado está obligado a crear incentivos y estímulos para los desarrollos y manifestaciones científicas, culturales y tecnológicas.

A nivel legal, la Ley 23 de 1982, modificada por la Ley 44 de 1993, regula lo concerniente a los derechos de autor en Colombia: aporta definiciones de conceptos como “obra” y sus tipos, “productor” y “editor”, entre otros; fija las reglas del contrato de edición y establece un catálogo de sanciones en caso de transgresión a las normas de derechos de autor. El Código Penal, Ley 599 de 2000, en sus arts. 271 y 272 establece las penas en caso de violación a los derechos patrimoniales y mecanismos de protección de derechos de autor y derechos conexos.

El derecho *como* literatura estudia el derecho desde categorías de análisis de la literatura en aspectos como la interpretación, la narración y la retórica; pero, sobre todo, se encarga de encontrar las analogías o las similitudes, aquello que es común tanto al derecho como a la literatura.

Derecho como Literatura presenta los productos jurídicos como creaciones literarias (literatura legislativa, judicial, de la práctica profesional, de la doctrina científica, etc.) y somete a perspectiva metodológica de canon literario el análisis crítico y comprensión de los discursos, experiencias y actos, criterios interpretativos y construcciones jurídico-dogmáticas. (Calvo González, 2015, p. 698)

Con relación al derecho *como* literatura, Espinosa (2019) señala lo siguiente: “Vale indicar que la relación derecho como literatura no es de equivalencia, sino de adyacencia, es decir, es una intersección que se da al emplearse en el análisis de una estructura común para ambas disciplinas y sus discursos” (p. 73).

Quien quiera incursionar en *Literatura y Derecho* puede optar por cualquiera de los tres caminos expuestos y, en su tránsito, podrá observar relaciones fecundas entre ambas disciplinas. Podría ser el esquema clásico referido un punto de partida para iniciar el trabajo y delimitar lo que, desde *Literatura y Derecho*, se pretende explicar.

## Usos del lenguaje en derecho y literatura

### Acciones análogas del jurista y del literato

La afirmación “el derecho es lenguaje” es un tópico en el campo jurídico y como tópico suele ser admitido y considerado verdadero; pero es necesario detenerse un poco en la misma afirmación, aunque sea de soslayo, para analizar a qué se hace referencia con esa expresión trillada, utilizada sin mucha cautela por los abogados y casi en desuso en los juzgados: no es fácil describir su significado a pesar de su aparente obviedad. En vista de lo anterior, para comprender el derecho como lenguaje se considerarán cuatro puntos: el lenguaje en la historia de la teoría del derecho, el lenguaje de la ley, el lenguaje de los juristas y la interpretación.

En la literatura se advierte algo similar a lo mencionado con respecto al derecho: la literatura es, entre otras cosas, lenguaje. No es posible construir ni transmitir literatura sin lenguaje. El lenguaje, como materia prima de la literatura, resulta indispensable para su propia existencia.

El lenguaje como elemento común entre el derecho y la literatura lo reconoce Pérez (2006):

La relación entre derecho y literatura puede y debe entenderse entonces, a partir de la naturaleza expresiva de ambas disciplinas. El derecho y la literatura son fenómenos que se desarrollan y se realizan en la expresión de la lengua de una comunidad. Tal como veremos en lo que sigue, la naturaleza lingüística de ambas disciplinas condiciona por completo la relación de las mismas. (p. 135)

En este mismo sentido, Trinidades & Magalhães Gubert (2009) manifiestan que “Así, tanto el derecho como la literatura están íntimamente vinculados al lenguaje, pues trabajan fundamentalmente con la palabra, el texto, el discurso, la narración, en fin, con la comunicación” (p. 173).

La literatura y el derecho se hacen con lenguaje. El lenguaje hace las veces de cuerpo constitutivo tanto de la literatura como del derecho, es su medio de expresión y transmisión.

### *El derecho como lenguaje en la teoría del derecho*

En la década del cuarenta del siglo XX, en Europa predominaban las propuestas teóricas expuestas por Hans Kelsen en su obra principal, “Teoría Pura del Derecho”. Una década después, Norberto Bobbio propuso una forma “novedosa” para estudiar el derecho a partir del lenguaje. Bobbio construyó, considerándose él mismo positivista, una fórmula simple para comprender el derecho, pero de su simpleza no se sigue su falta de profundidad, coherencia y síntesis: el derecho puede entenderse como “el lenguaje del legislador” (Guastini, 1999).

Dicho lenguaje adquiere una forma especial y propia dentro de las tipologías del lenguaje. El discurso legislativo es expresado a través de la forma prescriptiva del lenguaje, de lo cual se sigue que de este no se puede predicar verdad o falsedad, sino que su contenido solo puede ser considerado adecuado o inadecuado, defendible o censurable, pues está encaminado a realizar una modificación en la conducta humana. En concordancia con su definición de derecho, Bobbio realiza una propuesta definitoria sobre la *ciencia jurídica*, señalando que por esta se entiende el análisis del lenguaje del legislador, es decir, la ciencia jurídica sería un metalenguaje del discurso legislativo (Guastini, 1999).

Cuando se manifiesta que Bobbio fue quien propuso en la teoría del derecho la categoría “lenguaje” para explicar el “derecho”, no se afirma que él fue artífice de esa forma metodológica. Ya desde la filosofía analítica, Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena estaban reduciendo los problemas de la filosofía a problemas del lenguaje. La metodología consiste en llegar al componente más pequeño de la oración: enfrentar lo pequeño y singular simplifica el trabajo para la obtención de los resultados. Propio de la Escuela analítica es estudiar los conceptos fundamentales — lo pequeño— y a partir de allí comprender el sistema — lo más grande—. Es así como a Bobbio, en consonancia con las ideas de la filosofía analítica, le interesa trabajar con lo concreto, particular y pequeño — la palabra— más que con lo general, abstracto y complejo (Guastini, 1999).

No solamente Norberto Bobbio es exponente del Positivismo analítico del derecho, Atienza (2001) dice que también H.L.A. Hart pertenecía a esta escuela porque se preocupó por describir el significado de las palabras, siendo esta la manera más indicada de dar cuenta del derecho. Así mismo, quiso describir cómo los operadores y las personas —que no saben del derecho— utilizaban el lenguaje jurídico a partir de los instrumentos ofrecidos por la filosofía analítica.

El canon de la teoría del derecho en las instituciones educativas está delineado por varios teóricos entre los que sobresalen N. Bobbio y H.L.A. Hart. Estos, a pesar de sus diferencias teóricas, se encuentran en afirmar que a partir del lenguaje se puede explicar el derecho. La impronta indeleble que dejaron dichos exponentes podría ser la razón por la cual es aceptada comúnmente la expresión “el derecho es lenguaje”.

Después de ubicar el momento, los sujetos y contar cómo se integra la categoría “lenguaje” al estudio del derecho, conviene, muy a la manera de la Escuela analítica, hacerse la pregunta: ¿qué significa analizar el lenguaje? Ricardo Guastini (1999) se aventura a dar una explicación general y sucinta de dicha expresión, señalando que lo que precede al análisis del lenguaje es una tarea de definición, identificación y clasificación de palabras, y solución de problemas derivados de las palabras:

El análisis del lenguaje consiste, muy simplemente, en preguntarse acerca del significado de las palabras, de las expresiones, de los enunciados. A su vez, la determinación del significado de una expresión lingüística consiste en una serie de operaciones típicas. Por ejemplo: advertir y registrar la ambigüedad (sintáctica, semántica, pragmática) de las expresiones lingüísticas; desvelar sus connotaciones valorativas, a menudo ocultas.

Dicho brevemente, el análisis del lenguaje es esencialmente un trabajo de definición; según los casos, de definición “lexicográfica” (descripción de los usos lingüísticos vigentes, esto es, de los significados aceptados), de definición “estipulativa” (propuesta de atribución de un nuevo significado a una determinada expresión), y de “redefinición” (precisión del significado de una determinada expresión en el ámbito de los usos vigentes). Además, el análisis del lenguaje consiste en distinguir cuidadosamente entre enunciados “empíricos” y enunciados “analíticos”. Se llama “analítico” a todo enunciado



que es necesariamente verdadero (en virtud del significado de las palabras que lo componen o en virtud de su estructura lógica). Se denomina, en cambio, “empírico” a todo enunciado que puede ser verdadero o falso, y cuya verdad o falsedad depende de los hechos.

Esta distinción supone, evidentemente, una distinción ulterior entre *problemas empíricos* (relativos a hechos) y *problemas conceptuales* (relativos al significado de las palabras). Mientras los problemas empíricos son genuinos problemas científicos, que no pueden resolverse si no es observando el mundo, los problemas conceptuales dependen de los diversos usos de las palabras.

Finalmente, el análisis del lenguaje consiste en distinguir cuidadosamente entre el discurso descriptivo y el discurso prescriptivo (o normativo) y valorativo. El fundamento de esta distinción yace en la idea (por otra parte, no universalmente aceptada) de que los enunciados descriptivos pueden ser verdaderos o falsos, en tanto que los enunciados prescriptivos y los juicios de valor carecen de valor de verdad. Esta idea tiene, entre otras cosas, un corolario importante, que se llama habitualmente “ley de Hume”: ninguna conclusión prescriptiva puede ser inferida de una serie de premisas puramente descriptivas. (pp. 58 - 59)

Varios teóricos adoptaron las categorías “derecho” y “lenguaje” para dar cuenta de lo que es el derecho desde una visión no solo teórica (definición y descripción) sino también pragmática (interpretación y aplicación del derecho)<sup>3</sup>.

En definitiva, el positivismo jurídico no es reducible a las ideas propuestas por el profesor Hans Kelsen, sino que dichas ideas trascienden y se transforman haciendo que, dentro de la misma escuela positivista, existan distintas clases y matices, como lo es el caso del Positivismo analítico del derecho, el cual señala que “el derecho es lenguaje”.

---

<sup>3</sup> El mayor aporte pragmático de los exponentes del Positivismo analítico del derecho radica en la teoría de la interpretación. El derecho, como lenguaje, presenta diferentes problemas prácticos para el operador jurídico, como lo son las vaguedades, ambigüedades y textura abierta del derecho. Precisamente, con las herramientas interpretativas, dicha escuela intenta dar soluciones a los problemas del lenguaje.

## *El lenguaje normativo*

No parece que el lenguaje sea de exclusivo resorte del derecho porque tiene múltiples funciones: la función descriptiva, la función expresiva, la función operativa y la función prescriptiva<sup>4</sup>. “Las normas pertenecen al género del llamado lenguaje prescriptivo” (Prieto, 2005, p. 42), el cual, mediante ruegos, peticiones, órdenes, consejos y prohibiciones, pretende influir en el comportamiento de los demás. Prieto (2005) define la *Función directiva o prescriptiva* de la siguiente manera:

En ocasiones, con el lenguaje no pretendemos dar cuenta de alguna realidad, sino influir de uno u otro modo en el comportamiento de los demás, hablamos así de función directiva o prescriptiva para referirnos a las órdenes y prohibiciones, pero también a los ruegos, peticiones, consejos, etc. Naturalmente, que tengamos éxito en el propósito de que los demás adopten la conducta en cuestión es algo que depende de factores contingentes, como la autoridad que tengamos sobre el destinatario, la existencia de premios y castigos, etc. Pero del mismo modo que una proposición descriptiva pueda ser verdadera o falsa, cuando el lenguaje se usa en función directiva lo que puede acontecer es que la orden o súplica sea eficaz o ineficaz, seguida o no seguida; el habitual ruego profesional de «guarden silencio» no puede calificarse como verdadero o falso sino como eficaz o (más frecuentemente) como ineficaz. (pp. 41 - 42)

---

<sup>4</sup> Prieto (2005), describe tres de las cuatro funciones del lenguaje así: “*Función descriptiva*: tiene por objeto transmitir información, describir un estado de cosas, comunicar algún aspecto del saber, en suma «dar a conocer». Como se comprenderá, éste es el lenguaje propio del científico y, según parece, debería ser también el lenguaje básico de los medios de comunicación; «los pájaros vuelan» es una oración que desempeña una función descriptiva y que, por cierto, puede ser verdadera o falsa (...). *Función expresiva*: el lenguaje sirve también para expresar sentimientos o suscitar emociones; a veces, el lenguaje expresivo puede servirse de descripciones o puede pretender también influir en la conducta de otras personas, pero lo característico del mismo es apelar a las emociones o provocar en el destinatario un cierto estado de ánimo; piénsese, por ejemplo, en el lenguaje poético, en el teatral, etc. *Función operativa*: fue J. L. Austin quien llamó la atención sobre las llamadas «Expresiones realizativas», aquellas que por sí mismas operan una transformación de la realidad, que permiten «hacer cosas con palabras»; por ejemplo, cuando un cura dice «yo te bautizo» no está informando de nada, ni pretende obtener ningún comportamiento de nadie, sino que está haciendo algo, concretamente bautizar, cumplir un sacramento de la Iglesia”. (pp. 41 – 42) en Prieto, S. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Es decir, el lenguaje de las normas no pretende informar sobre cómo es el mundo; el lenguaje normativo pretende modificar conductas del destinatario con obligaciones de acción u omisión que podrán ser obedecidas o desobedecidas (Prieto, 2005).

Como se mencionó anteriormente, la forma propia del lenguaje jurídico es de tipo prescriptivo, pero dicho lenguaje tal y como se viene planteando está sujeto a tres problemas que advierte Prieto (2005): los consejos y las súplicas, que no son normas, adquieren también un fin análogo al de las normas — cambiar el comportamiento del destinatario—; no todas las normas mandan o prohíben porque existen normas que autorizan o permiten ciertas conductas; y existen, también, normas que no mandan ni prohíben ni permiten.

Los anteriores cuestionamientos sobre el lenguaje normativo parecen argumentos suficientes para afirmar, contrario a lo que se dijo inicialmente, que el lenguaje del derecho no es un lenguaje de tipo prescriptivo; no obstante, la teoría del derecho ha formulado soluciones a los tres problemas referidos, reafirmando de manera contundente que el tipo de lenguaje prescriptivo es el lenguaje que utiliza el derecho:

En respuesta al primer problema, Prieto (2005) dice que no existe una relación de igualdad entre las normas, los consejos y las peticiones; la diferencia radica en que no se deriva la misma consecuencia de su desobediencia, es decir, si el destinatario desobedece la norma tendrá un efecto desfavorable para sí (sanción), cosa que no ocurre en caso de inobservancia del consejo o petición.

En segundo lugar, aquellas normas permisivas (no mandan o prohíben) o aquellas conductas que el derecho no ha prescrito (guardó silencio), funcionan como excepciones a las normas que mandan o prohíben. Prieto (2005) se refiere, apoyado en Ross, a las *prescripciones en sentido estricto* para dar cuenta de lo indicado:

Nos hallamos, pues, ante una cierta paradoja: la autoridad dicta normas permisivas que no pueden ser cumplidas o incumplidas y que, por tanto, no pueden regular la conducta de sus destinatarios. Pero entonces ¿para qué dictar normas permisivas?; si no regulan la conducta, es difícil concebirlas como prescripciones y, si no son prescripciones, ¿qué sentido tienen

para el derecho? (...) No obstante, la opinión mayoritaria se inclina por reconducir los permisos al mundo de las prescripciones en sentido estricto, es decir, por concebir el lenguaje permisivo en términos parasitarios o dependientes respecto del lenguaje de los mandatos y prohibiciones. Las normas permisivas serían así un modo indirecto de referirse a prescripciones en sentido estricto:

«[...] no conozco ninguna regla jurídica permisiva que no sea lógicamente una excepción modificativa de una prohibición y, por tanto, interpretable como la negación de una prohibición (Ross)». (p. 46)

En tercer lugar, en los ordenamientos jurídicos existen normas que no mandan, no permiten, ni prohíben, sino que son de tipo constitutivo o definitorio (Prieto, 2005). Tales normas siguen siendo de carácter prescriptivo toda vez que se conciben como fragmentos de normas; así lo indica Prieto (2005), para lo cual aporta un ejemplo basado en la mayoría de edad:

No obstante, creo que lo dicho es bastante para mostrar que en sí mismas estas reglas ni mandan ni prohíben, es decir, son sustancialmente distintas a las normas regulativas o prescriptivas. La cuestión es si su presencia (abundantísima) en el lenguaje del Derecho desmiente la idea inicial de que el Derecho es o pertenece a la clase de lenguaje prescriptivo.

Los juristas suelen responder diciendo que las normas constitutivas deben concebirse como *fragmentos de normas*. (...) el artículo 12 CE que establece la mayoría de edad a los 18 años es otro fragmento, en este caso de todas aquellas normas que hacen uso del concepto de mayoría de edad con el mismo fin de atribuir derechos y obligaciones. (p. 50)

Con lo dicho queda explicado que el lenguaje del derecho es prescriptivo. Hay otro tipo de relación del derecho con el lenguaje. Para dar cuenta de él conviene explorar ya no el lenguaje de la norma, sino el lenguaje que utilizan cotidianamente los juristas.

### *El lenguaje de los juristas*

La palabra “norma” se usa con frecuencia en el discurso de los que operan el derecho. ¿A qué hacen referencia abogados, jueces y autoridades administrativas cuando dicen “norma”? Los juristas, responde Prieto (2005), comúnmente se refieren a la palabra “norma” para designar indistintamente la disposición normativa y el significado de dicha disposición normativa, es decir, confunden disposición y significado; enunciado o disposición es el discurso del legislador, mientras que la norma es el significado del enunciado o disposición.

Prieto (2005) indica otras formas de expresión del lenguaje de los juristas, pues, como se indicó, el mundo del derecho, que es amplio y difuso, tiene muchas maneras para dar cuenta de las normas, por lo cual existen *proposiciones factuales*, *proposiciones relativas a la validez de las normas* y *proposiciones interpretativas*, que se definen de la siguiente manera:

el lenguaje de los juristas (...) es muy variado y no siempre parece presentar el mismo estatus. A mi juicio, cabría distinguir entre:

a) *Proposiciones factuales*: informan propiamente no de la existencia de normas, sino de ciertos hechos relativos a las normas; por ejemplo, «el legislador ha ordenado que se castigue a los homicidas» (...)

b) *Proposiciones relativas a la validez de las normas*. (...) a veces, los juristas consideran que forman parte del sistema jurídico y, en su caso, han de aplicarse normas que no han sido promulgadas, normas que «crean» para solucionar casos que no han sido previstos por normas explícitas; otras veces dudan acerca de la validez de una norma del sistema. En ambos casos deciden que es válida una norma no promulgada; o que es inválida una norma promulgada. (...)

c) *Proposiciones interpretativas*: interpretar consiste en atribuir un significado a cierto enunciado del tipo «la disposición D significa S». (pp. 51 - 52)

El lenguaje de la ley una vez pronunciado por el legislador no se salva de los muchos problemas que tiene el lenguaje, por lo cual la labor del jurista en todos los órdenes en que opere el derecho será interpretar, completar y ordenar el lenguaje del legislador

### *Esbozo de la interpretación*

La teoría del derecho y la práctica jurídica dan cuenta de que el término “interpretación” es utilizado con frecuencia en los contextos del derecho. Según el uso que se le da, la interpretación adquiere principalmente dos sentidos: el *sentido amplio* abarca cualquier actividad que realizan los operadores jurídicos después de la promulgación de la ley. Estas labores no tienen la misma naturaleza: subsumir hechos en normas, motivar las sentencias o decidir sobre la validez de las disposiciones. En *sentido estricto*, los juristas realizan dos actividades cuando interpretan: atribuir significado a las disposiciones y determinar el campo de aplicación de las normas. El último sentido es más claro y útil para interpretar el derecho (Prieto, 2005).

La producción académica sobre la interpretación del derecho tiene tanto de largo como de ancho; pero hay dos teorías que ilustran la discusión central: la *teoría cognoscitivista* dice que la actividad interpretativa consiste en descubrir el significado objetivo que entrañan las disposiciones o normas — no distingue entre estos dos conceptos—. Afirma que para todo problema jurídico hay una sola respuesta, que es la correcta y la verdadera. La *teoría escéptica* dice que no es posible hablar de un significado objetivo del texto: los enunciados interpretativos son susceptibles de crítica. Distingue entre la disposición y la norma: la norma es el producto de interpretar la disposición. En esta teoría la discrecionalidad interpretativa tiene grados: el intérprete es un sujeto político libre porque la ley es muda o el intérprete está atado a la ley y después de interpretar deberá elegir uno de sus sentidos (Prieto, 2005).

Prieto (2005) define los métodos de interpretación como “los variados argumentos usados por los juristas (...) para justificar la decisión interpretativa escogida. Su función, por lo tanto, es doble: ayudar u orientar en la atribución de significado, y justificar la opción interpretativa adoptada” (p. 263).

Podemos reseñar, como los más mentados, los siguientes métodos de interpretación. El *método literal* consiste en interpretar las disposiciones según el sentido propio de las palabras en el lenguaje ordinario. El *método sistemático* parte de la idea de que el derecho tiene unidad interna: el enunciado interpretativo debe corresponder con el sentido del área del derecho al que pertenece

la disposición y respetar los preceptos constitucionales. El *método sociológico* indica que la interpretación deberá hacerse con la vista puesta en la realidad social del momento en que la disposición es interpretada. El *método teleológico* busca el espíritu o la finalidad de la disposición como la interpretación más adecuada (Prieto, 2005). Y el *método histórico* exige recurrir a hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido.

### *El lenguaje en la literatura*

Se ha dicho que el derecho es, entre muchas otras cosas, lenguaje. Así mismo pasa con la literatura. El componente lingüístico es esencial en ella. Los formalistas rusos fueron quizás los primeros que, en lo que se conoce como teoría literaria, señalaron la importancia del lenguaje en la literatura: la literatura, para ellos, era una desviación del lenguaje; dicho de otra manera, era un lenguaje especial que se apartaba en su forma del lenguaje ordinario o cotidiano. Sin embargo, advirtieron que, para etiquetar un escrito como literatura, aparte del lenguaje, adquieren especial importancia otros elementos como el contexto, el lector, entre otros. Descreían de las obras literarias válidas en todo tiempo y lugar. La literatura, señalaron, le pertenecía al tiempo y al espacio, a la época y a los ojos que en medio de líneas leen (Eagleton, 1983).

G. Maestro (2017) proporciona la siguiente definición de literatura:

es una construcción humana y racional, que se abre camino hacia la libertad a través de la lucha y el enfrentamiento dialéctico, que utiliza signos del sistema lingüístico, a los que confiere un valor estético y otorga un estatuto de ficción, y que se desarrolla a través de un proceso comunicativo de dimensiones históricas, geográficas y políticas, cuyas figuras fundamentales son el autor, la obra, el lector y el intérprete o transductor. (p. 126)

Es de resaltar en la definición anterior el hecho de que la literatura utiliza signos del sistema lingüístico y se manifiesta a través del lenguaje. Pero también resalta G. Maestro (2017) que hay otros factores que componen la literatura, pues esta es un *conjunto de materiales literarios*:

la Literatura es el conjunto de los materiales literarios que constituyen el objeto de la Teoría de la Literatura (en tanto que Teoría de la Literatura basada en una filosofía materialista). La Literatura es así una realidad ontológica de primer grado (materia primogénica: M1), a la que pertenecen los seres humanos que la construyen (autores), difunden (copistas, impresores, editores...) e interpretan (lectores, actores, críticos, consumidores...); el texto en que se objetiva (papiros, pergaminos, manuscritos, libros, discos compactos y soportes informáticos...); el lenguaje literario oral y escrito, etc. Los materiales literarios son una realidad física, es decir, formal y material, que implica a autores, lectores, intérpretes y actores, críticos, públicos, sociedades, culturas, etapas históricas, zonas geográficas, etc., como totalidades complejíssimas, fuera de las cuales la Literatura no es concebible ni factible como tal. Estas totalidades pueden y deben ser analizadas de forma sistemática, crítica y científica, a través de diferentes ciencias categoriales que, cada una desde su propia perspectiva gnoseológica, tienen como objeto de interpretación algún tipo de material que sirve a la construcción literaria: el lenguaje (Lingüística...), el texto (Retórica, Ecdótica...), el ser humano (Antropología, Sociología...), bien como autor (Historia, Psicología...), bien como lector (Hermenéutica, Pragmática, Fenomenología...). (p. 128)

Si la literatura es el objeto de la teoría literaria (conceptualización de categorías de análisis) y de la crítica literaria (interpretaciones a través de conceptos), G. Maestro (2017), de manera contundente y práctica, manifiesta que la literatura, en relación con la teoría literaria y la crítica literaria, es “el conjunto sistemático de materiales literarios que pueden ser analizados conceptual o categorialmente por la Teoría de la Literatura e interpretados filosóficamente por la Crítica de la Literatura” (p. 157).

### **En lo que la literatura y el derecho se diferencian: la operatoriedad**

**De la impotencia de Don Quijote y la vida de los hombres infames: la operatoriedad como criterio diferenciador entre la ficción y el derecho**



Cuando se habla sobre *Literatura y Derecho* se empiezan a entretrejer discusiones y opiniones tendientes a darle una gran semejanza a dichos conceptos. Si el trayecto por *Literatura y Derecho* parte de una afinidad entre las dos materias que la componen, resulta más sencillo observar semejanzas que diferencias.

En algunas ocasiones se reduce el derecho a la literatura: los abogados, comúnmente, consideran que el derecho es una ficción; pero tal consideración está muy alejada de lo que, efectivamente, es el derecho. Las personas que reciben castigos del derecho no podrían decir que el sufrimiento proviene de una ficción — más adelante se ampliará esta perspectiva—.

La ficción es un concepto heredado de la antigua Grecia que cumple un papel importante en la actualidad para dar cuenta de la literatura. Es por esto por lo que, con el fin de distinguir o asemejar las disciplinas que se vienen estudiando, se realizan las siguientes preguntas: ¿qué tanto de ficción tiene el derecho? y ¿es el derecho reducible a la literatura?

### ***La mimesis en la antigua Grecia***

En la época antigua, los griegos pensaron el arte a través del concepto de mimesis. Este concepto, a lo largo del pensamiento griego, adquiere diversos matices dependiendo del pensador que se valga de él para hablar sobre el arte. Si bien “mimesis” inicia con el pensamiento griego, no muere en esa época y con esa cultura, sino que se desarrolla con el paso del tiempo convirtiéndose en una pieza clave para que la teoría literaria explique el concepto de ficción.

Inicialmente, quienes en la escritura griega comenzaron a referirse al concepto de mimesis fueron Esopo, Herodoto, Aristófanes y Tucídides, autores que usaron el concepto para nombrar los retratos o pinturas que representan a un hombre (Mejía, 2002), es decir, dicho concepto aludía de manera exclusiva al trabajo artístico de representación que realizaba el pintor cuando, frente al hombre, como objeto a retratar, surcaba sus pinceles en la hoja, madera, piel o lino.

Con Platón, el concepto de mimesis traspasa el ámbito de lo meramente pictórico y pasa a ser utilizado en la explicación de otros asuntos de no poca importancia en el pensamiento griego, como la metafísica, el discurso y el lenguaje (Mejía, 2002).

El concepto de mimesis sufre una metamorfosis cuando se considera desde el punto de vista de Aristóteles. Este dice que mimesis consiste en imitar la naturaleza o la realidad. Para dar cuenta de esta transición se hará referencia a la “Poética” de Aristóteles, resaltando en ella los siguientes aspectos:

El *origen* de la poética es la inclinación natural del hombre, desde que es niño, para imitar y disfrutar de las imitaciones que realiza (Aristóteles, 1974).

Los tipos de arte tienen un elemento común que permite englobarlos a todos en un mismo conjunto y tienen elementos de distancia que permiten diferenciarlos. El elemento común es que todos imitan la realidad y los elementos de distancia están constituidos por los medios, objetos y modos; así lo explica Aristóteles (1974) en la “Poética”:

Pues bien, la epopeya y la poesía trágica, y también la comedia y la ditirámica, y en su mayor parte la aulética y la citarística, todas vienen a ser, en conjunto, imitaciones. Pero se diferencian entre sí por tres cosas: o por imitar con medios diversos, o por imitar objetos diversos, o por imitarlos diversamente y no del mismo modo. (p. 127)

Ahora, hablando propiamente de la imitación, Aristóteles (1974) señala que tiene distintos grados. El criterio gradual de la imitación dependerá de la distancia positiva, negativa o neutra con respecto al objeto imitado:

Mas, puesto que los que imitan a hombres que actúan, y estos necesariamente serán esforzados o de baja calidad (los caracteres, en efecto, casi siempre se reducen a estos solos, pues todos sobresalen, en cuanto al carácter, o por el vicio o por la virtud), o bien los hacen mejores que solemos ser nosotros, o bien peores o incluso iguales (...) por ejemplo, Homero

hace a los hombres mejores; Cleofonte, semejantes y Hegemón de Taso, inventor de la parodia, y Nicócares, autor de la Diliada, peores. (pp. 131 - 132)

El último aspecto que se rescata de la “Poética” de Aristóteles (1974), y no menos importante, es el referente a la diferencia que establece entre poética e historia: mientras la poética se ocupa de lo que podría suceder mediante la imitación o verosimilitud, la historia se ocupa de lo que ha sucedido.

En conclusión, para Aristóteles el concepto de mimesis es un principio generador del arte. La obra es inferior a la realidad, por cuanto se nutre de la cantera de la realidad para imitar. Corolario, la obra representa hechos verosímilmente.

### *De la impotencia de Don Quijote*

Por último, se describe una posición que da argumentos sólidos para entender de qué se trata la ficción. Ni Aristóteles, ni Leibniz parecen ser amigos de Jesús González Maestro, debido a que la poética del primero resulta ser un anacronismo y la Teoría de los Mundos Posibles basada en el segundo parte del idealismo metafísico y llega a lo imposible. Su punto principal de diferencia con respecto a la Teoría de los Mundos Posibles reside en que le parece necio, por su carácter metafísico, pensar en la existencia de la ficción sin relación alguna con la realidad, pues considera que en caso de que la ficción no beba de la cantera de la realidad sería de cualquier modo ininteligible (G. Maestro, 2017).

Para G. Maestro (2017) la *ficción* es materia carente de existencia operatoria, lo ficticio tiene existencia estructural dentro de la obra literaria pero no tiene existencia operatoria. En este sentido, y a modo de ejemplo, Don Quijote no tiene ninguna existencia operatoria:

La ficción es un uso extraordinario de la realidad. Se trata, en suma, de una interpretación de la realidad que verosímilmente se sustrae al orden común u ordinario. La diferencia aristotélica entre acto y potencia, que sirve de elemento nuclear a la argumentación de Gustavo Bueno para postular las diferencias entre existencia operatoria —la que poseen los

entes que actúan y manipulan la materia— y existencia estructural —la que identifica a los entes que son resultado de acciones exteriores a ellos, y frente a las cuales no tienen capacidad de reacción—, está en la base de la teoría de la ficción del Materialismo Filosófico como Teoría de la Literatura.

Don Quijote, al igual que el colérico Aquiles o el astuto Odiseo, al igual que el Dante infernal y paradisiaco, al igual que los singulares príncipes Hamlet y Segismundo, al igual que tantos y tantos personajes literarios, es un impotente: como todos ellos, carece de existencia operatoria fuera de su existencia estructural, es decir, al margen de su realidad formal en la materialidad de la obra literaria. (p. 862)

La existencia operatoria, en contraposición a la existencia estructural, es propia de los seres humanos. La existencia estructural es propia de los personajes literarios:

la existencia humana es operatoria y la existencia estructural —propia de los entes denominados de ficción— no es operatoria. Don Quijote no puede operar en el mundo físico del que él mismo forma parte, como material literario, pictórico, musical o escultórico, porque su existencia estructural está limitada a la obra de arte, y porque su existencia operatoria fuera de ella es igual a cero. Dicho de otro modo, la existencia operatoria de don Quijote es exclusivamente estructural, y se limita a la naturaleza poética de la obra literaria que lo ha hecho factible como ente de ficción, es decir, como realidad material carente de existencia operatoria. (G. Maestro, 2017, p. 863)

La ficción es materialidad carente de existencia operatoria, es decir que la ficción tiene existencia estructural; de otra manera, significa que los dramas, dolores, felicidades, sucesos y acontecimientos los viven los personajes creados al interior de la obra artística: cualquier acontecimiento sucedido dentro de la obra artística no produce ningún efecto por fuera de ella. El contenido de la ficción está necesariamente anclado a la realidad, es decir que es incomprendible cualquier ficción no ligada de alguna forma a la realidad.

*En la vida de los hombres infames*

En el siguiente texto sobre la vida de Jean Antonie Touzard es difícil establecer si se está ante un personaje ubicado en la existencia operatoria o en la existencia estructural:

Jean Antoine Touzard ingresó en el castillo de Bicêtre el 21 de abril de 1701: «Apóstata recoleto, sedicioso, capaz de los mayores crímenes, sodomita y ateo hasta la saciedad; es un verdadero monstruo de abominación que es preferible que reviente a que quede libre». (Foucault, 1996, pp. 121 -122)

La descripción anterior, aunque lo pareciera, no es ficticia. Retrata la existencia de un hombre con existencia operatoria que seleccionó Michel Foucault en su obra “La vida de los hombres infames”. En la obra se enuncian otras descripciones del mismo tenor que Foucault (1996) seleccionó con base en algunos requisitos, entre los cuales se encuentran que se trate de vidas reales en las que haya demandas, denuncias, órdenes o informes.

Las palabras para Jean Antoine Tourzard, y para quienes corrieron el mismo infortunio, no fueron palabras que una vez pronunciadas “se las llevó el viento”; fueron palabras que impactaron con fuerza y violencia sobre el cuerpo al cual se dirigieron y que de un solo zarpazo convirtieron a su destinatario en la carga semántica de las mismas, llevándolo a convertirse en un hombre infame.

En esas cortas frases se «han jugado» vidas reales; con ello no quiero decir que esas vidas estén en ellas representadas, sino que en cierta medida al menos esas palabras decidieron sobre su libertad, su desgracia, con frecuencia sobre su muerte y en todo caso su destino. Estos discursos han atravesado realmente determinadas vidas, ya que existencias humanas se jugaron y se perdieron en ellos.

(...)

Pero el apóstata recoleto, las pobres almas perdidas por caminos ignotos, todos ellos son infames de pleno derecho, ya que existen gracias exclusivamente a las concisas y terribles palabras que estaban destinadas a convertirlos para siempre en seres indignos de la memoria de los hombres. (Foucault, 1996, págs. 124, 127)

Para que las palabras, una vez pronunciadas, conviertan al destinatario en un hombre infame se requiere que sean pronunciadas por el poder, que puede ser representado por alguno de sus dispositivos como lo es el derecho (Foucault, 1996).

Comúnmente, en las discusiones de los que trabajan con el derecho y se sienten atraídos por la literatura, o de aquellos que exploran *Literatura y Derecho*, se escucha que el derecho y la literatura son ficciones. El derecho no es ficción. El derecho es irreductible a la ficción. El derecho y la literatura ciertamente comparten el lenguaje, la interpretación y los textos del derecho en algunas ocasiones parecen fantásticos, pero la ficción, a diferencia del derecho, carece de existencia operatoria. El reo que mediante sentencia es condenado a prisión, el ciudadano que mediante orden de policía es obligado a demoler lo construido, el empleador a quien el juez obliga a pagar acreencias laborales, la persona obligada a reparar los daños que causó con su vehículo, son personas para las cuales las palabras del derecho interfieren la materialidad de sus vidas.

## SEGUNDA PARTE: LA JURISPRUDENCIA Y LA NOVELA

En este capítulo se expondrán una aproximación conceptual a la jurisprudencia y a la novela, así como algunas discusiones que alrededor de ellas se suscitan. Entre líneas, el lector encontrará dos posiciones: (i) el acto jurisprudencial es un acto de creación de derecho y (ii) la novela es ambigua, incierta e inmoral.

### La jurisprudencia

#### El decisor, la sentencia, la jurisprudencia y la línea jurisprudencial

El *decisor* es la persona que tiene la potestad para analizar una petición o controversia, decidir y emitir sentencia mediante la selección de disposiciones y creación de normas.

La *sentencia* es el documento que suscribe el decisor, en el cual aparecen la narración de los hechos probados en el proceso, las disposiciones seleccionadas, las normas creadas y la decisión del caso.

Bernal (2005), apoyado en la sentencia SU - 1300 de 2001, de la Corte Constitucional de Colombia, dice que la sentencia se compone de tres partes: el *decisum*, que es la decisión o resolución del caso; la *ratio decidendi*, que es la base normativa de la decisión; y los *obiter dicta*, que son las afirmaciones que cumplen un papel secundario en la fundamentación de la decisión.

En la *jurisprudencia*, según Prieto (2005), se expresan los criterios de interpretación y aplicación de normas.

La abundantísima producción de jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos, por su cantidad y en ocasiones debido a su disparidad, se convierte en una amalgama de información desorganizada y poco comprensible. Para que el jurista extraiga las normas que se objetivan en la jurisprudencia, deberá realizar una línea jurisprudencial mediante un análisis estructural y temporal

de las sentencias emitidas que estén relacionadas con un determinado asunto. López (2006) describe los pasos para realizar una *línea jurisprudencial*:

(i) acotar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio) que la jurisprudencia ha venido definiendo como “escenario constitucional” relevante; (ii) identificar las sentencias más relevantes (que más adelante denominaremos “sentencias hito”) dentro de la línea jurisprudencial; (iii) finalmente es necesario construir teorías estructurales (*i.e.* narraciones jurídicas sólidas y comprensivas) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales. (p. 140)

### **Tradiciones teóricas del lugar de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho: formalismo y reformismo**

Según López (2006), para el *formalismo* los operadores jurídicos como el estudiante, el abogado y el decisor, entre otros, pueden resolver los problemas jurídicos mediante el uso predominante o exclusivo de la ley. Dicha visión lleva implícita la creencia de que el discurso legislativo contiene, de manera completa y organizada, las soluciones a los múltiples casos que pueden surgir en el mundo jurídico. Por lo anterior, la ley es fuente formal del derecho (vinculante); la jurisprudencia y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación (no vinculantes).

El *reformismo*, desde finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, realizó críticas al formalismo, con el propósito principal de que la jurisprudencia, al igual que la ley, fuera considerada fuente formal del derecho (vinculante). Esta teoría se propuso explicar la importancia de la doctrina y los principios generales del derecho para la solución de los problemas jurídicos (López, 2006).

Indica López (2006) que el reformismo, de la mano de la Escuela analítica del derecho, manifestó que el discurso legislativo presentaba problemas del lenguaje: ambigüedades, vaguedades y contradicciones. Para superar estas dificultades es necesaria e indispensable la jurisprudencia.



El formalismo afirma que el legislador crea normas y que el decisor aplica normas. Prieto (2005) considera que después de Kelsen es difícil separar de manera clara la creación y la aplicación del derecho porque en “todo acto normativo es posible descubrir una dimensión aplicativa y una dimensión creativa. Salvo el acto normativo supremo, que es sólo creativo, y salvo el último de los actos ejecutivos, que es sólo aplicativo” (p. 215).

En el contexto de la Cuarta revolución industrial, Bernal (2005) menciona una crítica al formalismo que, a la luz de los desarrollos tecnológicos actuales en las sociedades contemporáneas, merece ser mirada con detenimiento: si aplicar el derecho consiste en una operación lógica con el discurso del legislador, que tiene como resultado soluciones exactas, los abogados fácilmente pueden ser reemplazados por un *software*.

¿Es posible operar el derecho con las ideas del formalismo? Esta pregunta la han realizado los reformistas y han respondido con un “no” rotundo. Eduardo Cifuentes en López (2006), dice que el presupuesto epistémico de la postura formalista es ficcionario ante su imposibilidad práctica.

Las propuestas de la teoría reformista proponen bases sólidas y prácticas para potenciar el trabajo de los operadores jurídicos. La jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son necesarias para aplicar el derecho, debido a la poca claridad de la ley.

## **Jurisprudencia y poder**

El derecho no es un objeto acabado, inmutable e impermeable. El derecho, que tiene una naturaleza artificiosa, está sujeto a las influencias de los grupos económicos, políticos y culturales en un momento determinado. En muchas ocasiones, los poderes dominantes de la sociedad intervienen para que el derecho responda a sus exigencias (Bernal, 2005).

En la actualidad, el procedimiento del trasplante jurídico hace que el derecho se transforme de manera rápida y constante: con el auge del mundo globalizado e interconectado, el ordenamiento jurídico de un Estado está conformado por diversas formas, modos y contenidos de diferentes

ordenamientos jurídicos; por ejemplo, el derecho colombiano se nutre de la teoría de la responsabilidad administrativa que se desarrolló en Francia. Lo mismo sucede en las casas de estudio: el canon jurídico cambia en el tiempo y trasciende las fronteras del estudio académico estatal hacia un aprendizaje transnacional.

Las prácticas jurídicas van dirigidas a influir la vida cotidiana de los ciudadanos. El sujeto que tenga el control de la producción del derecho tiene el control de la determinación de aspectos sociales operatorios. De ahí que sea tan importante la discusión sobre las fuentes del derecho, particularmente, la discusión para determinar sobre quiénes, en última instancia, recae la creación del derecho. López (2006) dice que quien tenga el poder de crear el derecho tiene un poder similar al de aquel que controla el ejército de un Estado.

En un Estado, los poderes públicos deben tener el control de las fuentes del derecho. No actúan al unísono dichos poderes: el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial disputan para que sus pronunciamientos primen sobre los de los otros poderes; la discusión no se reduce a la lucha tripartita mencionada: en el poder judicial, por ejemplo, hay una discusión interna sobre el valor que tiene el pronunciamiento de una alta corte en menoscabo del valor de los pronunciamientos de las demás.

Manuel José Cepeda Espinosa, exmagistrado de la Corte Constitucional, en López (2006), ejemplifica la lucha política por el control de las fuentes del derecho cuando recuerda que en la Asamblea Nacional Constituyente hubo una discusión ardua entre los que proponían que la jurisprudencia debía ser fuente formal de derecho (vinculante) y los que consideraban que la jurisprudencia debía ser recurso auxiliar de interpretación (no vinculante). Lo relata de la siguiente manera:

Si bien antes de la Constitución de 1991 el tema fue abordado desde la perspectiva tradicional que le asignaba a las sentencias judiciales un lugar secundario dentro de las fuentes del derecho, en el seno mismo de la Asamblea Constituyente se libró una batalla en torno a este punto. Hubo dos tendencias. La primera promovía una revalorización del papel del juez en una democracia, de su responsabilidad en asegurar la efectividad de un Estado

social de derecho y de la necesidad de hacer de la jurisprudencia del máximo intérprete de la constitución un punto obligado de referencia. Esta tendencia logró varios resultados, de los cuales resalto tan solo dos. El primero fue la creación de una Corte Constitucional, lo cual reforzó los elementos de control concentrado de constitucionalidad que ya estaban presentes en nuestra tradición por la introducción de la acción pública de inconstitucionalidad en 1910. El segundo fue el mecanismo de revisión de todos los fallos de tutela por parte de la Corte Constitucional lo cual, al margen de los debates entre las Cortes, lleva a que esta institución tenga la última palabra en cada caso.

Ante estos resultados surgió una segunda tendencia encaminada a matizar, para algunos, o frenar, para otros, lo que era percibido como una modificación sustancial al sistema de fuentes del derecho. El mayor logro de ésta tendencia reactiva frente a la primera fue la adopción de artículo 230 de la Constitución. Obviamente, dicha norma está dirigida a reducir la jurisprudencia a un lugar de segundo orden dentro del sistema de fuentes. (pp. xvi - xvii)

Los participantes de la Asamblea Nacional Constituyente tuvieron una discusión sobre el valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho; dicho de otra manera, la discusión giraba en torno a determinar el poder que se le atribuía al decisor en la creación del derecho. Esto muestra que el grado de vinculatoriedad de la jurisprudencia depende de lo que unos sujetos, que tienen el poder de decisión, establezcan sobre su lugar en el sistema de fuentes del derecho. La posición de los actores de la Asamblea Constituyente tiene origen en su adhesión al formalismo o reformismo jurídicos.

### **Creación judicial del derecho**

Con *creación judicial del derecho* se hace referencia a que el decisor crea derecho para el caso concreto que decide: en la realización de sus funciones utiliza la ley, pero también crea normas jurídicas nuevas que no habían sido contempladas por el ordenamiento jurídico para resolver el caso objeto de análisis (Prieto, 2005).

Lo anterior no significa que el decisor pueda crear derecho sin ninguna limitación. La creación del derecho se hace necesaria cuando la ley presenta problemas en su aplicación, por la presencia de los problemas del lenguaje: vaguedad y ambigüedad, entre otros. La principal función del decisor es fallar, por lo cual, ante la poca claridad de la ley, tendrá que crear normas para resolver el caso (Prieto, 2005).

Los ordenamientos jurídicos, después de la segunda guerra mundial, incorporaron un alto contenido axiológico que hizo más necesaria la creación judicial del derecho por el carácter abstracto de las normas y principios constitucionales (Prieto, 2005).

Un ejemplo de lo anterior: la Constitución Política de Colombia contiene un catálogo amplio de principios y derechos fundamentales como la dignidad humana (art. 1), que hacen de la misma, en algunas ocasiones, una norma indeterminada, ambigua y vaga. En este caso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana le ha dado un contenido a dicho derecho en la sentencia T - 291 de 2016:

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.

El *derecho judicial*, según Prieto (2005), tiene fuerza para producir efectos en todas las personas e instituciones de un Estado. Estas sentencias operan mediante la creación, modificación y eliminación de las normas jurídicas.

En Colombia, el tribunal constitucional recibe el nombre de Corte Constitucional. Esta alta corte, mediante las sentencias tipo “C”, tiene la potestad de eliminar una norma del ordenamiento jurídico, mediante la *declaratoria de inexecutable* parcial o total de una ley; también puede, en

ejercicio de sus competencias, declarar una *exequibilidad condicionada*, es decir que una norma se entiende válida siempre y cuando se interprete en un determinado sentido.

Que la jurisprudencia sea o no fuente del derecho (vinculante) depende de un acto de poder: la voluntad del poder constituyente, en primera medida, será la que determine si la jurisprudencia tiene fuerza vinculante. A pesar de lo anterior, siempre el decisor en su quehacer crea derecho.

## La novela

### El nacimiento de la novela

Algo de lo que se conoce actualmente como “novela” puede ser hallado en la edad antigua. La mayoría de los críticos literarios están de acuerdo en afirmar que la “novela” tiene sus raíces en la narración épica, por lo que la novela y la épica comparten similitudes: el interés por lo narrativo y la acción dramática. Y ciertas diferencias: la novela relata, especialmente, la vida cotidiana de la edad moderna, situándose en un tiempo presente; la épica narra acontecimientos míticos y sobrenaturales que sucedieron en el pasado. El espacio de la épica es metafísico; mientras que el espacio de la novela es mundano (Eagleton, 2005).

Las mayores manifestaciones de la épica han sido la epopeya y la novela. En el paso de la epopeya a la novela media un cambio fundamental: el del verso a la prosa. La evolución cultural exigió otra forma de narración que no fuera la epopeya, pues en esta forma de épica el héroe representa valores culturales, sociales y morales de la sociedad; pero con la edad moderna, donde los valores están en entredicho, no hay un héroe. En esta medida la sociedad reclama la novela, el lugar de la ambigüedad; es por esto por lo que Hegel llamó a la novela «epopeya de la decadencia» (Bobbes, 1998).

Antes de Cervantes, la picaresca cumplió un papel importante en el nacimiento de la novela; así lo indica Eagleton (2005):

Cervantes no fue el primer autor en cuestionar de este modo la narrativa épica, puesto que ya la novela picaresca, con su triste antiheroísmo, aunque pleno de desparpajo, lo había hecho, al menos de un modo implícito, con anterioridad a que él iniciara su andadura como escritor. (p. 12)

Vásquez (2018) indica que “El Lazarillo de Tormes” es una obra literaria que probablemente pudo haber inspirado a Cervantes para crear “la novela”, debido a que esa obra “puso a los hombres de su tiempo a preguntarse por primera vez cómo eran los demás por dentro” (p. 23). En la lectura de “El Quijote” el lector se encuentra cara a cara con la ambigüedad. Esta novela pone en escena situaciones, comportamientos, sentimientos e ideas diferentes y en ocasiones contrarias, sin que ninguna se presente con un grado de prevalencia moral sobre las otras.

La novela nace en la edad moderna entre los años 1605 y 1615. Este periodo histórico de la civilización occidental se caracteriza porque Dios abandona el lugar sobresaliente que había ocupado en la edad media. En la edad moderna, el hombre es el centro del universo y del pensamiento humano, pero en ausencia de Dios solo ve ambigüedad y duda, debido a que todas las bases religiosas que soportaban la existencia quedaron demolidas. Cervantes, con espíritu sensible de artista, no solo advirtió y comprendió su contexto, sino que lo ensalzó escribiendo “El Quijote”, obra literaria considerada la primera novela (Kundera, 2006).

En la edad moderna el hombre advierte que se desconoce. Siente la necesidad de explorarse a partir de preguntas existenciales. Es ahí donde nace la novela y acompaña al hombre en el conocimiento de sí mismo (Kundera, 2006).

### **Lo que se entiende por novela**

Kundera (2006) define la novela como “La gran forma de la prosa en la que el autor, mediante egos experimentales (personajes), examina hasta el límite algunos de los grandes temas de la existencia” (p. 168). La novela se caracteriza por la presencia de tres elementos: el lenguaje, la existencia y la inmoralidad.

## ***El lenguaje***

La novela está hecha de lenguaje, no de experiencias concretas, porque entre lo que se escribe y lo que efectivamente sucedió en el plano fáctico hay muros infranqueables. La verdad o mentira de una novela no resulta de cotejar la historia ficticia con los hechos operatorios que la precedieron (Vargas Llosa, 2002).

Vargas Llosa (2002) advierte sobre los peligros de tomar la ficción como letra viva, porque las tragedias de la novela están construidas con lenguaje y carecen de existencia operatoria. Así las novelas tengan un alto grado de correspondencia con el plano fáctico, habrá zonas que alberguen mentiras. La existencia estructural de la novela carece de realización efectiva.

Un tema recurrente en la historia de la ficción es: el riesgo que entraña tomar lo que dicen las novelas al pie de la letra, creer que la vida es como ellas la describen. Los libros de caballerías queman el seso a Alonso Quijano y lo lanzan por los caminos a alancear molinos de viento, y la tragedia de Emma Bovary no ocurriría si el personaje de Flaubert no intentara parecerse a las heroínas de las novelitas románticas que lee. Por creer que la realidad es como pretenden las ficciones, Alonso Quijano y Emma sufren terribles quebrantos. (Vargas Llosa, 2002, pp. 20 - 21)

## ***La existencia***

La novela trata al hombre, pero específicamente surge de un lugar recóndito, interior y profundo: la existencia del ser humano. Una vez allí, explora, profundiza y juega con el material que observa. El lugar al que se refiere la novela es inagotable y extenso como el universo (Vásquez, 2018).

Kundera (2006) explica el *tema* de la novela como un examen de palabras fundamentales que se transforman en categorías de la existencia. En las novelas es común encontrarse con palabras significativas que atañen a la existencia del hombre como, por ejemplo, amor y muerte. Y con palabras como las mencionadas es posible, según Milan Kundera, escribir una novela.

La novela explora las posibilidades de la existencia humana. El personaje tiene ante sí un abanico de caminos por recorrer; pero el novelista, para realizar un trabajo acabado, decide alguna de las múltiples posibilidades y selecciona algunas palabras que abordará en la novela. No es posible que una novela abarque la totalidad de las posibilidades, sino únicamente una posibilidad o varias entre la totalidad de las posibilidades de la existencia humana. Kundera (2006) explica lo dicho tomando como ejemplo la obra de Franz Kafka:

En Kafka, todo esto está claro: el mundo kafkiano no se parece a ninguna realidad conocida, es una *posibilidad extrema y no realizada* del mundo humano. Es cierto que esta posibilidad se vislumbra detrás de nuestro mundo real y parece prefigurar nuestro porvenir. Por eso se habla de la dimensión profética de Kafka. Pero, aunque sus novelas no tuvieran nada de profético, no perderían su valor, porque captan una posibilidad de la existencia (posibilidad del hombre y de su mundo) y nos hacen ver lo que somos y de lo que somos capaces. (pp. 59 - 60)

### ***La inmoralidad***

La novela no tiene como finalidad expresar preceptos para guiar la conducta moral, ideológica o política de las personas. Cualquier intento por interpretar la novela de esa manera está en contravía con lo que en esencia es (Vásquez, 2018). Pese a lo anterior, se han escrito novelas que tiene el propósito de aconsejar moralmente a sus lectores como, por ejemplo, las novelas escritas por Paulo Coelho de Souza; algunas otras novelas responden a programas políticos, como las novelas escritas por Albert Camus.

La novela es incompatible con universos totalitarios. La ideología monolítica que informa un Estado totalitario es incompatible con la novela, que es el lugar donde todas las ideas son posibles e igualmente válidas. Vargas Llosa (2002) dice que los inquisidores españoles prohibieron la novela en las colonias hispanoamericanas porque fueron los primeros en entender que la novela hace que el lector salga de sí mismo, así sea de manera ilusoria, y experimente la libertad.



La situación moral del hombre en las sociedades occidentales hace que sea necesario separar de alguna manera el bien del mal. De esta suerte, y debido a que algunas novelas no hablan moralmente, la novela ha gozado de mala prensa: se ha considerado que es inútil y sediciosa. La fuerza trasgresora de la novela, para el sujeto moral, consiste en que es ambigua y relativa. Kundera (2006) ilustra lo dicho haciendo referencia a los personajes Ana Karenina y K.:

El hombre desea un mundo en el cual sea posible distinguir con claridad el bien del mal porque en él existe el deseo, innato e indomable, de juzgar antes que de comprender. En este deseo se han fundado religiones e ideologías. Estas no pueden conciliarse con la novela sino traduciendo su lenguaje de relatividad y ambigüedad a un discurso apodíctico y dogmático. Exigen que alguien tenga la razón; o bien Ana Karenina es víctima de un déspota de cortos alcances o bien Karenin es víctima de una mujer inmoral; o bien K., inocente, es aplastado por un tribunal injusto, o bien tras el tribunal se oculta la justicia divina y K. es culpable.

En este «o bien-o bien» reside la incapacidad de soportar la relatividad esencial de las cosas humanas, la incapacidad de hacer frente a la ausencia de Juez supremo. Debido a esta incapacidad, la sabiduría de la novela (la sabiduría de la incertidumbre) es difícil de aceptar y comprender. (pp. 17 - 18)

### *Otros aspectos de la novela*

No hay una línea que separe de manera precisa la historia (lo que efectivamente sucedió en el plano fáctico en un momento determinado) y la novela. En muchas ocasiones en la historia hay mentira y en la novela hay verdad y viceversa. La narración histórica, como la narración novelística, estará compuesta por algo que se recuerda, algo que se inventa y algo que se olvida (Vásquez, 2018). Narrar fielmente los hechos tal y como ocurrieron es una tarea imposible. En este sentido, si bien no es su propósito, la novela ha sido utilizada, en algunas ocasiones, para realizar ejercicios de memoria: en Colombia, por ejemplo, un pasaje de la obra “Cien años de soledad”, escrita por Gabriel García Márquez, sirve para recordar la “Masacre de las Bananeras”, ocurrida en la noche del 05 al 06 de diciembre de 1928 en Ciénaga, Magdalena, donde fueron masacrados

por el ejército nacional trabajadores colombianos de la empresa multinacional estadounidense United Fruit Company.

La novela, como lo indica Kundera (2006), tiene una extraordinaria facultad integradora: la filosofía no está en condiciones de integrar la novela. En los textos de filosofía no se puede hacer novela, sin embargo, algo diferente ocurre en la novela: en este campo es posible hacer filosofía, poesía, ciencia, sin que pierda ningún rasgo característico de su identidad.

### **El novelista**

Kundera (2006) define el *novelista* como “un explorador de la existencia” (p. 61). El novelista realiza la exploración en un lugar profundo de la existencia del ser humano, después cuenta a los lectores lo que vio, arrojando algunas respuestas sobre preguntas de temas fundamentales, como amor y muerte. Hay dos posiciones sobre el quehacer del novelista: según la primera, el novelista es ajeno a lo que escribe, toda vez que no convergen en las novelas sus memorias, sus posiciones políticas y morales. Según la segunda posición, la subjetividad del novelista aparece en la novela.

La primera posición la representa Kundera (2006), que afirma que el novelista no plasma en sus escritos su visión del mundo o sus inclinaciones morales o políticas. Él hace a un lado sus inclinaciones morales, políticas y económicas en el acto de escribir para adentrarse en las profundidades de la existencia:

El novelista no hace demasiado caso a sus ideas. Es un descubridor que, a tientas, se esfuerza por desvelar un aspecto desconocido de la existencia. No está fascinado por su voz, sino por la forma que persigue, y sólo las formas que responden a las exigencias de su sueño forman parte de su obra. Fielding, Sterne, Flaubert, Proust, Faulkner, Céline.

El escritor se inscribe en el mapa espiritual de su tiempo, de su nación, en el de la historia de las ideas.

El único contexto en el que se puede captar el valor de una novela es el de la historia de la novela europea. El novelista no tiene que rendirle cuentas a nadie, salvo a Cervantes. (Kundera, 2006, p. 170)

Con *sabiduría de la novela* Kundera (2006) hace referencia a una voz que escucha el novelista diferente a su propia voz moral, y ejemplifica lo dicho refiriéndose a León Tolstói:

el novelista no es portavoz de nadie y llevo esta afirmación hasta el punto de decir que ni siquiera es portavoz de sus propias ideas. Cuando Tolstoi esbozó la primera variante de *Ana Karenina*, Ana era una mujer muy antipática y su trágico fin estaba justificado y merecido. La versión definitiva de la novela es muy diferente, pero no creo que Tolstoi hubiera cambiado entretanto sus ideas morales, diría más bien que, mientras la escribía, oía otra voz distinta de la de su convicción moral personal. Oía lo que yo llamaría la sabiduría de la novela. Todos los auténticos novelistas están a la escucha de esa sabiduría suprapersonal, lo cual explica que las grandes novelas sean siempre un poco más inteligentes que sus autores. Los novelistas que son más inteligentes que sus obras deberían cambiar de oficio. (p. 186)

La segunda posición la comparte Albert Camus. En sus novelas se objetivan sin ambages las posiciones morales y políticas que comparte. Cante & Agudelo-González (2012) dicen que Camus fue un escritor comprometido con los más débiles de la sociedad y que mediante su obra ejerció una acción política:

Camus revitalizó la relación entre la literatura y la política: aportó una obra comprometida y crítica, sin dejar de lado los parámetros estéticos que le significarían un reconocimiento a nivel mundial; también pudo fortalecer la relación entre la producción literaria y la acción política, llevándola más allá de una natural correspondencia entre la obra y la realidad social. (p. 102)

## **Especies de la novela**

Las especies del género narrativo “novela” están determinadas por el conjunto de aquellos elementos similares que se repiten en un buen número de novelas y que sirven para identificar, agrupar y clasificar las novelas. Existen muchas especies de la novela, que con el paso del tiempo se han ido reconociendo: la novela negra (novela policial), la novela humorística, la novela de terror, la novela realista, entre otras. Se realizará un acercamiento a dos especies de la novela: la novela epistolar y la novela de aprendizaje.

### *Novela epistolar*

En la cultura occidental, cuando no existían los medios de comunicación contemporáneos, la carta fue utilizada para transmitir mensajes entre personas distanciadas. Su uso frecuente hizo que la carta se perfeccionara y aparecieran una serie de reglas para escribirlas: lugar y momento de la escritura, identificación del destinatario, saludo, cuerpo del mensaje, despedida e identificación del remitente; era necesario, además, lograr un caligrafía y sintaxis decentes. Lo anterior hacía de la carta un objeto de contemplación, debido a su expresiva belleza, que dio lugar, en el siglo XVIII, a una forma del arte: la novela epistolar.

La característica fundamental de la novela epistolar, según Spang (2000), es el predominio de la comunicación mediante cartas, el diálogo prevalece sobre la narración. Por regla general, el narrador, cuando existe en la novela epistolar — hay casos en los cuales no existe narrador—, es un personaje de la trama de la novela; pero en algunas ocasiones el narrador se presenta como un sujeto por fuera de la historia y cumple con la función de organizar, introducir y comentar las misivas.

Los intervinientes en la comunicación epistolar reciben el nombre de remitente (autor) y destinatario (la persona a quien va dirigida la carta). Según el número de participantes, se puede hablar de tres formas comunicativas en la novela epistolar: *comunicación epistolar polilógica*, cuando el diálogo se da entre dos o más hablantes; *comunicación epistolar monológica*, cuando solo existe el remitente de las cartas sin que aparezca la respuesta del destinatario; sin embargo, es posible que las cartas del remitente hagan referencia a respuestas del destinatario; *comunicación*

*epistolar mixta*, cuando además del o los artífices de las cartas (remitente y/o destinatario) se introduce la voz de un narrador extraepistolar (Spang, 2000).

En la novela epistolar, la distancia espacial es una característica importante debido a que es la situación que justifica la comunicación por medio de las misivas; no sería apropiada la comunicación mediante cartas entre personas que no se encuentran distanciadas; el contacto presencial haría que las cartas sobraran. La distancia temporal también es relevante, debe existir un lapso entre las diversas misivas, entre carta y carta debe haber un intervalo de tiempo (Spang, 2000).

Según Spang (2000), en la novela epistolar existen *dos niveles de ficción*: el primer nivel es la historia que da lugar a que se redacten las cartas, y el segundo nivel es la historia construida al interior de las cartas. Por lo general, el primer nivel goza de un grado más alto de verosimilitud que el segundo nivel.

Es interesante cómo Spang (2000) caracteriza la trama de las cartas que componen la novela epistolar:

Las cartas suelen tener un carácter episódico, en el sentido de constituir fragmentos de una historia total, pero también pueden tener una autonomía mayor guardando una independencia notable unas frente a otras, hasta constituir historias paralelas unidas solo por la o las mismas figuras. De todos modos tendrán, en la mayoría de los casos, su principio, medio y fin aunque estos sean precarios y después se inserten en una historia de mayor envergadura que a su vez puede tener la misma tripartición estructural de inicio, medio y fin. (pp. 650 – 651)

“Carta de una desconocida”, del escritor austriaco Stefan Zweig, es una novela epistolar: hay presencia de un narrador extraepistolar, que introduce la única carta de la novela, contextualiza sobre el destinatario (el novelista R.), indica el lugar de lectura de la carta (la casa del novelista en Viena). Un rasgo particular de la novela en cuestión, con respecto a las reglas de la especie, es que en ningún momento se rebela el nombre de la remitente, ni al finalizar la carta que suscribe, ni en

su contenido. De acuerdo con la caracterización descrita anteriormente para esta especie de novela, están los “dos niveles de ficción” (la historia que da lugar a la redacción de la carta e historias al interior de la carta). En la novela hay una cercanía con el género biográfico, porque en la misiva la remitente relata su vida desde su niñez hasta que escribe la carta, en su adultez. Los temas principales de la novela son el amor, la obsesión, la idealización y el secreto.

La novela referida del escritor austriaco trata de lo siguiente: Un día en la mañana, después de unas vacaciones, el novelista R. encuentra en su correspondencia una carta aparentemente sin remitente y se dispone a leerla: la primera línea dice “mi hijo murió ayer” (Zweig, 2002, p.6). Acto seguido la remitente advierte al novelista R., entre líneas, que si recibió la carta es porque quien la escribió murió. Se presenta la remitente como una mujer que hacía quince o dieciséis años, aproximadamente, cuando era adolescente, fue vecina del novelista en Viena durante dos años; sin tratar con el novelista, se enamora, le guarda veneración y fidelidad. La madre de aquella mujer (de la remitente) era viuda y se casa nuevamente, por lo cual se mudan de su apartamento en Viena para Innsbruck. Dos años después, la mujer regresa a Viena con el objetivo de reencontrarse con R.; cuando lo logra, percibe que el novelista no la recuerda. Después de un par de encuentros poco frecuentes entre la mujer y R. en el restaurante y en el apartamento de R., la mujer se da cuenta de que está embarazada del novelista y huye. Sola durante el embarazo, sufre muchas penalidades por falta de recursos económicos; para darle una mejor calidad de vida al hijo de R., que acababa de nacer, decide prostituirse. Le confiesa a R., en la carta, que el hijo muerto al cual hace referencia es su hijo. Finalmente, el novelista, después de leer la carta, en medio de recuerdos confusos y oscuros, valida haber conocido a la remitente (Zweig, 2002).

En “Carta a una desconocida” hay mucho suspenso; el texto produce en el lector intriga y sorpresa, pero sobre todo describe la idealización y la obsesión en el amor: la remitente de la carta, desde niña y sin conocer al novelista, lo recrea en su mente como una persona pulcra, inteligente, honorable y toda su existencia gira en torno a él (Zweig, 2002).

### *Novela de aprendizaje*

El término alemán *bildungsroman* puede ser traducido al español como *novela de aprendizaje*, *novela de formación* o *novela de autoformación*. En ella se “muestra el desarrollo físico, psicológico, moral o social de un personaje generalmente desde la infancia hasta la madurez” (López, 2013, p. 63).

Esta especie de novela se identifica en el siglo XIX, para hacer referencia a la obra “Los años de aprendizaje de Wilhelm Meister”, escrita por Goethe. A partir de este caso, la especie se objetivó en nuevas obras, ahora canónicas: “La montaña mágica”, de Thomas Mann, “El retrato del artista adolescente”, de James Joyce, “Grandes esperanzas”, de Dickens, y “Demian”, de Hermann Hesse, entre otras ampliamente conocidas.

La novela de aprendizaje tiene las siguientes características, según López (2013), enfocadas todas en el protagonista, personaje principal o “héroe”:

En primer lugar, el personaje principal es una persona joven, generalmente hombre<sup>5</sup>. Autores importantes de la teoría literaria, como Luckács y Franco Moretti, cuando hacen referencia a la novela de aprendizaje, se han detenido en caracterizar al personaje principal como solitario, aislado, confundido, en una constante búsqueda del sentido de la vida; en segundo lugar, el protagonista presenta un conflicto personal con respecto al contexto en el que vive: puede mostrarse como una persona demasiado inteligente con respecto al mundo que lo rodea o no soportar la autoridad, pero en el transcurso de la novela aprende de las experiencias por las que pasa; en tercer lugar, al final de la novela, el protagonista no muere ni recibe daños irreparables: suele terminar con un final feliz (López, 2013).

El objetivo principal de la narración en la novela de aprendizaje, más allá de detenerse en las relaciones entre los personajes, investigaciones o aventuras, es el proceso de maduración del protagonista. La novela de aprendizaje se caracteriza por ceder un lugar vasto a la voz interna del “héroe”; el resto de los personajes y la trama giran alrededor de él. Como es tan importante el

---

<sup>5</sup> Debido al contexto del nacimiento de esta especie de novela, en que el papel de la mujer en la sociedad estaba rezagado, por lo general las aventuras y hazañas del personaje principal las vivía un hombre.

mundo psicológico del protagonista, es normal encontrar recuerdos, alusiones a vivencias personales y monólogos interiores (López, 2013).

En ocasiones, se ha confundido la novela de aprendizaje con la novela de caballería, la novela autobiográfica y la novela picaresca, debido a su similitud; sin embargo, se diferencian porque la novela de caballería no está enfocada principalmente en el cambio y evolución del personaje principal, por lo cual se pierde el elemento de “aprendizaje”; la novela autobiográfica supera los límites de la juventud del protagonista, llevando la narración hasta la vejez o la muerte; en la novela picaresca el protagonista no se integra a la sociedad, sino que vive al margen de ella (López, 2013).

En algunos textos se destaca como rasgo fundamental de la novela de aprendizaje una función propedéutica, circunscrita a programas educativos o disciplinares para los adolescentes y se analiza el personaje principal como un modelo a imitar o rechazar.

“Demian”, de Hermann Hesse, es una novela de aprendizaje: el narrador de la novela es el mismo personaje principal o “héroe”, llamado Emil Sinclair, y las vivencias que cuenta desde la niñez hasta la adultez son una selección de los recuerdos más importantes de su vida. En la novela, el personaje principal está en conflicto con el mundo exterior — el que excede de la casa de sus padres—, y después en conflicto con el mundo interior — la subjetividad—. A través de las experiencias, algunas dolorosas, se trasciende y avanza a un nivel de comprensión del mundo exterior e interior. Los temas principales de la novela son la juventud, los dioses, la espiritualidad y la moral.

La trama de la novela: Emil Sinclair, niño de 10 años, estudiante de primaria, vive con su madre, padre y hermanas, en una casa donde le tratan con amor y respeto. Un día, al salir de la escuela, los niños contaban travesuras: Sinclair, que era juicioso y dedicado, no tenía travesuras que contar; inventa un pequeño robo y se lo cuenta a sus amigos. Uno de estos, llamado Franz Kromer, amenaza a Sinclair con ir a contar sobre el robo si no le entregaba dinero. Durante las semanas siguientes, Sinclair le entrega dinero a Kromer, pero la deuda nunca queda saldada, siempre le queda debiendo una parte. Este problema se convierte para Sinclair en una situación



difícil, se enferma en constantes ocasiones, siente pánico, se siente malvado, siente que estaba traicionando a sus padres, ve en el mundo exterior una extensión de lo que para él representaba Kromer: amenaza, peligro e indefensión. Cierta día, poco después de haberle entregado dinero a Kromer, Sinclair se encuentra con otro estudiante de la escuela, llamado Demian. Este se caracteriza por ser un chico de carácter fuerte, inteligente y sabio, pero sobre todo de una capacidad crítica con los asuntos religiosos. Después de unas cuantas preguntas, Demian logra que Sinclair le hable de los problemas con Kromer. Demian le hace entender a Sinclair que no debe temer. Sinclair refiere que después de la conversación con Demian, Kromer no lo volvió a molestar; entiende que Demian hizo algo por él (Hesse, 2016).

El problema anterior quedó solucionado. Sinclair comprendió que solo se teme a quien se le da poder sobre uno mismo. Sin embargo, aparecen profundas preguntas espirituales. Se mudó a un internado para estudiar la secundaria y allí se transforma: comienza a percibir la magia del bar, le atrae el alcohol y el tabaco. Siente que el mundo se divide entre lo bueno y lo malo, percibe que en el hombre predomina lo malo. Lo malo es lo entretenido y lo bueno es lo aburrido. Poco a poco se da cuenta de que el bar y las sustancias que allí consume no lo satisfacen y comienza a pintar. Un día, en el colegio encuentra una nota que dice: “El pájaro rompe el cascarón. El cascarón es el mundo. Quien quiera nacer, tiene que destruir un mundo. El pájaro vuela hacia Dios. El dios se llama Abraxas” (Hesse, 2016, p. 106). Presiente que la nota se la envió Demian. En las clases de colegio y con un amigo teólogo y organista, llamado Pistorius, entiende que el dios Abraxas es el dios que se compone de lo divino y lo malvado y con esto supera el problema de su visión moral y dualista, porque el mismo dios es uno, no admite dualidad (Hesse, 2016).

Sinclair va a la universidad a estudiar filosofía. En un paseo cerca de la universidad se encuentra con Demian, quien, después de charlar, lo invita a su casa. En varias visitas comparten apreciaciones y estudios sobre la espiritualidad, advierten que viven en una sociedad que cambia sus valores y presienten que algo nuevo, una gran transformación, se avecina. Estalla la guerra con Rusia. Sinclair reflexiona sobre la vehemencia de los hombres para ir a la guerra, y piensa que se debe a una pulsión interior para destruir. Sinclair y Demian son reclutados para la guerra y lastimados. La última vez que Sinclair ve a Demian es mientras son atendidos después de ser heridos. Demian le manifiesta a Sinclair que cuando lo necesite busque en su interior (Hesse, 2016).

En otras de las novelas de Hermann Hesse, el novelista narra situaciones de grandes búsquedas espirituales. La culpa, el bien y el mal, los dioses y la música son asuntos que de manera recurrente aparecen en los textos escritos por Hesse. La novela “Demian” muestra la búsqueda del niño y el adolescente, pero Hesse hace que el “héroe” encuentre todas las respuestas en el interior de sí mismo.

### *El concepto de transducción*

Desde hace un par de milenios y hasta la actualidad existe una inquietud por saber lo que dice una obra de arte. Esto supone diferenciar entre la forma y el contenido: una cosa es lo que dice el signo, la imagen, las notas musicales y otra cosa es lo que significan. Esta diferencia — entre la forma y el contenido— está ligada al acto de interpretar: cuando se quiere determinar el contenido necesariamente se tendrá que proponer una interpretación. ¿Cómo nació la interpretación del texto? ¿Desde cuándo se hizo la distinción entre la forma y el fondo? Sontag (2005) da una respuesta:

La interpretación apareció por vez primera en la cultura de la antigüedad clásica, cuando el poder y la credibilidad del mito fueron derribados por la concepción «realista» del mundo introducida por la ilustración científica. Una vez planteado el interrogante que acuciaría a la conciencia posmítica -el de la similitud de los símbolos religiosos-, los antiguos textos dejaron de ser aceptables en su forma primitiva. Entonces, se echó mano de la interpretación para reconciliar los antiguos textos con las «modernas» exigencias. Así, los estoicos, a fin de armonizar su concepción de que los dioses debían ser morales, alegorizaron los rudos aspectos de Zeus y su estrepitoso clan de la épica de Homero. Lo que Homero describió en realidad como adulterio de Zeus con Latona, explicaron, era la unión del poder con la sabiduría (p. 28).

Desde entonces no solamente se interpreta el texto, también la música, la pintura, la escultura, los acontecimientos, entre otros. Los que hacen legibles los mensajes objetivados en esos distintos materiales (imágenes, sonidos, etc.) operan como intermediarios entre el que pone en

circulación el mensaje (el autor de la composición literaria, musical o pictórica) y aquellos que, por cualquier razón, están dispuestos a recibirlo.

Para tratar el concepto de transductor es necesario hacer referencia a la comunicación y al papel que la interpretación tiene en el proceso comunicativo. El esquema básico de comunicación humana exige mínimo los siguientes elementos: emisor, mensaje, intermediario y receptor (G. Maestro, 2017). Actualmente el intermediario desempeña una función principal en el proceso de comunicación porque enlaza al autor y al receptor. El intermediario recibe el nombre de transductor. Este concepto ha sido desarrollado por el profesor Jesús G. Maestro, quien lo define como un sujeto cualificado y de poder que interpreta signos lingüísticos y los transmite. Dicha transmisión implica necesariamente una transformación del sentido del texto. En palabras del profesor G. Maestro (2017):

El vocablo transducción procede del latín *transductio*, *-tionis*, cuyo sentido era el de transmisión (*ducere*, «llevar») de algo a través de (*trans-*) un determinado medio que actúa sobre el objeto, provocando en él ciertas transformaciones. Transductor sería, pues, el agente que transmite o lleva (*ductor-oris*) un objeto que por el hecho mismo de ser transmitido es también transformado, como consecuencia de la implicación o interacción con el medio a través (*trans-*) del cual se manifiesta (p. 462).

G. Maestro (2017) usa el siguiente ejemplo:

Cualquier editor del Quijote (fijación del texto, formato del volumen, traducciones posibles, ilustraciones, erratas, etc...) ha mediatizado nuestra lectura e interpretación del Quijote. Y lo mismo sucede con cualquier otra obra literaria o discurso escrito. Desde este punto de vista comprendemos cómo Avellaneda se convierte en el primer intérprete creativo de la novela cervantina, al publicar en 1614 su versión apócrifa de la segunda parte del Quijote, que constituye sin duda la mejor y más completa interpretación contrarreformista de esta obra (p. 470).

¿Pero qué sujeto específico dentro del ámbito literario es transductor? Si la figura del autor parece estar invisibilizada y el lector carece de voz pública, el transductor es el crítico literario. Este impone y difunde sus propias interpretaciones, que luego son aceptadas y reproducidas por los lectores. Al respecto G. Maestro (2017) dice:

(...) la teoría literaria de los últimos años es una teoría literaria hecha por «intermediarios»: el crítico ha desplazado por completo al autor, y ha construido una dilatada poética de códigos y formas canónicas de interpretación, basadas cada una de ellas en una idea diferente de literatura, como justificación sexual, bandera ideológica, tendencia estética, ideal nacionalista, o baluarte conservador, etc... (p. 468).

El crítico literario es un intérprete, transformador de la obra y figura de poder — transductor— que una vez lee las ideas objetivadas del autor en una obra toma partido sobre los materiales literarios y da a conocer al público — lectores— sus opiniones con la pretensión de que su interpretación sea acogida, bien estimada y reproducida.

La identificación de las especies, como la novela de aprendizaje o la novela epistolar, que pueden ser adscritas a un género mayor (la novela), es posible, en buena medida, gracias al trabajo de los transductores. Una vez una pieza artística es puesta en circulación, por el trabajo del autor y del editor, su recepción por el público lector provoca esa especial forma de interpretación que es la clasificación: ya no se trata de cualquier texto, sino que se trata de una novela de aprendizaje. Sin el trabajo propio de la crítica (la transducción) tales identificaciones serían imposibles, y sin las influencias (materiales literarios disponibles) que impactan el trabajo de los autores, no se podrían potenciar los rasgos (el aprendizaje) propios de la especie. Con otras palabras: una novela como “Demian” no solamente es una novela, con una trama legible y unos personajes reconocibles, sino que es una novela en la que se objetivan los rasgos propios de una especie (la novela de aprendizaje) que la crítica ha codificado y que los distintos autores, incluido el propio Hesse, de alguna manera reconocen para poderlos potenciar.

## TERCERA PARTE: PRECEDENTE JUDICIAL COMO TRADICIÓN LITERARIA

### El precedente judicial

#### El concepto de precedente judicial

Desde un punto de vista histórico, el precedente judicial proviene del sistema de derecho anglosajón (*Common law*); en el sistema jurídico romano-germánico (*Civil law*) no se hacía referencia a “precedente judicial”, sino a “jurisprudencia”. El precedente judicial toma fuerza en Colombia finalizando el siglo XX y durante el siglo XXI. Actualmente, en el derecho colombiano, el precedente judicial tiene implicaciones de suma importancia para el trabajo de los operadores jurídicos — como se explicará más adelante— que hacen de la institución jurídica un asunto de interés académico y de utilidad práctica.

*Precedente*, según la RAE, es “Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta” (Real Academia Española, s.f., definición 3); y el significado de la palabra *judicial* es “Perteneiente o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura” (Real Academia Española, s.f., definición 1). El precedente judicial está fundamentado en un principio básico y antiquísimo de la administración de justicia, según el cual “los casos similares deben ser decididos de manera similar”. Con lo dicho, *precedente judicial* hace referencia a que los decisores están obligados a acatar la *ratio decidendi* de las sentencias previas que resuelven controversias similares a la que ahora se decide (Quinche, 2020).

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia hito T - 292 de 2006<sup>6</sup>, explicó un aspecto de suma importancia del precedente judicial: lo vinculante, en el precedente judicial, es la *ratio decidendi* de la sentencia o conjunto de sentencias que deberá acatar el decisor o la autoridad para la solución del problema jurídico. La *ratio decidendi* — como se dijo en el capítulo anterior— es la regla o norma en la cual se apoya la decisión del caso.

---

<sup>6</sup> Lo dispuesto en la sentencia T - 292 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana, fue confirmado en las sentencias T - 104 de 1993 y SU - 047 de 1999 de la misma corporación.

Cuando al ordenamiento jurídico de un Estado se incorpora un sistema de precedente judicial, por regla general, el decisor no es artífice de soluciones nuevas en el caso que analiza, sino que sigue las reglas antecedentes fijadas en las sentencias por otros decisores.

Los principales argumentos y razones que respaldan la incorporación del precedente judicial a un ordenamiento jurídico son la unidad y coherencia del ordenamiento, la garantía del derecho a la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

Carlos Bernal Pulido, citado por Quinche (2020), dice que si la jurisprudencia cumple con los cuatro elementos o propiedades que hacen que una norma resulte obligatoria, entonces la jurisprudencia es obligatoria. Estos elementos son: la existencia de una norma jurídica que prescribe la realización u omisión de una conducta, la existencia de un destinatario que tenga el deber jurídico de realizar u omitir una conducta, la existencia de un titular que pueda exigir la realización de la conducta y la existencia de una sanción para el destinatario en caso de inobservancia de la conducta. La jurisprudencia de las altas cortes de Colombia cumple con los elementos de obligatoriedad de las normas, de suerte que la jurisprudencia es obligatoria.

### **La clasificación del precedente judicial**

Quinche (2020) dice que la Corte Constitucional colombiana ha identificado cuatro clases de precedente judicial:

El *precedente aplicable*: es una sentencia anterior, con hechos y problemas jurídicos similares al caso que se analiza (pertinente), cuya *ratio decidendi* (regla que prohíbe, ordena o autoriza) sirve para resolver el problema jurídico en cuestión.

El *precedente horizontal*: alude a la obligación que tienen los decisores, los tribunales o las altas cortes de seguir su propio precedente. En este caso, el decisor es el principal llamado a cumplir el precedente que él mismo emite.

El *precedente vertical*: alude al sometimiento de los decisores a la jurisprudencia de los tribunales y las altas cortes. El precedente vertical parte de una estructura piramidal de los decisores. En este sentido, el decisor está obligado a estarse a lo decidido por el superior funcional.

El *precedente uniforme*: es una carga para las autoridades, encaminada a garantizar a las personas la igualdad de trato ante la ley, mediante el seguimiento del precedente judicial.

### **El precedente judicial de la Corte Constitucional colombiana**

En el capítulo anterior se hizo referencia al art. 230 de la Constitución para acreditar la tesis según la cual “es un acto de poder el que hace de la jurisprudencia fuente de derecho”. Sin embargo, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 ha hecho carrera una interpretación de dicho artículo que vale la pena conocer para entender la aplicación del precedente judicial en Colombia.

El art. 230 de la Constitución dice que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

El referido artículo constitucional, interpretado literalmente, se adecúa a una visión formalista del derecho, en la cual la jurisprudencia es criterio auxiliar de interpretación (no vinculante). Con el paso del tiempo, los operadores jurídicos, en especial los decisores de la Corte Constitucional, en varias sentencias<sup>7</sup>, entre ellas se resalta por su claridad expositiva la sentencia C - 539 de 2001, han entendido la palabra “ley” del art. 230 como “la totalidad del ordenamiento jurídico”. De tal manera, la lectura del artículo, bajo el entendimiento que le da la Corte Constitucional, sería: “Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la totalidad del ordenamiento jurídico”.

Este cambio en la interpretación del art. 230 constitucional se debe a una *mutación constitucional* que define Quinche (2020), apoyado en Carlos Bernal:

---

<sup>7</sup> C - 588 de 2009, C - 486 de 1993 y C - 836 de 2011, entre otras.

Una mutación constitucional es una reforma de la Constitución que deja inalterado el texto formal del documento constitucional y que se lleva a cabo en la práctica jurídica. La mutación no está acompañada de la intención de reformar la Constitución ni de la conciencia de estar haciéndolo. (p. 5)

La Corte Constitucional, en un acto de poder, mediante su jurisprudencia, cambió el entendimiento del art. 230 de la Constitución Política. Desde entonces, la interpretación obligatoria que los operadores jurídicos deben darle a dicho artículo consiste en afirmar que los decisores no solo están sometidos al imperio de la ley, sino también al precedente judicial, a los tratados internacionales suscritos por Colombia, a la Constitución Política, a los decretos y a las demás normas que componen el ordenamiento jurídico.

Es de resaltar que la Corte Constitucional, como ella misma lo indicó en la sentencia C - 131 de 1993, establece la fuerza jurídica de sus propios fallos. De manera general, la Corte ha fijado que sus fallos tienen fuerza vinculante para las autoridades, los particulares y los ciudadanos. A continuación se hablará de la vinculatoriedad de los tres tipos de sentencias que emite la Corte Constitucional de Colombia, con sus respectivas particularidades:

En las sentencias tipo “C” (Sentencias de constitucionalidad), la Corte Constitucional decide sobre la exequibilidad o inexecutable — adecuación o no a la Constitución Política— de una ley sometida a control constitucional. La parte resolutive de estas sentencias es vinculante para todas las autoridades y los sujetos del Estado, debido a que tiene efectos *erga omnes*, y de ella se predica cosa juzgada constitucional; también son de obligatorio cumplimiento aquellos conceptos que directamente están sustentando el *decisum* (*ratio decidendi*). En conclusión, la *ratio decidendi* y *el decisum* de las sentencias tipo “C” son de obligatorio acatamiento para las autoridades, los particulares y los ciudadanos (Sentencia C - 131 de 1993 de la Corte Constitucional).

En las sentencias tipo “SU” (Sentencias de unificación de tutela), la Corte Constitucional unifica el alcance y contenido de los derechos fundamentales amparados por la acción de tutela. La *ratio decidendi* de estas sentencias es vinculante para todas las autoridades y los sujetos del



Estado; y el *decisum* tiene efectos *interpartes*, es decir que lo deben cumplir las partes del proceso (Sentencia C - 539 de 2011 de la Corte Constitucional).

En las sentencias tipo “T” (Sentencias de tutela), la Corte Constitucional eventualmente revisa algunos fallos de tutela que se han emitido en todo el territorio nacional y, al igual que en las sentencias tipo “SU”, determina el alcance de los derechos fundamentales. La *ratio decidendi* de estas sentencias es vinculante para todas las autoridades y los sujetos del Estado; no obstante, en este tipo de sentencias, los decisores pueden apartarse del precedente judicial siempre que argumenten de manera suficiente los motivos de su disenso. El *decisum* tiene efectos *interpartes*, pero en algunos casos la Corte Constitucional extiende los efectos de la decisión para personas que se encuentren en situaciones similares<sup>8</sup>, de conformidad con el art. 13 de la Constitución Política y art. 23 del Decreto 2591 de 1991 (Sentencia C - 037 de 1996 de la Corte Constitucional).

### **El precedente judicial del Consejo de Estado**

El juez administrativo, bajo los preceptos de la Constitución Política de Colombia y la Ley 1437 de 2011 — Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo— debe ejecutar actos propios de un juez constitucional. Por ejemplo, conoce de las siguientes acciones: acción de nulidad por inconstitucionalidad, acción de tutela, hábeas corpus, acción de cumplimiento, entre otras de carácter constitucional (Quinche, 2020).

El precedente judicial del Consejo de Estado de Colombia deja a un lado los presupuestos teóricos del formalismo jurídico, para inclinarse hacia un reformismo jurídico. Quinche (2020) afirma que el asunto más importante del cambio del estatuto procedimental y procesal administrativo, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, es la positivización y reconfiguración del precedente judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa.

---

<sup>8</sup> En las sentencias de la Corte Constitucional T - 406 de 1992, T - 414 de 1992 y T - 494 de 1992, se extienden los efectos de los fallos a personas que por fuera del proceso se encuentran en situaciones similares.

La Ley 1437 de 2011 adopta un sistema de precedente judicial, difuminado en el cuerpo normativo, en las siguientes disposiciones: el art. 2 dispone que las autoridades administrativas en sus actuaciones están vinculadas al principio de igualdad; el art. 10 establece que las autoridades deben aplicar las reglas contenidas en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado; el art. 102 obliga a las autoridades a extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado; y el art. 270 trata de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado.

Las anteriores disposiciones dan a entender que las autoridades administrativas y la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia están vinculadas al precedente judicial.

El art. 270 de la Ley 1437 de 2011 establece que se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las siguientes:

Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas [al] mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. (Las palabras agregadas entre corchetes están por fuera del texto original).

Estas sentencias de unificación del Consejo de Estado tienen fuerza vinculante no solo para las partes sino también para las autoridades administrativas y los decisores. De nada serviría la consagración de un sistema de precedente judicial sin el mecanismo jurídico para hacer efectiva su aplicación. Dicho mecanismo, que tiene como finalidad descongestionar la administración de justicia, recibe el nombre de “extensión jurisprudencial”. Por medio de él, las autoridades extienden las reglas de las sentencias de unificación del Consejo de Estado en que se haya reconocido un derecho a quienes soliciten y demuestren igualdad fáctica y jurídica (arts. 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011).

Las disposiciones citadas anteriormente dan cuenta de que existe un sistema de precedente judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia.

### **El apartamiento y el cambio del precedente judicial**

En el ordenamiento jurídico colombiano es posible que un decisor se *aparte* del precedente judicial. Para esto deberá, según las sentencias C - 836 de 2001 y T - 446 de 2013<sup>9</sup> de la Corte Constitucional, soportar dos cargas:

a. La *carga de transparencia*: el decisor deberá indicar de manera clara de cuál precedente judicial se está apartando y qué elementos está cambiando.

b. La *carga de argumentación*: el decisor deberá argumentar de forma suficiente los motivos por los cuales se aparta del precedente. Las razones pueden ser las siguientes: cambios normativos sobrevinientes que sean incompatibles con el precedente, el decisor anterior no valoró elementos dogmáticos posteriores, pronunciamientos de la Corte Interamericana con una visión diferente, entre otros.

De esta suerte, en el ordenamiento jurídico colombiano es posible que un decisor *cambie* el precedente judicial.

La Corte Constitucional puede cambiar su precedente judicial de conformidad con el art. 34 del Decreto 2591 de 1991 (Reglamento de la acción de tutela) y el art. 59 del Acuerdo 2 de 2015 (Reglamento interno de la Corte Constitucional); tal cambio deberá ser decidido por la sala plena. El cambio del precedente debe estar soportado por argumentos que lo justifiquen: al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C - 228 de 2002, ha relacionado algunas causales, de las cuales se destacan las siguientes: un cambio en el ordenamiento jurídico que soportaba el sentido del precedente, la necesidad de unificar precedentes cuando estos coexistan en el ordenamiento

---

<sup>9</sup> Otras sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la necesidad de soportar cargas para cambiar de precedente: C - 816 de 2011, C - 588 de 2012 y C - 621 de 2015.

jurídico y cuando el precedente se base en una doctrina en la cual hubo grandes controversias, entre otras.

El art. 103 de la Ley 1437 de 2011 establece que el cambio del precedente judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa debe estar suficientemente motivado; literalmente dice: “En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga”.

En caso de que el precedente judicial en Colombia sea desconocido por un decisor, sin cumplir con las cargas que se le imponen, se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 de la Constitución Política), a la igualdad (art. 13 de la Constitución Política); puede implicar la configuración del delito de prevaricato por acción (art. 413 de la Ley 599 de 2000) y constituye una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, establecida en la sentencia T - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.

Si quien desconoce el precedente judicial es la Corte Constitucional, tal decisión podría dar lugar a una causal de nulidad de sus sentencias, con fundamento en el art. 49 del Decreto 2067 de 1991 y art. 106 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento interno de la Corte Constitucional).

En la jurisdicción contenciosa administrativa existe el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial: se encuentra regulado en los arts. 256 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Tiene como finalidad la unidad de la interpretación del derecho, la aplicación uniforme del derecho y la reparación de daños. La Ley 1437 de 2011 establece como causal de dicho recurso el contraste entre la sentencia impugnada y una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

## **La tradición literaria**

### **El concepto de tradición literaria**

El concepto de tradición es utilizado con frecuencia en las disciplinas literarias. *Tradición*, según el DLE, es “Transmisión de noticias, composiciones literarias, doctrinas, ritos, costumbres, etc., hecha de generación en generación” y “Conjunto de rasgos propios de unos géneros o unas formas literarias o artísticas que han perdurado a lo largo de los años” (Real Academia Española, s.f., definición 1 y 5). García (2017) afirma que tradición es la recepción y recreación de temas, motivos, modelos, estructuras y contenidos de una obra literaria. El adjetivo *literaria* es definido por la RAE así: “Perteneiente o relativo a la literatura” (Real Academia Española, s.f., definición 1).

*Tradición literaria* hace referencia a la transmisión de precisos contenidos estéticos entre escritores, lectores e intérpretes. Una tradición literaria existe en virtud de las relaciones que los intérpretes de las obras tejen entre procedimientos compositivos, usados por distintos autores, que guardan alguna similitud. Las reglas de la tradición literaria se establecen en las obras literarias que se escriben y los críticos literarios las identifican y las transmiten.

Existen muchas tradiciones literarias. Los procesos de recepción, reproducción, reelaboración y cambio de una tradición literaria obedecen a factores como el país, la cultura, el idioma y las prohibiciones estatales para la circulación de ciertas piezas literarias.

Es difícil seguirle la pista a una tradición literaria. En el siglo pasado la ausencia de tradición literaria hispanoamericana había sido denunciada por el poeta mexicano Octavio Paz, el cual, según Laverde (2008), hacía un llamado a la crítica literaria para que pusiera a conversar las obras de los hispanoamericanos en términos de continuidad y ruptura, formando tradiciones. Son pocos los intérpretes que se han propuesto semejante empresa (exponer una tradición literaria); tal vez el más sobresaliente en esta labor ha sido el escritor mexicano Carlos Fuentes.

La tradición literaria es muy amplia: se podría decir que en cada género literario (narrativo, lírico y dramático) hay tradiciones. A continuación se bosquejará la tradición de la novela.

### **La tradición de la novela y su clasificación**

Carlos Fuentes, apoyado en Kundera, explica las dos principales tradiciones de la novela:

La *tradición de La Mancha*, explica Fuentes (2011), fue la tradición primigenia que Cervantes fundó con la creación del género. Esta tradición tiene como características principales la imaginación, el humor, la mezcla de géneros, el juego, la aventura y la poética. La base de esta tradición está compuesta por las siguientes novelas: “El Quijote”, de Cervantes, “Tristram Shandy”, de Laurence Sterne y “Jacques el Fatalista”, de Diderot.

Esta tradición es interrumpida por la *tradición de Waterloo*, que, según Fuentes (2011), es la tradición que se caracteriza por el realismo; se inspira en acontecimientos sociales como la Revolución Francesa y las Guerras Napoleónicas. La base de esta tradición está compuesta por “Rojo y negro”, de Stendhal, “La Comédie humaine”, de Balzac y “Crimen y Castigo”, de Fiódor Dostoyevski.

Se podría decir que el grado de verosimilitud es un elemento esencial que diferencia ambas tradiciones de la novela. En la tradición de La Mancha hay poca verosimilitud: Fuentes (2011) afirma que el tono de la novela “El Quijote” cambia cuando la imaginación de la locura de Don Quijote cede el paso a la verosimilitud:

En *Don Quijote*, el tono de la novela cambia radicalmente cuando el protagonista y Sancho Panza visitan a los Duques y éstos les ofrecen, en la realidad, lo que Don Quijote, antes, sólo poseía en la imaginación. El castillo es castillo, pero Don Quijote necesitaba que el castillo fuese, primero, venta. Privado de su imaginación, se convierte realmente en El Caballero de la Triste Figura y se encamina, fatalmente, a la muerte: “en los nidos de antaño no hay pájaros hogaño. Yo fui loco y ya soy cuerdo; fui don Quijote de la Mancha y soy ahora... Alonso Quijano el Bueno...”.

Con razón llamó Dostoievski al *Quijote* el libro más triste que se ha escrito, pues es la historia de una desilusión. Pero es también, añade el autor ruso, el triunfo de la ficción. En Cervantes, la verdad es salvada por una mentira. (p. 88)

En cambio, en la tradición de *Waterloo* se describen en la ficción los acontecimientos de la sociedad. Fuentes (2011), de forma somera, hace referencia a esta tradición con base en algunas novelas:

El movimiento social y la afirmación individual inspiran a Stendhal, cuyo Sorel lee en secreto la biografía de Napoleón; por [sic] Balzac, cuyo Rastignac es un Bonaparte de los salones parisinos; y por [sic] Dostoievski, cuyo Raskolnikov tiene un retrato del gran corso como único decorado de su buhardilla peterburguesa. (p. 80)

Kundera (2006) ha lamentado la interrupción de la desprestigiada herencia de Cervantes — tradición de La Mancha— por la tradición de Waterloo. Kundera decía que otra novela que cumpla con las reglas de la tradición de la Mancha está lejos de volverse a ver en la literatura. Sin embargo, Carlos Fuentes (2011) dice haber encontrado en América Latina un novelista que aprehendió la tradición que inició Cervantes: Joaquim Machado de Assis, brasilero, que en el siglo XIX escribió en portugués la novela “Memorias póstumas de Blas Cubas”. No deja de parecer curioso que la herencia de Cervantes no la haya retomado un hispanohablante. Dicha novela, advierte Fuentes (2011), está caracterizada por el humor, la ironía, la melancolía, la conversación constante con el lector y la simultaneidad del tiempo.

### **El cambio en la tradición de la novela**

Carlos Fuentes es riguroso al estudiar las tradiciones de la novela conformadas, y hace énfasis continuamente en la necesidad de cambiar de tradición, dando lugar a una nueva creación:

Hay dos cosas que nos alarman: por un lado, la actualidad, y por otro, el pasado que niega la posibilidad de una nueva creación, el pasado que reclama obediencia, el homenaje al pasado como pasado. Así, el novelista niega las dos cosas. Hay un pasado presente en la novela pero también un presente pasado. Estamos obligados por la tradición, estamos obligados por la creación y no podemos separar las dos nociones. Eso es lo esencial. (Fuentes, 2012, p. 13)

En una entrevista sobre la cuestión que venimos tratando, Carlos Fuentes dice que en la novela contemporánea hay una crisis de la tradición de La Mancha y de la tradición de Waterloo. En este sentido, hace la siguiente propuesta:

Estamos viendo cómo quizá rebasar las dos tradiciones, pero no sacrificando ninguna. Y creando una novela potencial, una novela del futuro, que tenga que ver con las dos tradiciones pero que, sobre todo para mí, recupere la tradición cervantina, la tradición de la Mancha, que es la que hemos perdido. (Fuentes, 1989, p. 645)

Las dos tradiciones de la novela reseñadas anteriormente, y los comentarios de Carlos Fuentes sobre el cambio de tradición de la novela, de manera implícita sugieren una idea muy importante cuando de estudiar la tradición literaria se trata: la tradición de la novela y, en general, la tradición literaria puede transformarse. Nacida la tradición literaria, durante algún tiempo permanecen sus interpretaciones, pero se transforman y dan lugar a una nueva tradición. Eso fue lo que sucedió, precisamente, con la tradición de La Mancha.

### **El precedente judicial como tradición literaria**

Anteriormente se trataron las relaciones entre el derecho y la literatura. Una de esas relaciones permite hablar del derecho como literatura. En este sentido, hay una estructura común que, en síntesis, permite afirmar que los jueces que aplican el derecho a los casos concretos actúan de acuerdo con patrones que pueden identificarse también en la labor del crítico que interpreta y valora la literatura.

Para ilustrar la estructura común se usará la tradición de La Mancha y el precedente judicial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia.

### **La tradición de la Mancha**



Como se había indicado, Carlos Fuentes (2011) señaló en el mapa literario las obras que componen la tradición de la Mancha: “El Quijote”, de Cervantes, “Tristram Shandy”, de Laurence Sterne, “Jacques el Fatalista”, de Denis Diderot y “Memorias póstumas de Blas Cubas”, de Joaquim Machado de Assis; estas obras tienen en común el grado alto de inverosimilitud, el humor, la mezcla de géneros, el juego, la aventura y la poética.

### **“El Quijote” de Cervantes**

La primera parte de *Don Quijote* fue publicada en 1605. Cuenta la historia de un hidalgo, metido en una vieja armadura, sobre un jamelgo y su compañero, un campesino gordo, montado en un asno; ambos recorren La Mancha. Los mueve un sueño, o más bien, una ficción: vivir la libertad y realizar la justicia que otrora existía en los tiempos de los caballeros andantes. Sin embargo, este sueño es desacreditado en la novela, pues tales cosas como los caballeros andantes, la libertad, el honor, la valentía y la justicia no cabalgan campantes por el mundo (Vargas Llosa, 2004).

Alonso Quijano, quien se convierte en el Quijote, al leer las novelas de caballería (ficciones), cree que son reales y se enloquece por así creerlo. El bachiller Sansón Carrasco, para que el Quijote recupere la cordura, se disfraza en dos ocasiones de caballero. Es la ficción que vive Alonso Quijano, en su fingida locura, la que va moldeando los acontecimientos y las situaciones de la novela como, por ejemplo, la decisión del bachiller de disfrazarse de caballero (Vargas Llosa, 2004).

Se conoce que, en varias ocasiones, el genio inventor de la novela padeció el presidio en España. Quizá por esta razón uno de los temas principales de la novela es la libertad, entendida como la capacidad que tiene un hombre de tomar las propias decisiones de su vida. Existe una frase icónica que el Quijote le dice a Sancho, relativa a la libertad:

La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la

libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres. (Vargas Llosa, 2004, p. xxxviii)

La España en la cual nace la novela, en el siglo XVII, es apenas un conjunto de pueblos y aldeas, muy similar al espacio en el que discurren las novelas de caballería. Hace parte de los temas de la novela la patria, entendida como los lazos espirituales, las gentes, los usos y las costumbres que las personas reconocen como suyos. Después de muchas aventuras, al cabo del tercer viaje, Sancho Panza divisa y reconoce su patria con mucha nostalgia (Vargas Llosa, 2004).

Esta novela, a pesar de haber sido escrita hace cuatro siglos, es actual y contemporánea, porque revolucionó la forma de hacer literatura; muchos escritores que “juegan con la forma, distorsionan el tiempo, barajan y enredan los puntos de vista y experimentan con el lenguaje, son todos deudores de Cervantes” (Vargas Llosa, 2004, p. xliii).

### ***“Tristram Shandy” de Laurence Sterne***

Antes de hablar un poco del contenido de la novela “Tristram Shandy”, de Laurence Sterne, es pertinente hacer referencia al contexto en el cual nace la novela: se ubica en el siglo XVIII en Inglaterra; los lectores de la época consumían literatura de corte realista, les interesaba la literatura basada en hechos reales; pero aparece el contraste de corte cervantino “Tristram Shandy”, en cuyos dos primeros tomos, entregados al público lector, el personaje principal narra las circunstancias previas a su nacimiento como si las hubiera vivido, hecho que da cuenta del carácter inverosímil de la novela (Todo, 1951).

En este mismo contexto, era predominante la creencia de que la rectitud moral y el correcto uso del lenguaje daban cuenta de un alto grado social y moral. Los anteriores atributos eran puestos en escena en las novelas; en “Tristram Shandy” no es así: Sterne no siguió la moral y no utilizó las formas pulidas y educadas del lenguaje que eran predominantes en Inglaterra en ese momento. Para no alarmar al público lector con ciertas palabras, reemplazaba esas palabras con un asterisco (\*); sin embargo, en el texto la narración sugería la palabra, dejándola en la conciencia del lector. Por ejemplo:

En el volumen II, capítulo VI, ante el inminente nacimiento de Tristram, el señor Walter Shandy comenta con el tío Toby el hecho de que su esposa desee que quien la asista sea una comadrona y no un médico. El tío Toby encuentra una explicación para esta actitud, el pudor:

A mí hermana, dijo mi tío Toby, puede que no le acomode dejar a un hombre para que se le aproxime tanto a su \*\*\*\*. (Todo, 1951, p. 14)

La influencia de Cervantes en Sterne es notoria; incluso el mismo Sterne la manifiesta en una de las cartas que escribió en 1760 sobre los volúmenes III y IV de “Tristram Shandy”; dice: “sepa, pues, que creo que hay [en este volumen] más humor jocoso — con igual grado de sátira cervantina o quizás mayor aún— que en el anterior” (Todo, 1951, p. 25).

Hay muchas digresiones en la obra, lo que hace creer al lector que el autor no tenía un bosquejo del texto antes de escribirlo, sino que lo fue construyendo a tientos (Todo, 1951). Pero Sterne le explica al lector cómo fue construido el texto: cataloga su método de escritura como “digresivo-progresivo” para hacer referencia a su falta de linealidad en el relato (Pardo, 2010).

El libro se compone de nueve (9) volúmenes, que fueron entregados de forma paulatina de dos en dos: vols. I y II, diciembre de 1759; vols. III y IV, enero de 1761; vols. V y VI, diciembre de 1761; vols. VII y VIII, enero de 1765; y vol. IX, enero de 1767. Esto da cuenta no solo de una obra compleja sino vasta (Todo, 1951). A continuación se hará una pequeña reseña de la primera entrega, compuesta por los primeros dos volúmenes, entregada a los lectores en diciembre de 1759.

El texto exige paciencia del lector, pues debe estar dispuesto a jugar con Sterne y a esperar el avance del relato entre continuas y largas digresiones. Los dos primeros volúmenes de la novela relatan situaciones previas al nacimiento de Tristram Shandy:

Tristram Shandy fue engendrado la noche del domingo al lunes del mes de marzo de 1718. Su padre se llamaba Walter Shandy; su madre se llamaba Elizabeth Millineux. En el pueblo Shandy

Hall, donde vivían los padres de Tristram antes de su nacimiento, no había una persona que asistiera los partos. Las personas que necesitaban un partero, por tanto, debían desplazarse hasta Londres, que desde Shandy Hall quedaba a una distancia de más o menos veinte (20) o veinticuatro (24) millas de camino. Quienes no tenían ni transporte ni dinero para tal desplazamiento acudían al párroco, llamado Yorick, para que les prestara un caballo. Este, en su calidad de hombre de buenos principios y generoso, en un comienzo siempre prestaba su caballo. El viaje era tan largo, que los caballos del párroco se enfermaban después de realizarlo. Tal situación hacía que Yorick empleara mucho dinero en cambiar de caballo cada vez que prestaba uno para el desplazamiento. Ante esta situación, el párroco, a través de un abogado, logró darle licencia de partera a una viuda para que atendiera los partos del pueblo; y decidió no cambiar el caballo que prestaba para los desplazamientos, así que se transportaba en jamelgo enfermo y viejo (Sterne, 1985).

La preocupación de las mujeres por dar a luz en Shandy Hall era tan grande, que cuando se casaron los padres de Tristram Shandy estipularon en las capitulaciones matrimoniales una cláusula que obligaba a Walter Shandy a asumir todos los gastos de transporte hasta Londres de Elizabeth Millineux, cuando estuviere encinta y próxima a dar a luz; para tal cláusula había una excepción estipulada: en caso de que la mujer, bajo vanas lamentaciones, hiciera un viaje a Londres, el próximo parto tendría lugar en Shandy Hall. Así sucedió un año antes del nacimiento de Tristram Shandy. Walter Shandy, iracundo por los costos injustificados en que incurrió por el viaje de su esposa a Londres, hizo efectiva la excepción a la cláusula (Sterne, 1985).

Walter Shandy pensaba que el parto podía salir mal y terminar con la muerte de su esposa, del concebido o de ambos; y la opinión pública lo castigaría por su dureza de corazón. Para evitar estos riesgos, Walter Shandy le ofreció a su esposa acompañamiento en el pueblo del doctor Slop, quien se había mostrado avezado en los asuntos de parto, pero su esposa se negó y pidió la presencia de la vieja comadrona, a la cual el párroco Yorick le había conseguido licencia de partera (Sterne, 1985).

El día del parto llegó. En ese momento estaban en la casa de Shandy Hall Walter Shandy y su hermano Toby Shandy. En todo caso y pese a la negativa de la esposa, llamaron al médico Slop, para que actuara en caso de que el parto se complicara. En la sala de espera de la casa estaban los

hermanos Shandy y el doctor Slop, que discutían sobre guerra, religión y asuntos médicos (Sterne, 1985).

### ***“Jacques el Fatalista” de Diderot***

Hay un elemento similar y notorio entre “El Quijote”, de Cervantes y “Jacques el Fatalista”, de Diderot — esta novela fue publicada por primera vez en 1785—. Consiste en una creación binaria de personajes que cabalgan para encontrarse con la aventura. En ese andar se da el diálogo, paradas en tiendas, pernoctadas en albergues y encuentros con otros personajes. Existe una relación de complementación, que puede ser analizada comparando los dos personajes principales de cada novela, como lo describe Martínez (2006):

En un plano sociológico, los prejuicios aristocráticos del amo se oponen a la conciencia más burguesa que campesina del criado, del mismo modo que las aspiraciones caballerescas de don Quijote se complementan con las preocupaciones básicas pecuniarias de Sancho, propias de su condición de rústico aldeano. En un plano ideológico, el dogmatismo fatalista de Jacques se opone a la fe del amo en el libre albedrío, de modo equiparable a como se opone el idealismo heroico-caballeresco de don Quijote al realismo práctico de Sancho. (p. 136)

Hay una variación en cuanto al liderazgo de los personajes principales de las dos novelas: Sancho es el que sigue a Don Quijote de la Mancha, mientras que en “Jacques el Fatalista” el amo es el que sigue al criado (Martínez, 2006).

Los personajes principales de “Jacques el Fatalista” son dos voces con diferencias vitales e ideológicas. El criado era partidario de una postura fatalista; mientras que el amo tenía una postura favorable al libre albedrío. Pero resulta que, paradójicamente, el comportamiento de cada uno daba cuenta de la postura contraria a su ideología: el criado se comportaba como si pudiera elegir su destino; mientras que el amo se comportaba como un fatalista. En la novela las dos posturas están en discusión y en el transcurrir de la trama prevalece una de las dos ideologías: el fatalismo, según

el cual todo está determinado de antemano, por lo tanto, se puede prever lo que va a suceder (Martínez, 2006).

Jacques y su amo viajan en caballo hacia algún lugar. El narrador se rehúsa a dar explicaciones sobre el lugar de destino u origen de los personajes. En las conversaciones, Jacques explica a su amo la teoría del fatalismo o determinismo que le fue enseñada por el capitán cuando estuvo en la infantería. El tópico que se utiliza en varias ocasiones en la novela para poner de presente la teoría fatalista es el siguiente: “todo cuanto de bueno y malo nos acontece acá abajo, escrito estaba allí arriba” (Diderot, 2004, p. 13). Pero resulta que dicho tópico no se queda en la mera explicación, sino que es utilizado de manera frecuente en la novela para explicar situaciones; por ejemplo: Tras el amo preguntar qué distingue a un hombre feliz de uno desgraciado, Jacques responde: “Un hombre feliz es aquel cuya dicha está escrita allí arriba; y, por consiguiente, aquel cuya desgracia está escrita allí arriba, es un desgraciado” (Diderot, 2004, p. 24).

En “Jacques el Fatalista” no hay una narración lineal; el relato se presenta como una superposición de historias intercaladas, que se entrometen en el desarrollo de la historia principal: los amores de Jacques (Gómez, 2001). Algo similar sucede con “Tristram Shandy” que, al contar la historia antecedente al nacimiento del personaje principal, cuenta otras historias a su paso que no están directamente relacionadas con la historia principal. Debido a las digresiones, el lector se puede impacientar con el narrador porque quiere conocer los pormenores de los personajes, el contexto y la trama, pero el narrador no lo acepta, alarga el desenvolvimiento de la historia. El libro comienza con las preguntas del lector sobre los personajes y las respuestas del autor: “¿Cómo se conocieron? Por casualidad, como todo el mundo. ¿Cómo se llamaban? ¿Qué os importa? ¿De dónde venían? Del lugar más cercano. ¿A dónde iban? ¿Sabemos acaso dónde vamos? ¿Qué decían?” (Diderot, 2004, p. 13).

El narrador hace parte de la historia. Esta vez no en la forma de un personaje que participa directamente en la trama, sino de manera anecdótica: en una ocasión, confiesa el narrador, discutió con Jacques sobre la filosofía de Spinoza. La estructura formal de la novela, con muchas digresiones, deja la sensación en el lector de que la historia es improvisada (Gómez, 2001).

El narrador de la novela juega con el lector porque expresa una posición ambivalente con respecto al grado de verosimilitud de la historia que escribe: al comienzo, el narrador es el creador absoluto de una ficción y se compromete a escribir una novela; después, le dice al lector que no está escribiendo un cuento o novela sino una historia verdadera; más tarde, dice que es el editor de un texto que narra la descendencia de Jacques y el amo, por lo que al final del relato tiene algunas lagunas con respecto a la historia original y alude a tres posibles finales, dejando en manos del lector elegir el más oportuno (Martínez, 2005). Este sistema expuesto es el mismo sistema de narradores ficticios ideado por Cervantes en “El Quijote”.

El libro comienza cuando el amo, para tener de qué hablar, le pide a Jacques que le cuente sobre los amores de su vida. Jacques evoca aquella vez que le dispararon en la rodilla, cuando era militar. Herido, una pareja le dio hospedaje. Le hicieron una cirugía en la rodilla afectada. Pero en medio de esta historia sobre sus amores, cuenta otros muchos relatos de distinta naturaleza sobre el clero, los militares, la familia de Jacques, el altercado en la posada, el robo del caballo.

### ***“Memorias póstumas de Blas Cubas” de Joaquim Machado de Assis***

El proceso de independencia de Brasil fue diferente al proceso de independencia de los países hispanoamericanos: menos violento. Esto pudo abonar el terreno para el nacimiento de la novela “Memorias póstumas de Blas Cubas”, en Brasil, publicada en 1881, porque la novela no relata los acontecimientos de corte realista de las revoluciones.

El autor, desde el prólogo, expresa por medio del personaje Blas Cubas la genealogía literaria de la novela, indicando que se origina en la forma libre de un Sterne o Xavier Maistre. Es así como el mismo Machado de Assis dice que su novela hace parte de una tradición literaria europea; no americana o nacional (Pardo 2010).

Blas Cubas, desde la tumba, relata al lector sus memorias de cuando vivía y su situación de muerto. Cuenta la historia de un hombre que experimenta el adulterio, el afán de ser reconocido en la posteridad, la vida solitaria y ridícula. Hace hincapié en que el olvido, en la vejez, llega primero

que la muerte, pero es similar a ella. El texto se caracteriza por el humor, la acidez, la rabia, la ironía y la melancolía. Logra que todos los espacios y tiempos sean simultáneos, como en el Aleph que escribiría poco más de medio siglo después Jorge Luis Borges (Fuentes, 2011).

Bravo (2009) dice que la novela está compuesta de un aspecto lúdico muy potente: el texto aparenta estar en construcción, como si se tratara de unas notas escritas en una libreta sin pensarlo dos veces y de un solo tirón, “De ahí que la exposición de las vacilaciones del narrador pueda percibirse tanto en los usos lingüísticos (“esta comparación no me gusta”), como en la factura estructural del texto (“este capítulo habría que suprimirlo”)” (p. 30).

Machado de Assis presenta la novela en forma de memorias que aluden más bien a una biografía o un testimonio verosímil; pero son memorias escritas por un muerto, es decir que sin cuerpo físico se las arregla para ser una voz inverosímil (Bravo, 2009). Hay una *paradoja metaficcional* que consiste en jugar con el lector, hacer que se sumerja en la ficción como si fuera real y al mismo tiempo recordarle que sus ojos están posados en una ficción. Por ejemplo, desde el comienzo de la novela se advierte que se está en una ficción, pues hasta el momento no ha habido el primer muerto que escriba sus memorias, pero cuando va a describir a Virginia, la amada de Blas Cubas, se niega a exagerar su belleza porque «“esto no es una novela, donde el autor estiliza la realidad y cierra los ojos a los granos y las espinillas; pero tampoco quiero decir que le manchase su rostro ningún grano o espinilla, no”» (Pardo, 2010, p. 46).

Que Blas Cubas, el personaje principal de la novela de Machado de Assis, sea un hombre muerto que comienza a rememorar los acontecimientos de su vida, implica darse cuenta de los múltiples yerros que puede cometer un hombre mientras camina a la muerte. De ahí que, en la novela, el personaje diga: «“Cada etapa de la vida es una edición que corrige la anterior, y que será corregida también, hasta la edición definitiva, que el editor obsequia gratuitamente a los gusanos”» (Bravo, 2009, p. 38).

Blas Cubas comienza contando su muerte y luego su nacimiento, lo cual está alejado de lo que normalmente se hace en el género biográfico. Muere de neumonía, un viernes del mes de agosto de 1869, a sus 64 años. Cuando niño, era travieso y la ñaña de su padre. En la adolescencia se



enamora de una española llamada Marcela, a la cual agasajaba con diamantes y muchas otras cosas de inmenso valor. Por el detrimento patrimonial que significaban tales regalos para la familia Cubas, Blas fue enviado por su padre a estudiar a Europa en Coímbra, para así alejarlo de Marcela. Regresa a Brasil ocho años después de haberse ido, para presenciar la muerte de su madre (Machado, 1951).

El padre aconseja a Blas Cubas casarse con una mujer llamada Virgilia, bella y de buenos modales, para después iniciar su carrera política. Blas Cubas, después de unas visitas a Virgilia, no logra congeniar con ella. Virgilia se casa con Lobo Neves, hombre sagaz y ambicioso. Blas Cubas se pone a escribir opiniones políticas y literatura. Lo curioso es que después de un tiempo se reencuentra con Virgilia, ya casada y con un hijo de Lobo Neves, y comienza con ella un amor furtivo, que dura muchos años. Blas Cubas, a pesar de los consejos de su familia y de sus amigos, no quiere casarse, disfruta el amor a escondidas con Virgilia. Termina su relación con Virgilia. Intenta casarse con una muchacha, llamada Eulalia (Ñan-Loló), y poco antes del matrimonio, esta muere de fiebre amarilla (Machado, 1951).

Blas Cubas queda soltero, fue diputado, funda un periódico de oposición política y comparte con su amigo, el filósofo Quinca Borba, los últimos días de su vida hasta su muerte (Machado, 1951).

La novela tiene como temas principales el deseo, los sueños, la política, el amor y el olvido. Blas Cubas, detrás de los episodios graciosos de su vida, deja ver también la tristeza de un hombre que ve morir a sus familiares y conocidos y, por alguna mala suerte, no realiza sus proyectos.

Las novelas reseñadas anteriormente hacen parte de una tradición. Una obra está ligada a otra por la identidad de elementos de composición. El humor está presente en todos los textos reseñados: se utiliza el mismo humor cervantino, aquel en el cual la narración se desliga de la exigencia de lo que normalmente ocurre, ¿quién se iba a imaginar que don Quijote, cuando cabalga con expectativa triunfante contra los gigantes, se encuentra, de repente, con un aspa que lo tumba del caballo? Esos acontecimientos sorpresivos que irrumpen en el curso normal de lo que se espera, son el detonante de la risa de los lectores.

Para hablar del tiempo en la tradición que nos ocupa, es pertinente traer a colación una de las ideas que Vargas Llosa (2002) expresa: en la ficción el tiempo es un artificio; dicho de otra manera, el tiempo de la ficción, como artificio, puede ser moldeado por el escritor a su antojo. Muy diferente a lo que ocurre con el tiempo de la vida de los que tienen carne y hueso, que es como una flecha que avanza en un solo sentido, no retrocede, no se detiene y no avanza por voluntad del humano. Entre las preguntas principales que se debe hacer el escritor cuando está creando el bosquejo de su obra literaria está la de cómo va a manejar el tiempo. Resulta que en la tradición que nos ocupa el tiempo no es lineal sino distorsionado: Blas Cubas, cuando está muerto, escribe sus memorias, pero la muerte es la ausencia de, entre otras cosas, tiempo, es decir que Machado de Assis le creó tiempo a Blas Cubas para escribir.

Otra de las características de la tradición es la digresión narrativa. Se está narrando un asunto y tiene lugar una ruptura donde se cuentan otras historias para después regresar a la historia principal. Por ejemplo, se supone que Jacques, en la novela de Diderot, contará a su amo la historia de sus amores, pero en medio de esa historia se relatan muchas otras que en algunas ocasiones no tienen nada que ver con la historia principal.

La inverosimilitud es otra característica de la tradición: el escritor no se ocupa de dar cuenta de la naturaleza o de la realidad. Cuando un escritor intenta por medio de un texto literario describir un acontecimiento social, político o cultural, está muy alejado de la tradición de la Mancha. Por eso es tan importante la imaginación; el mundo creado debe ser vasto y completo, y la trama debe ser tan original, en el sentido de no seguir fielmente los acontecimientos históricos. Sterne se propuso escribir la vida de Tristram Shandy sin hacer referencia a lo que estaba sucediendo en Inglaterra en el siglo XVIII, momento en que tuvo lugar la expansión del Imperio Británico a las colonias americanas.

## **El precedente judicial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia**

El marco jurídico, constitucional y legal, de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia, se compone de las siguientes normas: la cláusula general de responsabilidad estatal, establecida en el art. 90 de la Constitución Política de Colombia, que alude a un Estado responsable por los daños que causa; el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, que establece la obligación de indemnizar a quien hubiere sido privado injustamente de la libertad, en los casos en que se constaten las siguientes causales de exclusión de responsabilidad penal: el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no era punible; y el art. 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la posibilidad de demandar al Estado por la reparación de perjuicios derivados de la privación injusta de la libertad.

A continuación se mostrarán, en una línea jurisprudencial, los precedentes de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia. El problema que guía la búsqueda de los precedentes se sintetiza en la siguiente pregunta: ¿cómo ha establecido el Consejo de Estado la carga de la prueba para la víctima en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia?

**Primera etapa.** CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de junio de 1994. Expediente número 9734. CP Daniel Suarez Hernández.

El día 23 de noviembre de 1992, en las horas de la mañana, agentes de la Policía Nacional irrumpen violentamente en la casa de la Sra. Zenaida Barahona y sin orden escrita de autoridad judicial capturan al Sr. Neiro José Martínez y al Sr. Giovanni Ríos Ibáñez, quienes fueron sindicados por pertenecer a las FARC. Posteriormente, el día 01 de junio de 1993, el Sr. Martínez y el Sr. Ríos son dejados en libertad de forma inmediata, una vez que la fiscalía regional de Valledupar revocara la medida de aseguramiento proferida el día 10 de diciembre de 1992.

*Ratio decidendi* del Consejo de Estado: en Colombia, todo juez tiene la obligación de proferir sus resoluciones conforme a derecho. Con fundamento en esta obligación, se sustentó en un primer momento la responsabilidad por privación injusta de la libertad: se configuraba por el error judicial, por lo cual el título de imputación para la responsabilidad estatal era la falla del servicio. El demandante tenía la carga de probar el error judicial y solo habría responsabilidad

cuando el actuar del juez se ubicara en el marco de los casos contenidos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991: el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o el hecho no era punible<sup>10</sup>.

**Segunda etapa.** CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 17 de noviembre de 1995. Expediente número 10056. CP Carlos Betancur Jaramillo.

El Sr. Ferney Gualteros, quien se desempeñó como agente de la Policía Nacional, fue detenido de manera preventiva el día 29 de octubre de 1990 por el Juez doce (12) de instrucción criminal de Ibagué, por haber cometido presuntamente homicidio contra el Sr. Luis Rivas Pulido. Dicha providencia fue apelada y revocada ordenando la libertad de manera inmediata.

*Ratio decidendi* del Consejo de Estado: hubo dos cambios en relación con la etapa anterior; en primer lugar, el demandante no debía probar la falla del servicio cuando se trataba de los supuestos establecidos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, es decir, se estuvo frente a una falla presunta del servicio; y, en segundo lugar, se abrió la posibilidad de existencia de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en casos no previstos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, siempre y cuando el demandante probara el error judicial en su detención<sup>11</sup>.

**Tercera etapa.** CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002. Expediente número 13606. CP María Helena Giraldo Gómez.

El ejército nacional, en 1990, realizó la operación “Génesis”, con el objetivo de capturar a los miembros de las bandas delincuenciales de las comunas de Medellín. En ejecución de esta operación, el día 13 de febrero de 1990, se capturó al Sr. Jorge Elkin Mejía Figueroa. El día 12 de marzo de 1990, se decretó medida de aseguramiento preventiva. Sin embargo, el Sr. Mejía Figueroa fue dejado en libertad por preclusión de la investigación el día 20 de marzo de 1993.

---

<sup>10</sup> En esta misma línea, la sentencia del Consejo de Estado: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 1994. Expediente 8666. CP Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>11</sup> En esta misma línea, la sentencia del Consejo de Estado: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de diciembre de 1996. Expediente 10229. CP Daniel Suarez Hernández.

*Ratio decidendi* del Consejo de Estado: a la hora de analizar la responsabilidad estatal, los ojos no deben estar puestos en el actuar del funcionario público, sino en la víctima; es decir, se debía medir y probar el daño sufrido por la víctima para establecer la responsabilidad del Estado. De acuerdo con lo anterior, hay un cambio en el título de imputación: no es falla del servicio sino daño especial<sup>12</sup>.

**Cuarta etapa.** CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Expediente número 23354. CP Mauricio Fajardo López. (Sentencia de unificación jurisprudencial).

El día 27 de mayo de 1992 fueron hurtados unos alcaloides en la sede de la Fiscalía de Puerto Asís, Putumayo. Por este delito, el Sr. Luis Carlos Orozco Osorio, funcionario de la Fiscalía, fue capturado y recluido en la cárcel de Puerto Asís el día 23 de junio de 1992. La Fiscalía General de la Nación, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, revocó y ordenó la libertad inmediata por no existir pruebas suficientes que responsabilizaran al Sr. Orozco Osorio de los hechos materia de investigación penal.

*Ratio decidendi* del Consejo de Estado: se da un paso hacia adelante en pro de la víctima: el Estado es responsable cuando el imputado es dejado en libertad por aplicación del *principio in dubio pro reo*. Es decir, la administración de justicia surtió el procedimiento penal conforme a derecho, sin embargo, como el imputado no fue condenado por aplicación de dicho principio, hay lugar a responsabilidad estatal.

**Quinta etapa.** CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Expediente número 46947. CP Carlos Alberto Zambrano. (Sentencia de unificación jurisprudencial).

La Fiscalía General de la Nación adelantó un proceso penal por los delitos de concierto para delinquir y trata de personas, al cual fue vinculada la Sra. Martha Lucía Ríos Cortés, a quien se le

---

<sup>12</sup> En esta misma línea, la sentencia del Consejo de Estado: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de septiembre de 2001. Expediente 11601. CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

dictó medida de aseguramiento. No obstante, el día 30 de marzo de 2010, se expidió la resolución de preclusión de la investigación que dejó en libertad a la Sra. Ríos Cortés.

*Ratio decidendi* del Consejo de Estado: para que haya responsabilidad por privación injusta de la libertad en Colombia no importa la causa por la cual el investigado penalmente fue absuelto, siempre habrá que probar los elementos de la cláusula general de responsabilidad del Estado establecidos en el art. 90 de la Constitución Política: acción u omisión por parte de una autoridad administrativa, generar un daño antijurídico y ser imputable tal daño al Estado<sup>13</sup>.

La anterior línea jurisprudencial se reproduce en la siguiente tabla:

*Tabla 1* La carga de la prueba para la víctima en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el Consejo de Estado de Colombia

| <i>¿Cómo ha establecido el Consejo de Estado la carga de la prueba para la víctima en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia?</i> |  |   |
|---|--|---|
| La víctima debe aportar elementos materiales probatorios que acrediten la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.                                | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Exp. 9734<br/>CP Daniel Suarez Hernández</li> <li>• Exp. 8666<br/>CP Carlos Betancur Jaramillo</li> <li>• Exp. 10056<br/>CP Carlos Betancur Jaramillo</li> <li>• Exp. 10229<br/>CP Daniel Suarez Hernández</li> <li>• Exp. 13606<br/>CP María Helena Giraldo Gómez</li> </ul> | La responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se presume en favor de la víctima. |

<sup>13</sup> En esta misma línea, la sentencia del Consejo de Estado: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Expediente 53852. CP Marta Nubia Velásquez.

|  |  |  |
|--|--|--|
|  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Exp. 11601<br/>CP Alier Eduardo Hernández</li> <li style="margin-left: 150px;">• Exp. 23354<br/>CP Mauricio Fajardo</li> <li>• Exp. 46947<br/>CP Carlos Alberto Zambrano</li> <li>• Exp. 53852<br/>CP Marta Nubia Velásquez.</li> </ul> |  |
|--|--|--|

La presunción de la responsabilidad del Estado en los procesos judiciales facilita la reparación de las víctimas cuando el Estado sega la libertad de la persona. Pero cuando la víctima tiene que probar la falla de la administración y el daño que padeció, el acceso a la reparación se torna esquivo. En un Estado Social de Derecho, como el de Colombia, debe considerarse muy grave la privación de la libertad de manera injustificada. Más grave aún es que el sujeto que provoca una privación injusta sea el Estado. Privar de la libertad a una persona implica quitarle la posibilidad de elegir el camino por el cual quiere llevar su vida. Al agravio injustificado del que venimos ocupándonos habría que agregarle el hecho de que los lugares destinados al cumplimiento de la pena en Colombia son sitios inhumanos y degradantes.

La carga de la prueba para la víctima en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia, según la línea jurisprudencial propuesta, ha oscilado entre imponer a la víctima la obligación de probar la falla del servicio o el daño sufrido, y presumir la responsabilidad en algunas ocasiones, como en los casos previstos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991 y en la aplicación del *principio in dubio pro reo*.

### **Elementos del precedente judicial como tradición literaria**

Como se explicó anteriormente, el lenguaje es la materia prima del derecho y de la literatura: la forma escrita es el medio de expresión predominante en la tradición literaria y en el precedente judicial.

Es cierto que en los ordenamientos jurídicos contemporáneos hay una tendencia a darle cabida en el ámbito procesal a la oralidad; pero la escritura en el derecho es utilizada en el presente y seguramente será utilizada durante mucho tiempo. El decisor, por medio de la escritura, comunica: mediante los autos y las sentencias da a conocer a los interesados las actuaciones del proceso. El precedente judicial es, predominantemente, fruto de la escritura en el proceso judicial; se expresa y consulta en las sentencias (escritas) que expiden los decisores de un ordenamiento jurídico. La escritura también es utilizada en el proceso judicial para conservar los datos. Los hombres olvidan los datos. No sería posible para un decisor recordar todas las actuaciones del proceso; salvo que el decisor fuera “Funes el memorioso”, quien no tiene existencia operatoria.

En un comienzo, la literatura se expresaba por medio de la oralidad; era guardada en la memoria de los humanos de una comunidad, y transmitida de generación en generación. Se comenzó a escribir literatura con la aparición de la escritura misma. Desde entonces, la literatura ha sido transmitida por medio de la escritura. Es posible que se hubieran perdido obras fundamentales de la literatura universal si su custodia se hubiera confiado a la memoria de los hombres. Por suerte apareció la escritura, para conservar los datos de manera fidedigna. Por ejemplo, se tiene noticia de “El Quijote” porque Cervantes la escribió, fue publicada, conservada y transmitida por medio de la escritura.

Todas las piezas literarias y jurídicas, interpretadas para conformar lo que anteriormente se llamó tradición de La Mancha y precedente judicial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, fueron escritas.

Alguna vez, el escritor colombiano Gabriel García Márquez (2014), en unas notas que escribió sobre la novela de la violencia en Colombia, afirmó lo siguiente: “no se empieza una tradición literaria en 24 horas” (párr., 5); con mucha razón lo dice: una tradición literaria nunca será un asunto acabado, está en constante construcción y el proceso de consolidación puede



demorarse años e incluso siglos. La tradición de la Mancha no está terminada, siempre habrá obras literarias nuevas que, en el transcurso del tiempo, se le puedan sumar. Pero es posible, en un momento determinado, exhibir una fotografía que muestre cómo está conformada la tradición. Por ejemplo, la tradición de la Mancha tiene cuatrocientos dieciséis (416) años, y según Carlos Fuentes — intérprete— la componen las obras que se mencionaron anteriormente, escritas por Cervantes, Sterne, Diderot y Machado de Assis.

Sucedde de forma similar con el precedente judicial: las decisiones que en una práctica jurídica terminan operando como precedentes, en el curso de varios lustros, e incluso décadas, pueden ser interpretadas para conformar una línea jurisprudencial. No se puede hablar de un precedente judicial acabado e inmóvil, sino de uno en constante movimiento. Por ejemplo, los precedentes judiciales de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, según la línea jurisprudencial propuesta, se objetivaron en el curso de veinticuatro (24) años.

Un decisor puede crear un precedente judicial con una decisión debidamente fundamentada (sentencia); pero no necesariamente se debe tener la calidad de decisor para crear una línea jurisprudencial. La creación de esta responde, normalmente, a la necesidad del intérprete de hacer legible la jurisprudencia. Un novelista en una novela no puede crear una tradición literaria. A lo sumo, el novelista podrá fijar, sin intención, las reglas que fundamentan una tradición literaria, como es el caso de Cervantes. La crítica literaria hace legibles las tradiciones literarias al identificar obras que tengan rasgos comunes.

No cualquier suma de sentencias o jurisprudencia da lugar a una línea jurisprudencial, ni cualquier suma de novelas constituye una tradición literaria. Piénsese en la suma de dos sentencias: la sentencia de la Corte Constitucional SU - 149 de 2021, sobre la acreditación de la convivencia para obtener la pensión de sobreviviente, y la sentencia de la Corte Constitucional SU - 027 de 2021, sobre el principio de favorabilidad laboral en la interpretación de las convenciones colectivas. O en la suma de dos novelas: “El Quijote”, de Cervantes, publicada en 1605, y “El ruido de las cosas al caer”, del escritor colombiano Juan Gabriel Vásquez, publicada en 2011. Las sentencias citadas, si bien pertenecen al área laboral, tratan asuntos diferentes y con ellas no se podría hacer una línea jurisprudencial; igualmente pasa con las novelas referidas: pertenecen a

tradiciones literarias diferentes y, por lo tanto, obedecen a reglas diferentes que impiden ubicar las obras en la misma tradición literaria.

Entre las novelas que componen una tradición literaria y las sentencias que componen una línea jurisprudencial, es necesario que haya una correspondencia: las sentencias que componen una línea jurisprudencial requieren identidad fáctica; por ejemplo, las sentencias que componen la línea jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad deben responder a un componente fáctico similar: la privación injusta de la libertad. Lo mismo sucede con la tradición literaria: su composición requiere que las novelas compartan ciertas características; por ejemplo: la forma, los temas, el manejo de los tiempos y los espacios, como ocurre con las piezas literarias que componen tradición de la Mancha.

Salvo la primera persona a la que se le ocurrió escribir literatura (persona de la cual no parece tenerse noticia precisa), todos los escritores tienen tras de sí otros colegas que se dedicaron a realizar esos juegos con el lenguaje para hacer lo que ahora se llama literatura. Se podría decir que los escritores contemporáneos son deudores, en buena medida, de Homero, Alighieri, Cervantes, Shakespeare, Stendhal, Kafka, Borges, entre otros.

Todo acto de escritura tiene como causa la lectura. Desde luego, la lectura de obras canónicas que dan cuenta de los procedimientos creativos más potentes. Cervantes, como se dijo, introdujo en “El Quijote” el humor, la aventura, la mezcla de géneros, una gran imaginación en la construcción de la trama y un narrador que juega con el lector. Algunos de estos procedimientos aparecieron en otras obras (por casualidad o de manera deliberada) y fueron identificados por el crítico literario conformando lo que se llamó “tradición de la Mancha”. Cada obra, sin embargo, tiene rasgos que la singularizan. Pero los vasos comunicantes entre distintas obras dan lugar a que los intérpretes puedan hacer clasificaciones en función de los elementos comunes.

Sucede algo similar con los decisores, estos tienen que estar al tanto del contenido de la jurisprudencia relacionada con su quehacer. La información se obtiene consultando jurisprudencia o de la mano de un intérprete que identifique la razón normativa de las decisiones. La línea jurisprudencial es una herramienta útil a la hora de hacer legible la jurisprudencia. Al decisor, al

igual que al crítico, le conviene ser muy selectivo con lo que lee: los textos jurídicos, aparte de extensos, están contruidos farragosamente, así que con mayor razón los decisores (y cualquier operador jurídico) deben leer textos cortos y sustanciosos — cada vez más difíciles de conseguir—

El decisor debe aplicar la *ratio decidendi* que fijaron otros decisores anteriores a él. Por ejemplo, en la línea jurisprudencial del precedente judicial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, la consejera Marta Nubia Velásquez Rico<sup>14</sup> (decisora) siguió la *ratio decidendi* fijada por el consejero Carlos Alberto Zambrano<sup>15</sup> (decisor), porque era aplicable al asunto jurídico en ese momento.

Así como existe el cambio del precedente judicial, existe el cambio de la tradición literaria. Un decisor puede crear un nuevo precedente judicial siempre que indique de manera clara el precedente del que se aparta y argumente con suficiencia el cambio. Por ejemplo, cada etapa de la línea jurisprudencial del precedente de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en Colombia comporta un cambio en el precedente. Algo similar sucede en el caso de una tradición literaria: el crítico literario puede encontrar rupturas en las reglas que fundamentan una tradición, como sucedió con “Rojo y negro”, de Stendhal, que desatendió las reglas de la tradición de la Mancha, fundando lo que la crítica denominó la tradición de Waterloo.

Probablemente la humanidad no vuelva a recuperar el candor de ver el signo sin interpretarlo. El proceso intelectual separa la forma y el fondo de la obra. Esto supone que la obra tiene un contenido oculto, que se percibe más allá de la mirada, y para conocerlo es menester interpretar. Algunos autores han sido claros en la explicación del significado de sus producciones a fin de quitarle margen de discrecionalidad interpretativa al crítico (Sontag, 2005). Lo mismo pasa en el derecho: el legislador en algunos casos ha sido más o menos claro en la redacción de la ley. Incluso hay leyes que se construyen con un cuerpo preliminar de definiciones para que conforme a ellas el decisor — y los demás operadores jurídicos— interpreten. Pero aun en estos casos — de

---

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Expediente 53852. CP Marta Nubia Velásquez.

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Expediente 46947. CP Carlos Alberto Zambrano. (Sentencia de unificación jurisprudencial)

claridad y precisión— la obra alberga penumbras que hacen necesaria la interpretación: con mayor razón cuando el material de trabajo es el signo lingüístico — como sucede en la novela y en la sentencia—.

La interpretación no puede ser el pretexto para caer en el craso error de tergiversar completamente el texto. La actividad interpretativa implica comparar y relacionar. El punto de partida es el material objeto de interpretación para después conectarlo con otros materiales. Con lo dicho se descarta como interpretación las operaciones que hacen decir al texto cosas que no tienen ninguna correspondencia con el texto mismo. Esta prevención de ninguna manera sugiere que el texto tiene una verdad objetiva que puede ser aprehensible de la misma manera por todos los intérpretes, más bien advierte que la interpretación tiene límites.

El crítico es el que mediante la interpretación hace legibles racionalmente las ideas objetivadas en los materiales literarios. Debe identificar categorías principales y explicarlas. En lo referente al autor se debe conocer su vida, las posibles influencias en su escritura, comparar y relacionar sus ideas con otros textos. Desde luego que el arte conmueve, hace brotar emociones, pero no se puede realizar la crítica única ni principalmente con juicios de gusto.

El decisor está llamado a interpretar la constitución, la ley y la jurisprudencia. Sin la interpretación no es posible construir el precedente judicial. Para el decisor, interpretar es indispensable porque en el derecho a toda actividad aplicativa le precede necesariamente una actividad interpretativa. Dentro de los confines de la disposición el juez debe seleccionar un enunciado interpretativo y argumentar su elección.

El concepto de “transducción” engloba las labores del decisor y del crítico literario. El decisor vinculado al precedente judicial interpreta signos — las sentencias y otros materiales jurídicos— y transmite la *ratio* y el *decisum* a los interesados — partes del proceso u operadores jurídicos—. Es un sujeto cualificado porque mínimamente debe ser abogado y comprender el ordenamiento jurídico. La investidura del juez hace de él un sujeto con poder porque le otorga la competencia para decidir de conformidad con el derecho y con fuerza vinculante los problemas jurídicos. Los medios de comunicación tienen los ojos puestos en los jueces, especialmente en los

asuntos jurídicos de alto impacto social, y difunden sus decisiones. El crítico literario trabaja con obras, las interpreta y las transmite al público. Es normal que los lectores se acerquen a las obras mediante la interpretación y difusión que realiza el crítico — canon literario—. Cualquier lector puede hacer crítica, pero no cualquiera puede ser crítico literario porque se requiere poder, ser reconocido y tener voz pública. Seguramente buenos trabajos de la crítica literaria no se han leído porque el intérprete no tuvo el poder para hacer circular sus interpretaciones entre los lectores.

El decisor y el crítico literario al transmitir un texto lo transforman. El manejo de la carga de la prueba en el precedente judicial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad acredita lo dicho: mediante la interpretación y transmisión se produjo una transformación de la *ratio* que los decisores imprimen al precedente en las distintas etapas de la línea jurisprudencial. Carlos Fuentes — crítico literario— lee novelas, las interpreta, las transmite y tiene como resultado una transformación del texto que le sirve como insumo para crear y argumentar la tradición de la Mancha.

Los métodos de interpretación del derecho sirven para interpretar la literatura: el crítico literario puede utilizar los métodos de interpretación que utiliza el decisor para construir el sentido del texto y justificar el enunciado interpretativo escogido.

El *método literal* consiste en interpretar el texto según el sentido propio de las palabras en el lenguaje ordinario.

A los treinta y un años Rimbaud estaba muerto. Desde la madrugada de sus treinta y un años Escobar contempló la revelación, parada en el alféizar como un pájaro: a los treinta y un años Rimbaud estaba muerto. Increíble.

Fina seguía durmiendo junto a él, como si no se diera cuenta de la gravedad del asunto. Le tapó las narices con dos dedos. Fina gimió, se revolvió en las sábanas, y después, con un ronquido, empezó a respirar tranquilamente por la boca. Las mujeres no entienden.

Afuera cantaron los primeros pájaros, se oyó el ruido del primer motor, que es siempre el de una motocicleta. Es la hora de morir. Sentado sobre el coxis, con la nuca apoyada en el filo del espaldar de la cama y los ojos mirando al techo sin molduras, Escobar se esforzó por no pensar en nada. Que el universo lo absorbiera dulcemente, sin ruido. Que cuando Fina al fin se despertara hallara apenas un charquito de humedad entre las sábanas revueltas. Pensó que ya nunca más sería el mismo que se esforzaba ahora por no pensar en nada; pensó que nunca más sería el mismo que ahora pensaba que nunca más sería el mismo. Pero afuera crecían los ruidos de la vida. Sintió en su bajo vientre una punzada de advertencia: las ganas de orinar. La vida. Ah, levantarse. Tampoco esta vez moriremos. (Caballero, 2018, p. 11)

Aplicando una interpretación literal a “Sin remedio” — texto citado— se leen todas las palabras en el sentido ordinario. No es correcto decir que con la palabra “*pájaros*” (primera línea del tercer párrafo) el autor se refiere a la segunda definición de la RAE: “Persona astuta y con muy pocos escrúpulos” (Real Academia Española, s.f., definición 2), porque con esa palabra normalmente se hace referencia al ave. Con la palabra “*techo*” (ubicada en la tercera línea del tercer párrafo) el autor no hace referencia a la quinta definición de la RAE: “Altura máxima alcanzable por una aeronave, en determinadas condiciones de vuelo” (Real Academia Española, s.f., definición 5) porque ese concepto es propio de la aeronáutica.

Al usar el *método sistemático* la interpretación debe guardar unidad con los elementos que conforman el sistema del cual el texto hace parte. En este caso el sistema —cuadro o enmarcación— puede ser todas las producciones de un autor o las obras que conforman una especie literaria. A menudo en la literatura se han hecho interpretaciones teniendo en cuenta el conjunto de las obras de un autor. Por ejemplo, Gabriel García Márquez creó un universo literario — de existencia estructural— en el cual el mismo personaje participa en varias obras. Es el caso de la cándida Eréndira y su abuela desalmada.

Eréndira y su abuela pasan por Macondo, el lugar donde transcurre la novela “Cien años de soledad”. Aureliano se las encuentra cuando estaba escuchando las noticias que en canciones transmitía Francisco el Hombre:

Aureliano escuchó las noticias hasta el final sin encontrar ninguna que le interesara a su familia. Se disponía a regresar a casa cuando la matrona le hizo una señal con la mano.

—Entra tú también —le dijo—. Solo cuesta veinte centavos.

Aureliano echó una moneda en la alcancía que la matrona tenía en las piernas y entró en el cuarto sin saber para qué. La mulata adolescente, con sus téticas de perra, estaba desnuda en la cama. Antes de Aureliano, esa noche, sesenta y tres hombres había pasado por el cuarto.

(...)

Tenía la espalda en carne viva. Tenía el pellejo pegado a las costillas y la respiración alterada por un agotamiento insondable. Dos años antes, muy lejos de allí, se había quedado dormida sin apagar la vela y había despertado cercada por el fuego. La casa donde vivía la abuela que la había criado quedó reducida a cenizas. Desde entonces la abuela la llevaba de pueblo en pueblo, acostándola por veinte centavos, para pagarse el valor de la casa incendiada. Según los cálculos de la muchacha, todavía le faltaban unos diez años de setenta hombres por noche, porque tenía que pagar además los gastos de viaje y alimentación de ambas y el sueldo de los indios que cargaban el mecedor. Cuando la matrona tocó la puerta por segunda vez, Aureliano salió del cuarto sin haber hecho nada, aturdido por el deseo de llorar. Esa noche no pudo dormir pensando en la muchacha, con una mezcla de deseo y conmiseración. Sentía una necesidad irresistible de amarla y protegerla. Al amanecer, extenuado por el insomnio y la fiebre, tomó la serena decisión de casarse con ella para liberarla del despotismo de la abuela y disfrutar todas las noches de la satisfacción que ella le daba a setenta hombres. Pero a las diez de la mañana, cuando llegó a la tienda de Catarino, la muchacha se había ido del pueblo. (García, 2017, págs. 67, 69)

En el cuento “La increíble y triste historia de la cándida Eréndira y de su abuela desalmada”, de García Márquez, se narra detalladamente la historia de Eréndira, huérfana, que vive con su

abuela y para compensar la estadía en la casa es la empleada doméstica. En cierta ocasión, de manera accidental, Eréndira incendia la casa de la abuela. Esta decide prostituir a su nieta para recuperar el dinero del valor de la casa (García, 1972).

A través de una interpretación sistemática se pueden hallar elementos comunes al interior de las obras de García Márquez. El ejemplo de este tipo de interpretación lo aporta la cándida Eréndira y su abuela desalmada que participaron con el mismo rol en dos piezas literarias diferentes escritas por el mismo autor.

El *método histórico* reclama indagar la recepción que tuvo la pieza literaria al momento de su publicación para interpretarla posteriormente. A modo de ejemplo, se presentan las siguientes citas de “Viaje a pie”, de Fernando González Ochoa, publicada en Colombia en el 1929:

Habíamos principiado este diario: “sonaban en la vecina iglesia, melancólicamente, las cinco campanadas...”, y borramos eso porque eran reminiscencias del estilo jesuítico de nuestro maestro de retórica, el padre Urrutia. Un compañero nuestro, que siempre ganaba los premios, comenzaba así las descripciones de los paseos a caballo: “Eran las cinco de la mañana cuando, después de recibir la Santa Hostia, salimos alegres, como pajarillo, a caballo, nosotros y el reverendo padre Mairena...

A las cinco (no se puede comenzar de otro modo, definitivamente), abandonamos los lechos, que, entre paréntesis, han sido los lugares de nuestras mejores lucubraciones, incluso las referentes a venus. (González, 2016, pp. 31 – 32)

Observa don Benjamín, ex jesuita, que su maestro de novicios, el reverendo padre Guevara, les ordenó que no se bañaran durante un año, porque así les sería fácil conservar la inmaculada castidad de San Luis Gonzaga. ¿Qué mujer atrevida podría acercarse a un novicio? Este sistema del padre Guevara es mucho mejor que el alambre de púas. (González, 2016, pp. 35 – 36)



¡Qué desilusión fue la nuestra cuando hace veinticinco años le alzamos el vestido al intrépido Pablo de Tarso allá en la sacristía de la iglesia de nuestro pueblo y vimos que su cuerpo era un tablón de madera ordinaria! Comenzó así lo que ha llamado nuestra anciana tía la pérdida de nuestra fe. Desde entonces no creímos en los santos de Envigado. (...) Nosotros le perdimos el miedo al brioso Pablo; le perdimos el respeto y nos hicimos jefes liberales en nuestra aldea. ¿Cómo no? Pablo debería tener un cuerpo membrudo y peludo, ¡Y era un tablón insustancial! (González, 2016, pp. 139 – 140)

Colombia, para el momento de la publicación de “Viaje a pie”, era un conjunto de pueblos pequeños con población mayoritariamente campesina, con un sistema incipiente de vías de comunicación, con un sistema económico anclado a la posesión y explotación de la tierra — concentrada en pocas personas— y un régimen político con una “democracia” débil y corrupta que se repartía el poder entre dos partidos tradicionales: el liberal y el conservador. De este retrato de Colombia, interesa para la interpretación del texto el poder que la iglesia tenía en la sociedad: la Iglesia católica controlaba la educación, la política y los medios de comunicación. Fernando González Ochoa en el texto citado se burla de la educación clerical, de los métodos de castidad jesuítica y de la adoración a figuras e imágenes religiosas. La respuesta no se hizo esperar: inmediatamente publicada la pieza literaria en mención, finalizando 1929, la Iglesia católica dijo:

Después de haberlo sometido al examen y haberlo hallado prohibido A JURE, porque ataca los fundamentos de la religión y la moral con ideas evolucionistas, hace burla sacrílega de los dogmas de la fe, es blasfemo de Nuestro Señor Jesucristo y con sarcasmos volterianos se propone ridiculizar las personas y las cosas santas, trata de asuntos lascivos y está caracterizado por un sensualismo brutal que respiran todas sus páginas.

#### DECRETAMOS:

El libro del doctor Fernando González, «Viaje a pie» está vedado por derecho natural y eclesiástico, y por lo tanto su lectura es prohibida bajo pecado mortal. (González, 2016, p. 248)

Aplicando el método histórico, “Viaje a pie” se podría interpretar como una serie de críticas y burlas a la Iglesia católica. También se podría decir que la historia enseña que la Iglesia católica en Colombia censura la literatura<sup>16</sup>.

El *método sociológico* consiste en analizar el texto teniendo en cuenta la realidad social del momento en que se escribió. Aristóteles (1998), en el libro primero de “Política”, está a favor de la esclavitud:

Pues es esclavo por naturaleza el que puede ser de otro (por eso precisamente es de otro) y el que participa de la razón tanto como para percibirla, pero no para poseerla; pues los demás animales no se dan cuenta de la razón, sino que obedecen a sus instintos. En la utilidad la diferencia es pequeña: la ayuda con su cuerpo a las necesidades de la vida se da en ambos, en los esclavos y en los animales domésticos. La naturaleza quiere incluso hacer diferentes los cuerpos de los libres y los de los esclavos: unos, fuertes para los trabajos necesarios; otros, erguidos e inútiles para tales menesteres, pero útiles para la vida política. (p. 58)

El pensamiento de la Atenas de Pericles ha influido profundamente a Occidente. Aún se estudian con detenimiento las ideas de Sócrates, Platón y Aristóteles. Sin embargo, el culto a los antiguos griegos no puede ser argumento para defender la esclavitud — como lo hacía Aristóteles—. Sin poner en tela de juicio su sabiduría, cuando escribió “Política” estaba permitida la esclavitud en Grecia; ahora en las sociedades contemporáneas está proscrita, además de ser tenida como institución aberrante e inhumana.

---

<sup>16</sup> Los enfrentamientos entre Fernando González Ochoa y la Iglesia católica fueron recurrentes durante la vida del autor. Javier Henao Hidrón — quien fue abogado y profesor de derecho de la Universidad de Antioquia, consejero de Estado y estudioso de la obra de Fernando González — cuenta la siguiente anécdota del Brujo de Otraparte cuando fue Juez: “Debía resolver la adjudicación de una herencia en la cual el difunto -el *de cuius* de los abogados- había consignado en su testamento que parte de sus bienes se distribuirían entre las benditas Animas del Purgatorio y el Niño Jesús de Praga, dispuso lo siguiente en la sentencia: -Las Ánimas del Purgatorio acreditarán su personería jurídica y en cuanto al niño Jesús de Praga, su herencia le será entregada tan pronto cumpla la mayoría de edad... Entre tanto, pasen los bienes a los herederos reconocidos en este proceso” (p. 91 – 92). En Henao, J. (2014). FERNANDO GONZÁLEZ, Filósofo de la Autenticidad. Medellín, Colombia: Ediciones Otraparte.

Con el *método teleológico* se busca el espíritu o finalidad del autor. En una carta del 12 de abril de 1871, escrita por Karl Marx a su amigo Ludwig Kugelmann, sobre el Movimiento Insurreccional Comuna de París de 1871, dice:

(...) la insurrección de París, incluso en el caso de ser aplastada por los lobos, los cerdos y los viles perros de la vieja sociedad, constituye la proeza más heroica de nuestro partido desde la época de la insurrección de junio. Que se compare a estos parisienses, prestos a asaltar el cielo, con los siervos del cielo del sacro Imperio romano germánico-prusiano, con sus mascaradas antediluvianas, que huelen a cuartel, a iglesia, a junkers y, sobre todo, a filisteísmo. (Marx, 1871)

Aplicando dicho método, la frase icónica “Asaltar el cielo” conocida popularmente como “el cielo no se toma por consenso sino por asalto” se debe interpretar teniendo en cuenta que la finalidad del marxismo es “derrumbar por medio de la violencia el régimen capitalista e instaurar, en su lugar, el régimen comunista” (Feinmann, 2011). La frase no se refiere a temas astrológicos ni religiosos —la palabra “cielo” es común en esos discursos—, se refiere a que el poder se toma por medio de la violencia.

Otro ejemplo del *método teleológico*, que apunta a las intenciones del autor, se expone a continuación:

Habías llegado muy alto por tu propio esfuerzo y por eso tenías una confianza ilimitada en tu opinión. Cuando era niño esto ni siquiera me deslumbraba tanto como deslumbraría después al adolescente, al hombre joven en formación. Desde tu sillón gobernabas al mundo. Tu opinión era exacta y cualquier otra era absurda, alocada, excéntrica, anormal. Y tu confianza en ti mismo fue tan grande que ni siquiera necesitabas ser consecuente para que continuaras teniendo la razón. Podía suceder también que acerca de algún asunto no tuvieras ninguna opinión y que por eso todas las opiniones que con respecto a ese asunto fueran posibles en general, hubieran de ser falsas sin excepción. Podías, por ejemplo, despotricar contra los checos, luego contra los alemanes, luego contra los judíos, en cualquier orden, sin ninguna selección, y por último no quedaba ya nadie más que tú. Te

transformaste para mí en lo enigmático de todos los tiranos, cuyo derecho se basa en su persona y no en el pensamiento. Así me parecía al menos. (Kafka, 1999, p.271)

El fragmento anterior es de “Carta al padre”, de Franz Kafka. Se conoce que Kafka cuando niño era tímido, callado, solitario y noble; y su padre era extrovertido, locuaz y colérico (Camargo y Kretschmar, 2011). Los encuentros entre padre e hijo para el escritor fueron unas experiencias desagradables y traumáticas, generadoras de miedos. El progenitor exigía comportamientos que su hijo era incapaz de realizar. Aplicando el método teleológico se puede decir que la intención del autor fue mostrar la imposibilidad de romper las jerarquías en cualquier ámbito de la experiencia humana.

La estructura conceptual y los argumentos desarrollados en la monografía dan cuenta de las conexiones que hay entre el trabajo del decisor vinculado al precedente judicial y el del crítico literario que analiza y aprecia los materiales literarios. La crítica, que es un presupuesto de la interpretación, liga a los decisores y a los críticos literarios.

## REFERENCIAS

- Aristóteles. (1974). *Poética*. García (Ed.). Madrid, España: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (1988). *Política*. Madrid, España: Editorial Gredos.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbes, M. (1998). *La novela*. España: Editorial Síntesis.
- Bravo, L. (2009). Sobre Memorias póstumas de Blas Cubas, de Joaquim Machado de Assis. *Humanidades: Revista De La Universidad De Montevideo*, (Años 8 y 9), pp. 25-42. Recuperado de: <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistahumanidades/article/view/70>
- Caballero, A. (2018). *Sin remedio*. Bogotá, Colombia: Editorial Tusquets.
- Calvo, J. (2015). Teoría literaria del derecho. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional. En J. L. Fabra Zamora & A. Nuñez Vaquero (edits.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, (Vol. I), pp. 695-736. México: Universidad Autónoma de México. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=708849>
- Camargo y Kretschmar (2011). Introducción. En Luca, J. (Ed.), *La transformación y otros relatos* (pp. 9-144). Editorial Cátedra.
- Cante, F., & Agudelo-González, A. (2012). Albert Camus: ¿un exponente de la acción política noviolenta? *Desafíos*, 24(2), pp. 69-104. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/2271>

Diderot, D. (2004). *Jacques el fatalista*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Alfaguara.

Eagleton, T. (1983) *Una introducción a la teoría literaria*. Argentina: Editorial Fondo de Cultura Económica. Recuperado de: <https://estudiosliterariosunrn.files.wordpress.com/2010/08/eagleton-terry-una-introduccion-a-la-teoria-literaria.pdf>

Eagleton, T. (2005). *La novela inglesa*. Madrid, España: Editorial Akal.

Espinosa, Y. (2019). *Derecho y Literatura: diálogo y confrontación*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia. Recuperado de: [https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/12148/6/YesidEspinosa-2019\\_DerechoLiteratura.pdf](https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/12148/6/YesidEspinosa-2019_DerechoLiteratura.pdf)

Feinmann, J. (2011). *Filosofía y praxis*. Recuperado de: <https://www.educ.ar/recursos/50213/filosofia-y-praxis>

Foucault, M. (1996). *La vida de los hombres infames*. La Plata, Argentina: Editorial Altamira.

Fuentes, C. (1989). Carlos Fuentes: para recuperar la tradición de La Mancha / Entrevistado por Julio Ortega. *Revista Iberoamericana*, 55(148), 637-654. Recuperado de: <https://doi.org/10.5195/reviberoamer.1989.4615>

Fuentes, C. (2011). *La gran novela latinoamericana*. México: Editorial Alfaguara.

Fuentes, C. (2012). Todo es presente / Entrevistado por Massimo Rizzante. *Revista de la Universidad de México*, N102, pp. 5-13. Recuperado de: <https://www.revistadelauniversidad.mx/download/5b7d6806-cb21-41ac-8b8e-8b4cb9908712?filename=entrevista-con-carlos-fuentes-todo-es-presente>

G. Maestro, J. (2017) *Crítica de la Razón Literaria. El Materialismo Filosófico como Teoría, Crítica y Dialéctica de la Literatura*. Vigo, España: Editorial Academia del Hispanismo.

García, D. (2017). Claves de la tradición clásica en Aura de Carlos Fuentes. *Revista Nova Tellvs*, Vol. 35 N. 1, pp. 131-149. Recuperado de: <https://revistas-filologicas.unam.mx/nouatellus/index.php/nt/article/view/763/762>

García, G. (1972). *La increíble y triste historia de la cándida Eréndira y de su abuela desalmada*. Bogotá, Colombia: Editorial La Oveja Negra.

García, G. (2014, abril 2). Dos o tres cosas sobre “La novela de la violencia”. *Revista Semana*. <https://www.semana.com/agenda/articulo/dos-tres-cosas-sobre-la-novela-de-la-violencia/36312/>

García, G. (2017). *Cien años de soledad*. Barcelona, España: Editorial Penguin Random House.

Gómez, F. (2001). Ironía y libertad: Denis Diderot y la novela moderna: Jacques el fatalista en la herencia cervantina. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/4532/>

González, F. (2016). *Viaje a pie*. Medellín, Colombia: Fondo Editorial Universidad EAFIT.

Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.

Hesse, H. (2016). *Demian*. Madrid, España: Editorial Alianza.

Kafka, F. (1999). *Carta a Milena / Carta al padre*. Barcelona, España: Editorial Cultura.

Kafka, F. (2011). *La transformación y otros relatos*. Madrid, España: Editorial Cátedra.

Karam, A. y Magalhães, R. (2009). *Derecho y Literatura*. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, III (4), pp. 163-213. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4358035>

Kundera, M. (2006). *El arte de la novela*. Barcelona, España: Editorial Tusquets.

Laverde, A. (2008). *Tradición Literaria colombiana: dos tendencias*. Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Antioquia.

López, D. (2006). *El Derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

López, M. (2013) Bildungsroman. Historias para crecer. *Revista Tejuelo*, (Vol. 18) N1, pp. 62-75. Recuperado de: [http://dehesa.unex.es/flexpaper/template.html?path=/bitstream/10662/4521/1/1988-8430\\_18\\_62.pdf#page=1](http://dehesa.unex.es/flexpaper/template.html?path=/bitstream/10662/4521/1/1988-8430_18_62.pdf#page=1)

Machado, J. (1951). *Memorias póstumas de Blas Cubas*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.

Martínez, P. (2005). Huellas cervantinas en Jacques le Fataliste (II): fatalismo y quijotismo. *Revista Complutense de estudios franceses*, N21, pp. 135-146. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/676570>

Martínez, P. (2006). El Quijote y la tradición antinovelesca francesa en los siglos XVII y XVIII. *Revista Edad de Oro*, N25, pp. 409 - 435. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/670618>



Martínez, P. (2006). Huellas cervantinas en Jacques le Fataliste I: poética de la ficción. *Revista Complutense de estudios franceses*, N20, pp. 163-181. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/676058>

Marx, K. (1871). *Carta a LUDWIG KUGELMANN*. Recuperado de: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/cartas/m12-4-71.htm>

Mejía, J. (2002). Las polémicas de la mimesis en Platón. *Revista Universitas Philosophica*, (Vol. 38) pp. 109 – 118. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vniphilosophica/article/view/11416>

Pardo, P. (2010). Tristram Shandy, Blas Cubas y la tradición metaficcional en la novela del siglo XIX, en: A. Rivas (ed.), *Un clásico fuera de casa: nuevas miradas sobre Machado de Assis*. pp. 39-54. Recife, Brasil: Editorial Massangana. Recuperado de: <https://gredos.usal.es/handle/10366/119029>

Pérez, C. (2006). Derecho y literatura. *Revista Isonomía*, (Vol. 24), pp. 135-153. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-y-literatura-1/>

Prieto, S. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Quinche, M. (2020). *El precedente judicial y sus reglas*. Colombia: Editorial Legis.

Real Academia Española. (s.f.). Judicial. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 07 de agosto de 2021, de: <https://dle.rae.es/judicial?m=form>

Real Academia Española. (s.f.). Literaria. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 23 de septiembre de 2021, de: <https://dle.rae.es/literario?m=form>

Real Academia Española. (s.f.). Pájaro. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 20 de enero de 2022, de: <https://dle.rae.es/p%C3%A1jaro>

Real Academia Española. (s.f.). Precedente. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 07 de agosto de 2021, de: <https://dle.rae.es/precedente?m=form>

Real Academia Española. (s.f.). Techo. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 20 de enero de 2022, de: <https://dle.rae.es/techo?m=form>

Real Academia Española. (s.f.). Tradición. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 30 de julio de 2021, de: <https://dle.rae.es/tradici%C3%B3n>

Sontag, S. (2005). *Contra la interpretación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Alfaguara.

Spang, K. (2000). La novela epistolar. Un intento de definición genérica. *Revista de filología hispánica*, (Vol. 16) N3, pp. 639-656. Recuperado de: <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/5366/1/Spang%2c%20Kurt.pdf>

Sterne, L. (1985). *Vida y opiniones del caballero Tristram Shandy*. Madrid, España: Editorial Cátedra.

Toda, F. (1985). Introducción. En Sterne, L. (1985). *Vida y opiniones del caballero Tristram Shandy*. (pp. 8-51). Madrid, España: Editorial Cátedra.

Vargas Llosa, M. (2002). *La verdad de las mentiras*. Madrid, España: Editorial Alfaguara.

Vargas Llosa, M. (2004). Una novela para el siglo XXI. En Cervantes, M. (2015). *Don Quijote de la Mancha*. Barcelona, España: Editorial Penguin Random House.

Vásquez, J. (2018). *Viajes con un mapa en blanco*. Bogotá, Colombia: Editorial Alfaguara.

Zweig, S. (2002). *Carta de una desconocida*. Barcelona, España: Editorial Alcantarillado.

## Normativas

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperada de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Colombia, Acuerdo 02 de 2015, Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional. 22 Jul, 2015. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento.pdf>

Colombia, Decreto-Ley 2067 de 1991, Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. 04 Sep, 1991 Núm 40.012. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2067\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2067_1991.html)

Colombia, Decreto-Ley 2591 de 1991, Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. 19 Nov, 1991 Núm. 40.165. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html)

[Colombia, Decreto-Ley 2700 de 1991, Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal. 30 Nov, 1991. Recuperado de: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206)

Colombia, Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 Ene, 2011 Núm. 47.956. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

Colombia, Ley 23 de 1982, modificada por la Ley 44 de 1993. Sobre los derechos de autor. (Enero 28 de 1982). Recuperado de:

[https://propiedadintelectual.unal.edu.co/fileadmin/recursos/innovacion/docs/normatividad\\_pi/ley\\_23\\_1982.pdf](https://propiedadintelectual.unal.edu.co/fileadmin/recursos/innovacion/docs/normatividad_pi/ley_23_1982.pdf)

Colombia, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la administración de justicia. 15 Mar, 1996 Núm. 42.745. Recuperada de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)

Colombia, Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. 24 Jul, 2000 Núm. 44.097. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)

Colombia, Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. 24 Jul, 2000 Núm. 44.097. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1948) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Constitución política de Colombia (1991) Artículo 1. Recuperado de: [www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Constitución política de Colombia (1991) *Artículos 13, 29, 90 y 230*. Recuperado de: [www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Constitución política de Colombia (1991) *Artículos 21, 61 y 71*. Recuperado de: [www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

## **Jurisprudenciales**

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002. Expediente 13606, CP María Helena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 17 de noviembre de 1995. Expediente 10056. CP Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 30 de junio de 1994. Expediente 9734. CP Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 17 octubre de 2013. Expediente 23354. CP Mauricio Fajardo López.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2018. Expediente 46947. CP Carlos Alberto Zambrano.

Corte Constitucional. (01 de abril de 1993) Sentencia C-131 de 1993. [MP Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>

Corte Constitucional. (02 de junio de 2016). Sentencia T-291 de 2016. [MP Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-291-16.htm>

Corte Constitucional. (03 de abril de 2002) Sentencia C-228 de 2002. [MP Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm>

Corte Constitucional. (05 de febrero de 2021) Sentencia SU-027 de 2021. [MP Cristina Pardo Schlesinger]. Recuperado de: [corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU027-21.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU027-21.htm)

Corte Constitucional. (08 de junio de 2005) Sentencia C-590 de 2005. [MP Jaime Córdova Triviño]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-590-05.htm>

Corte Constitucional. (09 de febrero de 1993) Sentencia C-037 de 1993. [MP Jose Gregorio Hernández Galindo]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-037-93.htm>

Corte Constitucional. (11 de julio de 2013) Sentencia T-446 de 2013. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-446-13.htm>

Corte Constitucional. (21 de mayo de 2021) Sentencia SU-149 de 2021. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU149-21.htm>

Corte Constitucional. (6 de abril de 2006) Sentencia T-292 de 2006. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>

Corte Constitucional. (6 de julio de 2011) Sentencia C-539 de 2011. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>

Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001) Sentencia C-836 de 2001. [MP Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

## BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N. (2012). *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Hart, H.L.A. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hart, H.L.A. y Dworkin, R. (1998). *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Gaviria, C. (2018). *9 conferencias*. Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y Señal Editora.
- Gaviria, C. (2002). *Sentencias herejías constitucionales*. Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Porrúa.
- López, M. (2013). *Teoría impura del derecho*. Colombia: Editorial Legis S.A.
- Muñoz, D. (2011). *Cultura escrita y derecho —El derecho como artefacto literario—*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.
- Schauer, Frederick (2013). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil*. Madrid, España: Editorial Trotta.