



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Derecho y Literatura: Un campo para la crítica, interpretación y enseñanza de los derechos humanos en América Latina

Julián Álvarez Ruiz

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2020

Derecho y Literatura: Un campo para la crítica, interpretación y enseñanza de los derechos humanos en América Latina

Julián Álvarez Ruiz

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

Magíster en Derecho

Director

Ph.D. Andrés Abel Rodríguez Villabona

Profundización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2020

A Vanessa Iaria y Elena Álvarez

Agradecimientos

Al profesor Andrés Abel Rodríguez, por dirigir este trabajo de investigación con interés y dedicación, y al profesor Luis Manuel Castro, que ejerció la tutoría inicial de este trabajo y formuló aportes valiosos para su redacción. Ambos docentes, en la clase de Historia de los Derechos Humanos, acuden a la literatura para abordar fenómenos jurídicos de América Latina de una manera interesante y creativa.

A mis compañeros de Maestría por acompañarme en este periodo de aprendizaje a base de lecturas compartidas y conversaciones siempre amistosas: a Giovanni Páez, Ginna Rivera, Juan Pablo Salinas, Juliana Cárdenas, Pedro Molina, Santiago Bustos, Heydi Baldosea, Ana María Mayor, Patricia Garzón, Carolina Velandia, Magda Cano, Paula Martínez, Sergio Fernández y Nelson Sierra.

Al profesor Camilo Borrero, en cuyas asignaturas de Sociología del Derecho y de Multiculturalismo tuve la oportunidad de dar mis primeras clases como profesor asistente, y de aprender inmensamente con él y sus estudiantes.

A mis amigos y amigas del pregrado en la Universidad Libre, con quienes hablé de estos temas años antes de empezar a escribirlos, y con quienes compartí y sigo compartiendo la vida, así sea en la distancia: Camilo, Karla, Luisa, Heidi, Ingrid, Carlos, Frecia, Marco, Adriana, Juan M., Julián, Lorena, David, y a los profesores Carlos Torres, Elcydia Roa, Catherine Cuervo, Jorge Restrepo, Guillermo Asprilla.

A mis mejores amigos y colegas: Laura, Carolina, Camilo, Mauricio, Alejandro. A Angélica, que leyó la primera versión de este ensayo que hoy finalizo. A todos los compañeros y compañeras con los que he compartido trabajos y experiencias, y que dedican sus vidas a la acción humanitaria y al cambio social.

A mi madre, mi padre, mis hermanos, mi tía y mi abuelita, gracias por todo.

A Vanessa, el amor de mi vida, y a la pequeña Elena, siempre conmigo.

Resumen

Este trabajo final argumenta que el campo académico conocido como Derecho y Literatura ofrece una perspectiva socialmente sensible y útil para la interpretación y aplicación del derecho en la práctica jurídica, al tiempo que es una herramienta teórica que enriquece y profundiza la comprensión y enseñanza de los derechos humanos. El *derecho como literatura* entiende el derecho como práctica discursiva que pretende la mejor interpretación del texto y la prevalencia de determinados valores sociales. El *derecho en la literatura*, por su parte, se centra en la narración del derecho en los textos literarios y cuestiona la manera en que la lógica jurídica representa la condición humana y resuelve los conflictos derivados de ella. Este estudio señala que ambos modos de articulación, al evaluar el derecho según su cercanía o distancia con valores esenciales como la dignidad humana, la libertad y la compasión, brinda una perspectiva única para la interpretación y enseñanza de los derechos humanos. Finalmente, en vista del arraigo anglosajón y europeo del proyecto académico, explora posibles lecturas de su aplicación en América Latina.

Palabras clave: filosofía del derecho, derecho y literatura, teoría literaria, derechos humanos, estudios latinoamericanos.

Abstract

This dissertation argues that the academic field known as *Law and Literature* offers a socially sensitive and useful perspective for the interpretation and application of law in legal practice, while being a theoretical tool that enriches and deepens the understanding and teaching of human rights. *Law as literature* understands law as a discursive practice which seeks both the best interpretation of the text and the prevailing of certain social values. *Law in literature*, for its part, focuses on the narration of the law in literary texts and questions the way in which legal logic represents the human condition and resolves the conflicts derived from it. This study claims that both modes of articulation, when evaluating the law according to its proximity or distance with essential values such as human dignity, freedom and compassion, provide a unique perspective for the interpretation and teaching of human rights. Finally, in view of the Anglo-Saxon and European roots of this academic project, explores possible readings of its application in Latin America.

Keywords: philosophy of law, law and literature, literary theory, human rights, Latin-American studies.

Contenido

Introducción	IX
1. El movimiento Derecho y literatura	14
1.1. Evolución histórica	14
1.1.1. Entre el pragmatismo y el idealismo	15
1.1.2. El momento de la transición	18
1.1.3. La consolidación del movimiento	23
1.2. Repercusión mundial	27
1.2.1. El movimiento en Europa	27
1.2.2. El movimiento de América Latina	29
2. Formas de articulación	33
2.1. Interpretativa: el derecho <i>como</i> literatura	33
2.1.1. El derecho se parece a la literatura	38
2.1.2. El derecho se distingue de la literatura	42
2.1.3. El derecho se interpreta creativamente	47
2.2. Narrativa: el derecho <i>en</i> la literatura	56
2.2.1. La literatura como discurso ético-político	57
2.2.2. La literatura como ejercicio estético-individual	63
2.2.3. La literatura como disputa del relato social	70
3. Literatura y derechos humanos en América Latina	82
3.1. Origen, fundamento y universalidad de los derechos humanos	82
3.2. Expresión del derecho en la literatura occidental	97
3.3. Calibán: la lectura del derecho desde América Latina	105
3.4. Los derechos humanos en la literatura latinoamericana	109
Conclusiones	120
Bibliografía	132

Introducción

Este trabajo es el producto de un interés personal muy temprano alentado por la convicción de que la literatura y el derecho son campos de conocimiento que sirven tanto al crecimiento personal como a la transformación social. El derecho y la literatura son dos disciplinas que comparten elementos comunes que por lo general se pasan por alto en las facultades de derecho y en la práctica jurídica. Los juristas suelen ser conservadores y celosos de su profesión. A pesar de los notables avances que han registrado la teoría jurídica, la filosofía política y, en general, las áreas del conocimiento orientadas a la razón práctica, la mayoría de juristas, sobre todo en Colombia, mantienen una cierta visión del derecho como una ciencia impermeable a la política y las humanidades, y ajena a la dinámica social. Por distintas razones, abogados, jueces y catedráticos navegan aún en la estela del formalismo, y tienden a sospechar si se les recuerda que el derecho es una práctica discursiva y un relato entre los varios que circulan en la sociedad.

El movimiento académico conocido como Derecho y Literatura hace parte del campo más amplio de los estudios legales críticos, que cuestiona este supuesto carácter científico y apolítico del derecho. La teoría crítica, en general, plantea un cuestionamiento radical a los paradigmas o modelos de verdad aceptados y compartidos por la tradición filosófica occidental como el idealismo individual, el racionalismo científico y el formalismo positivista. Aplicada al derecho, esta teoría crítica ha propiciado el surgimiento de campos de estudios tan fecundos como los *Critical Legal Studies* en Norteamérica, la *Association Critique du Droit* en Francia, el *Uso Alternativo del Derecho* en Italia y en España, y el *Pluralismo Jurídico* en América Latina, con sus respectivas resonancias y repercusiones.

Una de las expresiones más notables de los estudios jurídicos críticos ha sido la de vincular el derecho con las humanidades, no solo con las ciencias humanas y sociales, sino con las prácticas artísticas como la literatura, el cine, el teatro y la música. Este vínculo responde a una consideración muy básica: el derecho está hecho de palabras, palabras escritas en códigos, sentencias y manuales, palabras habladas en juicios, foros y asambleas, palabras que conforman textos que, en vez de tener un significado único y completo, deben ser leídos e interpretados. El derecho es una práctica discursiva, una realidad textual, un sistema retórico que regula e interviene la realidad bajo unas condiciones históricas y políticas determinadas, y es también un dispositivo de ejercicio del poder abierto a las revisiones y críticas provenientes de las creaciones culturales.

El puente disciplinar entre derecho y humanidades ha tenido distintos efectos: al conectar el derecho con otras disciplinas, lo ha despojado de su sacralidad, lo ha hecho maleable y susceptible a preguntas y revisiones; al expresar el carácter narrativo del derecho, este deja de ser el único o el más importante relato social para convertirse en uno cuya nota característica es el respaldo de la fuerza; al acudir a los principios hermenéuticos de la crítica literaria, ha sugerido nuevos caminos a la teoría de interpretación jurídica; ha enriquecido los debates sobre las viejas preguntas de la filosofía del derecho como la validez, la legitimidad, la eficacia y la realización de la justicia, al dotar de nuevos contenidos a estas nociones; ha interesado a estudiantes y profesores de derecho en la literatura y, en general, ha hecho más interesante el estudio de la profesión jurídica.

El derecho es una profesión humanística. No hay razón alguna para que no se enseñe en las facultades de ciencias sociales y humanidades. El derecho está tan conectado con el ser humano que puede disponer de su libertad y su dignidad. Su razón de ser es organizar las relaciones humanas para prevenir y resolver el conflicto. Todo el conjunto de interacciones sociales significativas está regulado por el derecho. También es un vehículo de liberación. El derecho señala cuándo y cómo es posible remover un gobierno despótico o transformar uno deficiente. Pero a pesar de ser el espacio común del intercambio social, el derecho utiliza un lenguaje que no todos pueden hablar, una lengua para entendidos que no es precisamente bella, y suele practicarse en círculos cerrados y herméticos que se cuidan de no mezclarse con las ciencias sociales y las artes liberales. El derecho usa el ropaje de la ciencia para reclamar pureza, objetividad, racionalidad, pero siempre queda desnudo en su ambigüedad y su naturaleza política.

Los estudios críticos han permitido una reflexión del derecho que permite a los juristas ver la profesión desde afuera de los estrechos márgenes de la disciplina, han propiciado un cuestionamiento de la supuesta objetividad y racionalidad del derecho, mas no para destruirlo o restarle eficacia, sino para mostrarlo como un espacio en permanente construcción en el cual distintos actores disputan la apropiación del sentido de los textos, un campo social en el que intervienen las fuerzas sociales y políticas que mueven la historia, y, en general, un universo de frágil equilibrio entre el orden y la libertad, la regulación y la emancipación.

Este ensayo nace bajo la influencia de los estudios críticos del derecho e intenta dialogar con algunos de sus autores. Si tiene algún aporte a la discusión teórica es que procura mostrar el interés y la utilidad de la literatura para la crítica, la interpretación y la enseñanza del derecho. Desde luego, no es el primer trabajo que

se escribe sobre este tema. En los últimos años han proliferado los estudios sobre derecho y literatura, los puntos de conexión entre disciplinas, los debates teóricos, las posibilidades de su aplicación práctica y los programas curriculares que apuestan por una forma nueva y creativa de enseñar y discutir el derecho.

La particularidad de este ensayo, entonces, consiste en intentar mostrar cómo contribuye el movimiento académico Derecho y Literatura a la interpretación, la crítica y la enseñanza de los derechos humanos en América Latina.

Con este propósito, el trabajo se divide en tres partes o capítulos. El primero se ocupa de mostrar en qué consiste este movimiento o proyecto académico, cómo y dónde nace, cuáles son sus principales ideas y exponentes, y qué repercusión ha tenido en el estudio del derecho. El capítulo sigue un recorrido cronológico en tres partes. La primera muestra los autores iniciáticos, a principios del siglo XX, que revelan desde un momento temprano las tendencias que marcarán los debates posteriores del movimiento académico. La segunda parte describe una etapa de transición que profundiza estas tensiones teóricas, sin que exista aún un contenido programático común. La tercera parte señala el comienzo formal del proyecto académico en el contexto general de los estudios jurídicos críticos, en la década de 1970, y presenta los principales autores y sus planteamientos, desde distintas posiciones teóricas y políticas. Finalmente, se expone la forma en que el proyecto académico tuvo repercusión en Europa y América Latina.

El segundo capítulo explora las dos formas de articulación que usualmente se asignan al movimiento académico: el derecho *como* literatura y el derecho *en* la literatura. El primero es un modo de articulación interpretativo que se refiere a la posibilidad de equiparar, asimilar o hacer un paralelo entre la interpretación jurídica y la hermenéutica propia de la crítica literaria.

El principal debate en este punto es si el derecho se parece a la literatura en sus modos de producción e interpretación, qué tanto se parece, y por qué resulta útil hacer tal asimilación para el estudio del derecho y la práctica jurídica. Se analizan los dos principales exponentes de este debate. Por una parte, Ronald Dworkin, que propone la metáfora de la novela en cadena para significar que el derecho se construye en un conjunto encadenado de interpretaciones sucesivas que deben intentar mantener la coherencia del relato original, y, por otra parte, Richard Posner, quien considera que la literatura y el derecho emiten mensajes distintos, tienen fines y procedimientos diversos, de modo que no es posible la comparación entre disciplinas a nivel hermenéutico. En la tercera parte de este capítulo se analizan las teorías de la subjetividad que, en el acto interpretativo, buscan el

sentido del texto no en la intención del autor ni en la literalidad de la obra, sino en la capacidad del lector de reconstruir creativamente su contenido.

El otro modo de articulación, el derecho *en* la literatura, es una forma narrativa de articulación que presenta dos componentes: un enfoque ético, que considera que la literatura puede profundizar el contenido ético del derecho al exponer a los juristas a los problemas humanos tal como son tratados en la narrativa, y un enfoque retórico, que hace énfasis en el carácter discursivo de la literatura y el derecho, y considera este último como un relato social. Se estudia, entonces, la forma en que las discusiones legales son tratadas y resueltas en la narrativa, con el fin de establecer si estos tratamientos son útiles o provechosos para el estudio del derecho o la práctica jurídica. Tres apartados componen este capítulo: en el primero se plantea el debate de la literatura como un discurso ético-político que alimenta el núcleo moral, fortalece la capacidad de empatía y alienta el cambio social, con base en los postulados de Martha Nussbaum y otros teóricos aliados; en el segundo, a manera de contraste, se discute la literatura como un ejercicio estético-individual que se debe solo a sí mismo, no tiene pretensiones morales o políticas, y busca solo la satisfacción personal; el debate entre estos dos tipos de discurso asume a veces la forma del dilema entre autonomía y compromiso en el arte; y en el tercero, desde el enfoque retórico, se estudian las implicaciones jurídicas y políticas de entender el derecho como un relato social en disputa.

El tercer y último capítulo se propone validar la tesis central de la investigación, es decir, que el proyecto académico Derecho y Literatura contribuye de manera significativa a los estudios jurídicos y, en concreto, a la crítica, interpretación y enseñanza de los derechos humanos en América Latina. Con este propósito, el capítulo se divide en cuatro partes. La primera está dedicada a los modelos que explican el origen, la fundamentación y la universalidad de los derechos en la tradición occidental, y se ofrece un comentario y una crítica de dichos modelos a la luz de las teorías críticas del derecho. La segunda parte sigue un recorrido similar, pero esta vez se presenta la evolución histórica de las obras literarias del canon occidental que tratan los temas jurídicos, y cómo aparecen de forma paralela a las instituciones políticas y jurídicas que les sirven de marco cultural. La tercera parte evidencia la necesidad de dar un giro hacia América Latina en los modelos de explicación del origen y la fundamentación de los derechos, y se intenta avanzar de la universalidad a la multiculturalidad, en una perspectiva que bien podría llamarse decolonial. Y en la última parte se presentan algunas obras literarias de América Latina que resultan reveladoras para determinar la forma en que los derechos humanos se han entendido y aplicado en la región.

Esta es la motivación, la estructura y los contenidos de este ensayo presentado como el trabajo final del programa académico de la Maestría en Derecho, en la profundización de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Universidad Nacional de Colombia. El mérito que pueda tener este escrito se debe a los aprendizajes y las experiencias adquiridas en esa casa de estudios, que sigue siendo un ejemplo de apertura al pensamiento crítico y de indagación intelectual creativa y transformadora. El autor espera que esta sea una lectura interesante, amena, y, de ser posible, que alimente los debates académicos y no académicos sobre derecho, literatura, derechos humanos y teorías críticas.

1. El movimiento Derecho y literatura

El movimiento académico denominado Derecho y literatura se centra en la relación interdisciplinaria entre el derecho y la literatura. Como campo teórico tiene raíces en dos cuestiones esenciales a la historia intelectual del derecho: en primer lugar, en la duda creciente sobre si el derecho, visto de forma aislada, es una fuente de valor y significado en sí mismo o si debe estar conectado a las dinámicas sociales, filosóficas y culturales del mundo que aspira a regular; y, en segundo lugar, en la más o menos reciente preocupación por la mutabilidad y ductilidad del significado en todos los textos, sean literarios o jurídicos.

Estas dos cuestiones reflejan a su vez dos perspectivas complementarias del movimiento: *el derecho en la literatura*, que estudia la concepción del derecho en los textos literarios y la forma en que la condición humana y los conflictos que se siguen de ella es asumida y enfrentada por la lógica jurídica; y *el derecho como literatura*, que equipara la labor interpretativa de los textos jurídicos con el trabajo hermenéutico de la crítica literaria¹.

La expresión “derecho y literatura” no es unánime en la producción académica. En ocasiones se habla de “derecho y humanidades”, de “derecho y lenguaje” o de “derecho, cultura y humanidades”. Según James Boyd White, uno de los iniciadores del movimiento académico, “no hay un programa organizado aquí, un compromiso con una ideología, ni un plan de conquista. Por el contrario, de acuerdo con la naturaleza de la literatura misma, y de las humanidades, la idea es que muchas flores pueden florecer, diferentes en forma y color”². En todo caso, los estudios que se adelantan bajo estas rúbricas, aunque diversos en género,

¹ Un tercer punto de conexión entre el derecho y la literatura es la forma en que el derecho regula los fenómenos del ámbito literario, que suele llamarse el *derecho de la literatura*. Esta perspectiva, una aproximación transversal a cuestiones específicas del derecho privado (propiedad intelectual, *copyright*), derecho penal (injurias, difamaciones, calumnias, etc.), derecho público (libertad de expresión, censura) y derecho administrativo (políticas educativas y culturales), excede los límites de este trabajo y, en todo caso, no resulta de interés en el contexto de la relación derecho-literatura que se pretende analizar. Para un acercamiento a este modo de articulación puede consultarse, entre otros, la cuarta parte (“The Regulation of Literature by Law”) del libro de Richard A. Posner, *Law & Literature*, 3rd ed., Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 497-544.

² James Boyd White, “The Cultural Background of *The Legal Imagination*”, Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson (eds.), *Teaching Law and Literature*, New York, Modern Language, 2011, p. 38.

comparten la misma intención de enlazar el derecho con un marco cultural más amplio.

Antes de abordar los modos de articulación de ambas perspectivas, en este primer apartado se hace un recuento histórico del movimiento y sus principales discusiones en el mundo académico.

1.1. Evolución histórica

El movimiento “derecho y literatura” ha tenido expresiones en distintas épocas y en diversas partes del mundo, pero ha sido en las universidades europeas y, sobre todo, norteamericanas en donde se ha gestado y ha experimentado un mejor desenvolvimiento, al punto que en la actualidad se encuentra reflejado en buena parte de los programas curriculares de las facultades de derecho y humanidades de esas latitudes.

En esa medida, la necesidad de construir un soporte teórico a partir del cual se pueda diseñar una herramienta de crítica e interpretación de los derechos humanos en América Latina, exige enfocar la atención en el origen y desarrollo del movimiento en estos países.

Es posible identificar tres etapas claras en la evolución del movimiento “derecho y literatura”: la primera se inicia a comienzos del siglo XX y se extiende hasta finales de la década de 1930, y en ella surgen los primeros escritos sobre la materia en Estados Unidos y en Europa, en el contexto más amplio de una reacción antiformalista en las facultades de derecho; la segunda fase va desde la década de 1940 hasta finales de 1960, y en ella se advierte una continuidad en las investigaciones y una profundización de sus contenidos; y la tercera etapa se consolida a mediados de 1970 cuando renace el movimiento en Estados Unidos, y se prolonga hasta la época actual, con un decidido arraigo curricular en los departamentos universitarios y una notable expansión en distintas partes del mundo³.

1.1.1. Entre el pragmatismo y el idealismo

³ Estas tres etapas fueron formuladas por Arianna Sansone, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001.

Las culturas jurídicas en la Europa continental y en Estados Unidos son muy diversas y, en esa medida, las teorías críticas que han surgido en cada cultura tienen, a su vez, rasgos y desarrollos diferenciales.

En Francia, por ejemplo, en donde la revolución de 1789 debió limitar por la vía legal los excesos de poder y privilegios del Antiguo Régimen, se consolidó una fuerte tradición legalista, en la que la tarea del jurista debía ceñirse a una exposición y defensa neutrales de la norma positiva. Siendo la ley la expresión suprema de la voluntad general⁴, la interpretación de la misma causaba no pocas suspicacias, por lo que los críticos del derecho se encontraron pronto en un campo estéril. No ocurrió así en países como Alemania e Italia, que entraron en contacto con el positivismo jurídico a finales del siglo XIX, cuando ya habían consolidado una ciencia jurídica dedicada no solo a la reproducción formal de la ley sino de su *elaboración racional*. Allí la teoría cumplió una función importante: ser la fuente de creación del derecho y resolver sus insuficiencias. A su vez, en los países de tradición anglosajona, al haber confiado la elaboración del derecho de manera casi exclusiva a los jueces, la dogmática jurídica tenía la función limitada de exponer la casuística de las decisiones judiciales.

En la Europa continental, en donde la ley y el legislador han jugado un papel central, la crítica jurídica ha tenido un marcado carácter político e ideológico. Por el contrario, en la cultura anglosajona, donde el foco de atención está en los jueces y en la decisión judicial, la crítica ha provenido del realismo jurídico y la sociología del derecho⁵. Estas diferencias en las culturas jurídicas y en sus respectivas teorías críticas tienen su reflejo en las primeras propuestas que buscan vincular el derecho y la literatura.

Uno de los primeros teóricos en plantear abiertamente la relación entre derecho y literatura fue John Henry Wigmore, un jurista norteamericano experto en derecho probatorio y conocido por formular un método gráfico para el análisis de evidencias en los juicios llamado *Wigmore Chart*⁶. En 1908, Wigmore envió a la revista *Illinois Law Review* un artículo denominado "A List of Legal Novels"⁷ en el

⁴ Al respecto, Pedro Talavera ha señalado que la idea utópica de un legislador racional, único y todopoderoso, capaz de concebir la realidad y someterla a los postulados de la ley, es similar a la figura del narrador omnisciente que protagoniza las grandes novelas realistas del siglo XIX. En: *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*, Granada, Comares, 2006, p. 12.

⁵ Mauricio García Villegas, *Sociología y crítica del derecho*, México, Fontamara, 2010, pp. 49-62.

⁶ Terence Anderson, David Schum & William Twining, *Analysis of Evidence*, second edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 123-144.

⁷ John H. Wigmore, "A List of Legal Novels", *Illinois Law Review*, 3, 1908, pp. 574-596.

que definió la “novela legal” simplemente como una novela en la que el abogado, sobre todo, debería estar interesado, porque los principios del derecho o la profesión jurídica constituyen el tema principal de la obra. Wigmore identificó además cuatro tipos de narraciones de corte jurídico: a) las que describen alguna escena de un juicio, tal vez incluso un hábil interrogatorio; b) las que retratan los rasgos típicos de un abogado o un juez, o los pormenores de su vida profesional; c) las que delinear los métodos de la ley en la persecución y el castigo del crimen, y d) las incorporan en la trama algún aspecto de la ley que afecta los derechos o la conducta de los personajes.

Otro importante jurista que destacó la profunda relación entre el derecho y las letras fue Benjamin Cardozo, juez de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos y destacado representante del *Realismo Jurídico*, quien reconocía en los novelistas y poetas los principales profesores de derecho a comienzos del siglo XX. En su ensayo “Law and Literature”⁸, escrito en 1925, Cardozo señaló, al lado de Stendhal, que el alto nivel de precisión, brevedad y franqueza imperativa encontrado en el derecho es consistente con la excelencia literaria⁹. También escribió una lista de los seis estilos narrativos que, a su juicio, se pueden encontrar en los fallos judiciales: uno magistral o imperativo, el lacónico o perentorio, el conversacional o amigable, el refinado o artificial, el demostrativo o persuasivo, y uno de tonsura o aglutinante, que podría traducirse como de “corta y pega”.

Por su parte, en el mundo europeo fue fundamental el aporte del jurista italiano Ferruccio Pergolesi, quien ya desde 1927, en un texto titulado “Il diritto nella letteratura”, argumentaba que la literatura permite conocer la “historia civil de los pueblos” y, en especial, la forma en que el derecho es entendido, aplicado y evaluado por sus gentes, por lo que es necesario acudir a ella para entender la dimensión práctica de la ciencia jurídica¹⁰. Fue igualmente relevante el trabajo del profesor Antonio D’Amato, *La letteratura e la vita del diritto*, publicado en 1936, en el que considera a la literatura como depositaria de las necesidades y aspiraciones del pueblo, asumiendo una función en la formación y evolución del derecho. Según esta perspectiva, la obra literaria, al recoger las verdaderas aspiraciones de las

⁸ Benjamin N. Cardozo, “Law and Literature”, *Yale Law Review*, 14, 1925.

⁹ Es conocida la frase de Stendhal en una carta a Balzac: “Al componer la Cartuja, para ponerme a tono, leía de vez en cuando algunas páginas del Código civil”. Stendhal, *Correspondance. Tome III*, Paris, Gallimard, 1967, p. 399.

¹⁰ Ferruccio Pergolesi, “Il diritto nella letteratura”, *Archivio giuridico*, Modena, XCVII, 1, 1927.

sociedades, sintetiza el sentimiento social, de modo que al derecho solo le corresponde reflejar y canalizar ese sentimiento¹¹.

Fue importante también el aporte del jurista suizo Hans Fehr, que dedicó varias obras al reflejo del derecho en la poesía, en las canciones populares alemanas y en las antiguas leyendas suizas. Fehr publicó los ensayos “Das Recht in der Dichtung” y “Die Dichtung im Rech” en 1931 y 1936, respectivamente, en los que el derecho aparece como fenómeno cultural común a la educación de los juristas y de los literatos, mientras que la literatura, a su vez, surge tanto como una fuente para el conocimiento legal como un instrumento de crítica a las instituciones jurídicas¹².

En esta fase inaugural aparecen las primeras diferencias entre la tradición anglosajona y la europea continental, y sus teorías críticas: mientras que en Norteamérica, desde una perspectiva *pragmática*, se pretende que los abogados y los jueces se interesen en la lectura de obras de ficción para entender mejor su profesión y pulir su estilo, en Europa, particularmente en Italia y Suiza, con una visión que podría calificarse como *idealista*, pues exhibe una firme convicción en la capacidad de las ideas para moldear la sociedad, se persigue un objetivo más ambicioso: que los juristas pueden, en la creación y aplicación del derecho, captar y reproducir los intereses sociales presentes en la literatura.

1.1.2. El momento de la transición

A partir de la década de 1940 se produce un avance significativo de los estudios sobre la relación entre el derecho y la literatura. Poco después de concluida la Segunda Guerra Mundial, el jurista Gustav Radbruch dio a conocer su *Vorschule der Rechtsphilosophie*, que aborda no sólo la cuestión del “derecho injusto”, que es la más conocida, sino que se ocupa además de lo que el autor denomina la “estética del derecho”.

En el ensayo que lleva este título, Radbruch analiza aspectos importantes para esta investigación. Por una parte, estudia las diferencias entre el lenguaje de la ley y el lenguaje de los juristas, siendo el primero árido y pobre, y el segundo falso y

¹¹ Antonio D’Amato, *La letteratura e la vita del diritto*, Milano, Ubezzi & Dones, 1936, p. 10.

¹² Hans Fehr, “Das Recht in der Dichtung”, *Kunst und Recht*, Bern, 2, 1931, p. 580; “Die Dichtung im Recht”, *Kunst und Recht*, Bern, 3, 1936, p. 327, citados en André K. Trindade & Roberta M. Gubert, “Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”, André K. Trindade, Roberta M. Gubert & Alfredo Copetti Neto (org.), *Direito & Literatura: reflexões teóricas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 21.

pomposo; para el autor, el lenguaje legal se distingue más por aquello de lo que huye que por lo que contiene: huye de la persuasión, dado que no busca convencer sino ordenar; se aparta de la didáctica, pues no pretende enseñar sino imponer una conducta; y, además, se aleja de la ilación propia del discurso corriente, dado que las normas aparecen en los códigos de forma inconexa e incluso separadas violentamente unas de otras en párrafos o artículos¹³.

Además, el profesor de Lübeck estudia cómo se representa el derecho y la justicia en las estampas, esculturas y obras pictóricas. Recuerda, por ejemplo, que las primeras representaciones de la justicia mostraban a una mujer blandiendo una espada, como una alegoría de la autoridad del derecho, y posteriormente se incorporaron otros elementos: la balanza, que representa el equilibrio y el razonamiento; el libro, que simboliza el conocimiento; y la venda, que, si bien pretende aludir a la imparcialidad del juez, se convierte, a su juicio, en un obstáculo para esgrimir la espada y manejar la balanza. También critica la representación caricaturesca del derecho en las estampas populares, que hacen énfasis en los motivos de sátira: “la corruptibilidad de los jueces, la avaricia de los abogados y la arguciosidad y el apartamiento del pueblo de unos y otros”¹⁴.

En un aparte titulado “derecho y poesía”, Radbruch afirma que el arte en el que mejor se exponen las cuestiones fundamentales del derecho es la dramaturgia, pues la esencia de la tragedia es siempre una antinomia irresoluble, y el derecho descansa justamente sobre las antítesis: el ser y el deber ser, el derecho positivo y el derecho natural, la libertad y el orden, etc. Luego presenta, a partir de lo dicho por Georg Jellinek, la diferencia entre el drama antiguo y el drama moderno: mientras en el primero se ven enfrentados dos órdenes jurídicos diferenciados –por ejemplo, la ley divina que defendía Antígona frente al derecho positivo del rey Creonte–, en el segundo es evidente la colisión entre el orden jurídico y la libertad individual – como se evidencia en *Guillermo Tell*, de Schiller, *El príncipe de Hamburgo*, de Von Kleist, *Crainquebille*, de Anatole France, y *Resurrección*, de Tolstoi–. La literatura, a su juicio, antes que presentar el choque entre el derecho y la libertad como un equilibrio entre dos fuerzas de iguales proporciones, se inclina a destacar el valor de la libertad del individuo y la primacía del *pathos* religioso, o bien del escepticismo mundano, sobre la pretendida objetividad de la ley¹⁵.

¹³ Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2010 (1951), pp. 134-136.

¹⁴ Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 138-144.

¹⁵ Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 147-152.

Finalmente, al preguntar por la razón para que los poetas y, en general, los artistas sientan una especial aversión por la ciencia jurídica, indica que el jurista, debido a su afán regulador, tiene la tendencia a abstraerse de la sensibilidad humana en aras de los conceptos; por eso el derecho “conoce del matrimonio, pero ignora el amor; nos habla de obligaciones y de créditos y deudas, pero no de amistad”¹⁶.

Por su parte, Pergolesi refuerza su noción de que la literatura permite captar la “historia civil de los pueblos” desde dos puntos de vista complementarios: el primero, que se apoya en el iusnaturalismo, señala que la obra literaria presenta y discute problemas éticos y, en ese sentido, perfila el “sentimiento de justicia natural” de la sociedad; el segundo, más cercano a la sociología del derecho, propone que los sociólogos se acerquen a la narrativa con el fin de extraer la síntesis del derecho como experiencia, denominado también *derecho vivo* o derecho efectivamente vigente en un ámbito determinado¹⁷.

Es interesante observar en este punto la influencia del sociólogo Eugen Ehrlich, quien ya desde 1913 afirmaba que “la clave de la evolución del derecho, tanto en nuestro tiempo como en todas las épocas, no está en la legislación, ni en la jurisprudencia (entendida como dogmática jurídica o ciencia tradicional de los juristas), ni en las decisiones judiciales, sino en la sociedad misma”¹⁸. Según el profesor de Bucovine, el derecho estatal o derecho codificado es insuficiente para comprender el fenómeno jurídico en su totalidad, por lo que es necesario acudir al *derecho vivo*, es decir, a las normas que rigen efectivamente la vida de los grupos humanos, con independencia de que estén estipuladas bajo la forma de proposiciones jurídicas legales, o no. Estas normas son las llamadas *reglas del actuar* y expresan tanto el orden interno de los grupos –señalan a sus miembros su posición y sus deberes–, como las reglas que de hecho establecen un comportamiento real admitido como obligatorio. Para Ehrlich, la fuente del derecho se encuentra en estas *reglas del actuar*, dado que el proceso de creación del derecho implica: la contemplación de la realidad jurídica tal como se da en la vida social; la toma de decisiones individuales basadas en tal conocimiento; la generalización de los resultados en la literatura del derecho, y, por último, la construcción y formulación de los hechos bajo la forma de leyes en los códigos¹⁹. En consonancia con esta postura, Pergolesi identifica en las obras literarias una

¹⁶ Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 145.

¹⁷ Ferruccio Pergolesi, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna e teatrale*, Bologna, Zuffi, 1956.

¹⁸ Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, citado en Gregorio Robles, *Sociología del Derecho*, Madrid, Civitas, 1997, p. 31.

¹⁹ Gregorio Robles, *Sociología del Derecho*, cit., pp. 32-33.

naturaleza jurídica objetiva como punto de partida para la formación social del derecho.

En esa misma línea reaparece Hans Fehr con la publicación en 1950 del ensayo titulado “Die Dichtung des Mittelalters als Quelle des Rechts”, en el que analiza el papel de la literatura medieval europea como una fuente para el aprendizaje y la reconstrucción de la historia del derecho alemán, en especial el derecho penal²⁰. Una perspectiva similar se encuentra en un texto de la época, *Derecho y Literatura*, de Juan Ossorio Morales, en el que analiza, con base en los clásicos de la literatura castellana, la formación de la práctica jurídica y social del Siglo de Oro español²¹.

Esta identificación de unos valores sociales o naturales subyacentes en la formación del derecho, observable en la obra de Pergolesi, también está presente en el trabajo del catedrático italiano Tullio Ascarelli, quien ya desde 1949 había explorado la idea del derecho natural como criterio de justicia de la norma positiva, a partir de un análisis de los personajes de Antígona, de Sófocles, y Porcia, de Shakespeare, defensores de un orden divino superior a las leyes de los hombres y formador de estas²².

Por la misma época, en Estados Unidos, siguiendo el rumbo que habían trazado Wigmore y Cardozo, varios académicos se fijaron dos propósitos: hallar las obras de ficción más relevantes para el estudio del derecho y dar a la ciencia jurídica el estatus de arte retórico y literario.

En 1947, el tratadista Edmund Fuller editó un volumen titulado *Law in Action: An Anthology of the Law in Literature*, en el que compiló escritos de diferentes épocas para abordar los temas que considera centrales en el derecho: la libertad, la moral, la justicia y el delito. De acuerdo con Fuller, el derecho es una expresión de la autoridad del Estado, mientras que el *derecho en acción* es el escenario en el que el individuo se enfrenta a dicha autoridad; ejemplos de este enfrentamiento son el encuentro de Jesús con Poncio Pilato, el de Galileo con la Inquisición y el juicio de John Brown en Estados Unidos por la abolición de la esclavitud²³.

²⁰ Hans Fehr, “Die Dichtung des Mittelalters als Quelle des Rechts”, K. Bussmann & N. Grass (hrsg.) *Festschrift für Karl Haff*, Innsbruck, Universitätsverlag Wagner, 1950, pp. 62-66, citado en André K. Trindade & Roberta M. Gubert, “Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”, cit., p. 22.

²¹ Juan Ossorio Morales, *Derecho y literatura*, Granada, Universidad de Granada, 1949.

²² Tullio Ascarelli, “Antigone e Porzia”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXII, 1955, pp. 756-766.

²³ Edmund Fuller, *Law in Action: An Anthology of the Law in Literature*, New York, Crown Publishers, 1947.

En 1960 se publicó el libro *The World of Law* bajo la dirección del jurista Ephraim London, conocido en Estados Unidos por haber liderado, desde el litigio activo, una lucha contra la censura en el cine. Además de hacer una defensa férrea de las libertades individuales, este texto tiene la virtud de haber distinguido por primera vez entre el *derecho en la literatura* y el *derecho como literatura*. La primera de estas facetas presenta dos secciones: *Casos y Juicios*, desarrollada a partir de las obras de Cervantes, Dickens, Carroll, Pirandello, entre otros, y *Abogados, jueces, jurados y testigos*, en la que destaca los escritos de Faulkner, Balzac, Scott y Rabelais. La segunda se aborda en las secciones *Causas de notables y casos notorios*, *Testimonios y argumentos como literatura y juicios* y *Observaciones y reflexiones sobre el derecho*, en las que se examinan documentos judiciales relevantes a la luz de las obras de James, Wilde, Camus, Melville, Zola, Swift y Montaigne²⁴.

Un lustro después, el profesor Charles Reich, que después destacaría por su apoyo decidido a la contracultura de la década de 1970 en Estados Unidos²⁵, redactó un alegato a favor del estudio de las humanidades en las facultades de derecho, en el cual reclama una profesión “conectada con las estructuras globales de la sociedad”. En un sorprendente trabajo autocrítico, Reich reconoce que en las escuelas de derecho se transmite un conocimiento estrecho, anclado en la lógica de las normas y desconectado de los asuntos sociales más urgentes. Destaca la necesidad de vincular el derecho con las ciencias sociales –filosofía, historia, psicología–, de forma que se logre un acercamiento profundo e intenso al fenómeno jurídico. Al referirse al derecho penal, propone apropiarse de las herramientas de la psiquiatría y el psicoanálisis, y sugiere la lectura de Hawthorne, Melville, Kafka, Camus y Dostoievski, entre otros, con el propósito de lograr una mejor comprensión del criminal, de la conducta desviada, del móvil del delito y del contexto en que éste se produce²⁶.

Ahora bien, pese a la escasa atención que ha recibido en América Latina la influencia recíproca entre la literatura y el derecho –quizá debido a la necesidad apremiante de explicar la relación del derecho con fenómenos estructurales de violencia y desigualdad–, es preciso recordar que desde las décadas de 1950 y 1960 se vienen haciendo estudios sobre el tema que nos convoca. En el caso de Colombia, tres publicaciones son pioneras en este campo: *Introducción a la estética*

²⁴ Ephraim London, *The World of Law. A Treasury of Great Writing about and in the Law, Short Stories, Plays, Essays, Accounts, Letters, Opinions, Pleas, Transcripts of Testimony*, 2 vol., New York, Simon & Schuster, 1960.

²⁵ Charles A. Reich, *The Greening of America*, New York, Three Rivers Press, 1995 (1970).

²⁶ Charles A. Reich, “Toward the Humanistic Study of Law”, *Yale Law Journal*, 74, 1965, pp. 1402-1408.

*del derecho*²⁷, de Carlos Medellín, *El delincuente y la justicia penal en la literatura*²⁸, de Germán Salazar, y *Estudio criminológico sobre Fiodor M. Dostoyevski*²⁹, de Rafael Buitrago.

1.1.3. La consolidación del movimiento

Si bien en Europa el estudio del derecho y la literatura se mantuvo en el terreno del análisis interdisciplinar, en Estados Unidos, a partir de 1970, el movimiento académico se consolidó como una verdadera escuela que agrupó a juristas y humanistas de diversas corrientes. El florecimiento de esta línea de investigación se debe a numerosas conferencias y simposios universitarios sobre el tema, el surgimiento de las revistas especializadas como *The Yale Journal of Law & the Humanities* y *Cardozo Studies in Law and Literature*, la creación de organizaciones como *Law and Humanities Section of the Association of American Law Schools* y *Law and Humanities Institute*, la institución de cursos universitarios dedicados al derecho y la literatura, y la publicación de innumerables monografías³⁰.

En este periodo nacieron los *Critical Legal Studies*, marcados por un cierto eclecticismo que combina las perspectivas teóricas del realismo jurídico, la crítica frankfurtiana, el estructuralismo francés y la sociología jurídica. Fue un proyecto que desmitificó la teoría jurídica liberal norteamericana, reveló el grado de compromiso del derecho con las relaciones de poder y con las ideologías dominantes, y cuestionó la pretendida neutralidad de los jueces, revelando su complicidad de clase en la práctica judicial³¹.

El contacto de los estudios críticos con las nacientes corrientes filosóficas postmodernas y deconstruccionistas produjo un cambio teórico que llevó a considerar los textos jurídicos como obras maleables y susceptibles de interpretación por vías análogas a las de la crítica literaria³².

²⁷ Carlos Medellín F., *Introducción a la estética del derecho*, Bogotá, Universidad Central, 2011 (1955).

²⁸ Germán Salazar, *El delincuente y la justicia penal en la literatura*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950.

²⁹ Rafael Buitrago Cuéllar, *Estudio criminológico sobre Fiodor M. Dostoyevski*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1965.

³⁰ Arianna Sansone, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, cit., pp. 68-70; André K. Trindade & Roberta M. Gubert, "Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho", cit., p. 28.

³¹ Ver: Antonio C. Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, trad. F. Cammaert, Bogotá, ILSA, 2003, pp. 46-48.

³² Juan Pérez Lledó, "Teorías críticas del derecho", en Ernesto Garzón y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 99.

En este contexto, en 1973 se publicó el libro seminal *The Legal Imagination*, de James Boyd White, profesor de derecho y crítico literario que suele ser considerado como el padre fundador del movimiento, si bien él mismo rechaza esa paternidad, pues “las conexiones entre la ley y las artes del lenguaje se remontan a los inicios de la historia del derecho”³³. En este texto, que se asemeja a un manual de casos jurídicos, pero con un vasto despliegue de fuentes literarias, White considera que el derecho es ante todo retórica y que, así visto, tiene una gran capacidad persuasiva en la afirmación y transformación de la cultura y de la idea de comunidad³⁴.

El movimiento comenzó a llamar la atención en las décadas de 1970 y 1980, y ganó un terreno sustancial en los estudios jurídicos. En 1984 el profesor Richard Weisberg publicó el libro *The Failure of the Word*³⁵, con el cual inauguró una prolífica producción sobre el derecho y la literatura. Weisberg analiza el uso del lenguaje por parte de los juristas, el carácter ideológico del discurso jurídico y los cimientos culturales del derecho. En palabras de Robin West, el documento es una invitación a encontrar en las obras canónicas de la literatura agudezas filosóficas sobre el sentido del derecho y las promesas de justicia³⁶. En un escrito posterior, del año 1992, Weisberg sostiene que la obra literaria permite evidenciar cómo los juristas se comunican, se relacionan, estructuran sus argumentaciones y se sienten en su profesión³⁷, con lo cual la acerca a la sociología jurídica.

Es notable la contribución del filósofo Ronald Dworkin en cuyo artículo “How Law is Like Literature” argumenta, con fundamento en su teoría interpretativa³⁸, una analogía entre las competencias jurídica y literaria, y se manifiesta a favor del *derecho como literatura*. Dworkin encara tanto el positivismo jurídico como las teorías iusnaturalistas, buscando superar ambas posiciones. Su propuesta de una “novela en cadena” postula que la interpretación jurídica debe ser concebida como la extensión de una historia continua que escriben varios autores por separado a

³³ James Boyd White, “The Cultural Background of *The Legal Imagination*”, cit., pp. 29-39.

³⁴ James Boyd White, *The Legal Imagination*, Chicago, The University of Chicago Press, 1973.

³⁵ Richard H. Weisberg, *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven, Yale University Press, 1984.

³⁶ Robin West, “The Lawless Adjudicator”, *Cardozo Law Review*, 26, 2005, p. 2253.

³⁷ Richard H. Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992, p. 35.

³⁸ Ronald Dworkin, “Law as Interpretation”, *Critical Inquiry*, 9-1, 1982, pp. 179-200.

partir de innumerables decisiones, convenciones y prácticas, lo que explicaría la dinámica del precedente judicial en el *Common Law*³⁹.

Es también fundamental el aporte de la profesora Robin West, teórica del feminismo y defensora de la justicia social en la filosofía del derecho, con una abundante producción académica. En 1993 publicó el libro *Narrative, Authority, and Law*⁴⁰ que recoge sus principales textos sobre los lazos entre la autoridad del derecho y el ejercicio literario. West argumenta que la literatura celebra la autonomía y cuestiona la autoridad, y considera que la naturaleza de su discurso puede contribuir a fomentar la empatía del ciudadano hacia el derecho. Además, analiza el papel de la narrativa en la constitución ética y política de las comunidades, y sostiene que ciertos grupos –mujeres, afros, indígenas– han sido históricamente excluidos de la “comunidad textual”⁴¹. Para el caso de la mujer, desde una perspectiva feminista, propone un contraste metafórico entre el “hombre económico” y la “mujer literaria”, según el cual el primero se caracteriza por una actividad dirigida al aprovechamiento utilitarista de la ley, mientras que la segunda está orientada a alcanzar la comprensión de los problemas humanos, subestimados en las reglas jurídicas⁴².

De gran relevancia para esta discusión es la investigación del célebre crítico literario Stanley Fish, quien en 1989 sacó a la luz *Doing What Comes Naturally*, un texto provocador en el cual sostiene que el momento actual de la cultura es la centralidad de la retórica al haber quedado probado que todos los campos de conocimiento son socialmente construidos y que los textos sociales son interpretados según la intención y la experiencia del lector. Para Fish, los textos del derecho y de la literatura no tienen un significado único ni encierran una verdad inmanente, sino que tienen el contenido que el crítico literario o el juez, en el caso del derecho, logren imponer retóricamente⁴³. En otra obra suya añade que la

³⁹ Ronald Dworkin, “How Law Is Like Literature”, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 146-166.

⁴⁰ Robin West, *Narrative, Authority, and Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993.

⁴¹ Robin West, “Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, 1, 1988, pp. 129-156.

⁴² Robin West, “Economic Man and Literary Woman: One Contrast”, *Mercer Law Review*, 39, 1988, p. 867-878; André K. Trindade & Roberta M. Gubert, “Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”, cit., pp. 34-35.

⁴³ Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1989, p. 471-502.

interpretación de cualquier obra escrita siempre depende de un contexto de lectura, que llama la *comunidad interpretativa* en la que está inmerso el intérprete⁴⁴.

No deben obviarse los aportes del profesor Ian Ward, que en su libro *Law and literature: Possibilities and perspectives*⁴⁵ de 1995, evalúa las ambiciones educativas del movimiento teórico y su potencial crítico para indicar que el *derecho en la literatura* y el *derecho como literatura* son dos perspectivas complementarias. En líneas generales, Ward se basa en las obras de Shakespeare y Umberto Eco, en la literatura feminista y la narrativa infantil, en la novela moderna y el relato psicológico, para solicitar un derecho tan agradable y fresco como el acontecer literario.

Finalmente, debe destacarse la figura de Martha Nussbaum, la filósofa estadounidense que, en anticipación de su argumento en contra de la instrumentalización de la educación y su defensa del estudio de las humanidades en las diversas áreas del conocimiento⁴⁶, publica en 1997 el libro *Poetic Justice* que reivindica, al lado del poeta Walt Whitman, la necesidad de una “poesía pública” con la convicción de que “la narrativa y la imaginación literaria no sólo no se oponen a la argumentación racional, sino que pueden aportarle ingredientes esenciales”⁴⁷. En su capítulo dedicado a “los poetas como jueces”, Nussbaum arguye que el juez debe ser como un “espectador juicioso” según la expresión de Adam Smith, e incluso un “lector de novelas”, es decir, una persona que sepa interpretar la realidad social y la condición humana⁴⁸.

Pues bien, el movimiento “derecho y literatura”, debido a sus polémicos planteamientos teóricos, ha recibido agudas y variadas críticas. Richard Posner representa la crítica más acerada en su obra *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, que no obstante es considerada una obra de culto por la profundidad del análisis y la vasta erudición del autor⁴⁹. Después de ponderar los reflejos del derecho en la alta literatura y en la cultura popular, de señalar las antinomias de la

⁴⁴ Stanley Fish, *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

⁴⁵ Ian Ward, *Law and literature: Possibilities and perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁴⁶ Martha C. Nussbaum, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Buenos Aires, Katz, 2010.

⁴⁷ Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1995. Existe una versión en castellano: *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, trad. C. Gardini, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1997.

⁴⁸ Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, cit., pp. 115-163.

⁴⁹ Richard A. Posner, *Law & Literature*, cit.

teoría legal y los límites de la jurisprudencia literaria, de revisar los dilemas políticos en las piezas de Kafka y las instituciones penales en la obra de Milton, y de evaluar el símil usual entre la interpretación jurídica y la crítica de arte, decide que la literatura no puede ser equiparada al derecho.

Posner identifica como las principales tendencias del movimiento: a) el discurso ético de académicos como White y Nussbaum, que insisten en el valor moralizante de la literatura; b) el *Intencionalismo* de F. D. Hirsch, que reclama que la voluntad del legislador sea reconstruida en el trabajo interpretativo; c) el *Nuevo Criticismo*, vinculado a la teoría hermenéutica de Dworkin, que equipara la interpretación jurídica a la crítica literaria; y d) el *Deconstructivismo*, representado en Fish y Balkin, que advierte en el texto un conjunto de hipótesis y contradicciones que pueden ser resueltas a partir de la adopción de un “punto de vista exterior”.

Apartándose de estas posturas, Posner considera que en el ámbito del derecho la “perspectiva realista” es aquella de mayor interés para los juristas, y que la trascendencia de la literatura para el estudio de la ley se limita a la representación escrita de la condición humana, esto es, a la descripción de situaciones, sentimientos y pensamientos que posibilitan al jurista acercarse a la sabiduría y a la justicia⁵⁰. Para el autor, mientras que la crítica literaria es estética, la crítica jurídica es moral o política, y no es conveniente en todo caso que la política moldee la vida cultural. Esta fuerte crítica, naturalmente, avivó el debate entre los más entusiastas del movimiento “derecho y literatura”, como puede evidenciarse en las interesantes y agudas reacciones de Robin West⁵¹, James Boyd White⁵², Richard Weisberg⁵³ y Jack Balkin⁵⁴, entre otros, al trabajo de Posner.

1.2. Repercusiones mundiales

1.2.1. El movimiento en Europa

⁵⁰ André K. Trindade & Roberta M. Gubert, “Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”, cit., p. 185.

⁵¹ Robin West, “Law, Literature, and the Celebration of Authority”, *Northwestern University Law Review*, 83, 1989, p. 977-1011.

⁵² James Boyd White, “What Can A Lawyer Learn from Literature?”, *Harvard Law Review*, 102-8, 1989, p. 2014-2047.

⁵³ Richard H. Weisberg, “Entering with a Vengeance: Posner on Law and Literature”, *Stanford Law Review*, 41-6, 1989, p. 1597-1626.

⁵⁴ Jack Balkin, “The Domestication of Law and Literature”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 286, Yale School of Law, 1989, p. 787-822.

Aunque se ha profundizado en los estudios norteamericanos, por ser los que han tenido mayor divulgación, lo cierto es que el movimiento tiene importantes equivalencias y resonancias en todo el mundo. Una de las razones de la extensión y proliferación del movimiento es que, pese a tener un profundo anclaje en Estados Unidos, es un campo de estudios abierto a las diferencias culturales y las contingencias históricas⁵⁵.

En Italia, el movimiento *Diritto e letteratura* surge en la década de 1980 y eleva las voces de juristas como Mario Cattaneo⁵⁶, Giorgio Rebuffa⁵⁷, Bruno Cavallone⁵⁸, Antonio Bevere⁵⁹, Fabrizio Cosentino⁶⁰, Guido Alpa⁶¹, Lorenzo Cavalaglio⁶², Arianna Sansone⁶³ y del escritor y profesor Claudio Magris⁶⁴. En la lengua francesa el movimiento académico se anuncia como *Droit et littérature*, en el que destacan las obras del crítico francés Philippe Malaurie⁶⁵ y, sobre todo, del jurista belga François Ost⁶⁶. En el escenario alemán, el estudio del *Recht und literatur* se inspira sobre todo en las investigaciones de Peter Schneider⁶⁷ y Peter Häberle⁶⁸. En Portugal han sido

⁵⁵ Ver: Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson, "Introduction", *Teaching Law and Literature*, cit., p. 5.

⁵⁶ Mario Cattaneo, *L'Illuminismo giuridico di Alessandro Manzoni*, Sassari, Università degli Studi di Sassari, 1985; Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. *Illuminismo e Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 1987; *Suggerimenti penalistiche in testi letterari*, Milano, Giuffrè, 1992.

⁵⁷ Giorgio Rebuffa, "Il Trionfo del Codice Civile della Testimonianza di Honoré de Balzac", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXII- 1, 1992, p. 65-88.

⁵⁸ Bruno Cavallone, "Non siete che un mazo di carte! Lewis Carroll e la teoria del processo", *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, Cedam, 1991.

⁵⁹ Antonio Bevere, *La giustizia in prosa e in versi. Antologia ragionata*, Ancona, Nuove Ricerche, 1996.

⁶⁰ Fabrizio Cosentino, "Analisi giuridica della letteratura. L'esperienza italiana", *Quadrimestre. Rivista di Diritto Privato*, 3, Milano, 1993, p. 622- 670; "Law and Literature: bagliori italiani", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1, Bologna, 1996, p. 179-195.

⁶¹ Guido Alpa, "Law & Literature: un inventario di questioni", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, Padova, 1997.

⁶² Lorenzo Cavalaglio, "Literature vs. Economics, ovvero Richard Posner e l'analisi giusletteraria", *Vita Notarile*, 39-1, 1998, p. 492-518.

⁶³ Arianna Sansone, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, cit.

⁶⁴ Claudio Magris, *Literatura y derecho. Ante la ley*, Madrid, Sexto Piso, 2008.

⁶⁵ Philippe Malaurie, *Droit et Littérature. Une Anthologie*, Paris, Cujas, 1997.

⁶⁶ François Ost, *Raconter la Loi. Aux Sources de L'Imaginaire Juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004; "El Reflejo del Derecho en la Literatura", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2006, p. 333-348; "Tiempo y Contrato. Crítica del Pacto Fáustico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, p. 597-626.

⁶⁷ Peter Schneider, *...ein einzig Volk von Brüdern: Recht und Staat in der Literatur*, Frankfurt, Athenäum, 1987.

⁶⁸ Peter Häberle, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, trad. E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000, p. 83-92.

importantes los aportes de Joana Aguiar e Silva⁶⁹, y en Rumania, desde la novela, los del narrador Petre Bellu⁷⁰.

En España se han presentado varias resonancias; los primeros trabajos fueron *Derecho y pensamiento político en la literatura española*⁷¹, un escrito precursor del análisis jurídico de las letras españolas publicado por José Luis Bermejo en 1980, y *Justicia y literatura*⁷², publicado por Albert Fina en 1993. En 1996 apareció *Derecho y narración*⁷³ de José Calvo González, que es actualmente uno de los autores más destacados del campo⁷⁴; entre sus libros más recientes están *El escudo de Perseo*⁷⁵ y *La destreza de Judith*⁷⁶. El profesor Faustino Martínez ha publicado sus trabajos sobre el derecho en las obras de Lope de Vega⁷⁷ y Rabelais⁷⁸, y, en 2006 sale a la luz *Derecho y literatura*, de Pedro Talavera, libro en el que el autor, en la línea de Ost, desenvuelve la historia del derecho y de la justicia a partir de las obras literarias más significativas. Teresa Arsuaga hizo un trabajo compilatorio de la recepción del movimiento en España⁷⁹ y dedicó su tesis doctoral a las investigaciones de Boyd White y Weisberg⁸⁰. Por último, se destaca el reciente libro *Derecho y Literatura*, de María José Falcón y Tella, un amplio estudio de las formas de articulación disciplinar, con énfasis en las obras literarias de la tradición occidental que mejor retratan el derecho⁸¹.

1.2.2. El movimiento en América Latina

⁶⁹ Joana Aguiar e Silva, *A prática judiciária entre direito e literatura*, Coimbra, Almedina, 2001.

⁷⁰ Petre Bellu, *El defensor tiene la palabra*, trad. P. Salazar, 2ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2010.

⁷¹ José Luis Bermejo, *Derecho y pensamiento político en la literatura española*, Madrid, Feijóo, 1980.

⁷² Albert Fina, *Justicia y literatura*, Barcelona, Bosch, 1993.

⁷³ José Calvo G., *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁷⁴ José Calvo G., "Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio", Virgilio Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, t. II, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2002, p. 93-102; "Constitutional law en clave de teoría literaria. Una guía de campo para el estudio", Zulmar Fachin (ed.), *Estudos de Direito constitucional*, Curitiba, Juruá, Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, 2009.

⁷⁵ José Calvo G., *El escudo de Perseo. La cultura literaria del derecho*, Granada, Comares, 2013.

⁷⁶ José Calvo G., *La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho*, Granada, Comares, 2018.

⁷⁷ Faustino Martínez, "Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 17, 2005, p. 113-210.

⁷⁸ Faustino Martínez, "Derecho y literatura: Rabelais o la formulación literaria de un nuevo camino jurídico", *Quaderni Fiorentini*, 32, 2003, p. 703-730.

⁷⁹ Teresa Arsuaga, "Derecho y Literatura: Origen, Tesis Principales y Recepción en España", *Working Papers*, AJ8-157, IE Law School, 2009, p. 11.

⁸⁰ Teresa Arsuaga, *Derecho y Literatura: James Boyd White y Richard H. Weisberg. Dos modelos de crítica literaria aplicada al derecho*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

⁸¹ María José Falcón y Tella, *Derecho y Literatura*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

En América Latina la producción académica sobre derecho y literatura ha sido prolífica en los últimos años. Brasil es tal vez el país que ha prestado mayor atención a estos estudios, al punto que ha conformado una *Rede Brasileira Direito e Literatura*, con programas de posgrado y publicaciones especializadas. En este país descuellan los trabajos de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁸², Luis Alberto Warat⁸³, André K. Trindade y Roberta M. Gubert⁸⁴, y, desde su sitial como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de Antônio Cançado Trindade⁸⁵. En México puede encontrarse la producción académica de Carlos Pérez Vásquez⁸⁶, Carlos Ríos⁸⁷ y, desde un punto de vista escéptico, la de Rodrigo Díez Gargari⁸⁸. Desde una perspectiva feminista, está el trabajo de Lucía Raphael de la Madrid⁸⁹. Por su parte, la Universidad Autónoma de México ha realizado varias ediciones del curso *Derecho y literatura* y ha producido artículos académicos que se ocupan de este campo de estudios⁹⁰. En Argentina son de subrayar las investigaciones de los profesores Enrique Marí⁹¹, Roberto Rey Ríos⁹², Carlos María Cárcova⁹³, Matías

⁸² Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, *Direito & literatura. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*, Curitiba, Juruá, 2002.

⁸³ Luis Alberto Warat, *Territórios desconhecidos. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004; *Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004; *Manifesto do surrealismo jurídico*, São Paulo, Acadêmica, 1998.

⁸⁴ André K. Trindade & Roberta M. Gubert, "Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho", cit.

⁸⁵ Antônio A. Cançado Trindade, "Voto razonado" en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160; "Voto razonado" en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124.

⁸⁶ Carlos Pérez Vásquez, "Los temas penales y la literatura", Sergio García R. (coord.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Temas penales diversos*, México, Universidad Autónoma de México, 2007, p. 211-228; "Interpretation, poetry and the law", *Mexican Law Review*, 1, 2008; "Derecho y literatura", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 24, 2006, p. 135-153.

⁸⁷ Carlos Ríos, "La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 22, 2005, p. 207-219.

⁸⁸ Rodrigo Díez Gargari, "Dejemos en paz a la literatura", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 29, 2008, p. 149-176.

⁸⁹ Lucía Raphael de la Madrid, *Género y literatura. Hacia una perspectiva otra del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

⁹⁰ Francisco J. Dorantes, "Derecho y literatura. Una reflexión desde el lenguaje jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXVI, 266, julio-diciembre 2016, pp. 73-97; Manuel de J. Jiménez & Rafael Caballero, "El movimiento derecho y literatura: Aproximaciones históricas y desarrollo contextual", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXV, 263, julio-diciembre 2016, pp. 47-75.

⁹¹ Enrique Marí, "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 1998, p. 251-287.

⁹² Roberto Rey Ríos, *Goethe y el Derecho Romano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960.

⁹³ Carlos María Cárcova, "Derecho, literatura y conocimiento" *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1999-2000; "Cine, ficciones y derecho" *Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, 2000.

Mascitti⁹⁴ y Julio Juan Ruiz⁹⁵. Jorge Roggero ha recopilado las publicaciones de derecho y literatura en ese país⁹⁶. En Perú se publicó la *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, dirigida por Miguel Torres Méndez y Carlos Ramos Núñez. Así mismo, destacan las producciones de Jaime Coaguila⁹⁷ y Leysser León⁹⁸. En 2016, la revista *Iuris Dictio*, adscrita a la Universidad San Francisco de Quito, publicó un conjunto de textos bajo el título *Dossier: Derecho y Literatura en América Latina*, que muestra las lecturas, repercusiones e interpretaciones del movimiento académico en la región⁹⁹. Paralelamente, la Universidad Metropolitana de Venezuela dedicó un número de la revista *Cuadernos Unimetanos* a la interrelación entre el derecho y la literatura¹⁰⁰.

En Colombia, algunos de los estudios más recientes son el análisis de Daniel Bonilla sobre los conceptos de validez y justicia en las novelas de Bernard Schlink¹⁰¹ y su acercamiento al estudio del derecho a través de la obra de Franz Kafka¹⁰²; la explicación de los modelos de relación entre el derecho y literatura¹⁰³ y el aporte a los estudios sobre el derecho en *El Quijote*¹⁰⁴, de Andrés Botero Bernal; las exploraciones del editor Gustavo Ibáñez¹⁰⁵; y, en el terreno de las monografías,

⁹⁴ Matías Mascitti, "El abogado y su obra artística", *Ars Iuris Salmanticensis*, 5, diciembre de 2017, pp. 87-112; "El universo de Borges y el mundo jurídico", *Investigación y Docencia*, 50, pp. 81-125.

⁹⁵ Julio Juan Ruiz, "Derecho y literatura: El poder y sus límites en el teatro de Pedro Calderón de la Barca. Un acercamiento interdisciplinario", *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, XXVIII, pp. 131-145.

⁹⁶ Jorge Roggero, "Hay 'derecho y literatura' en Argentina", *Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura*, 2, n. 2, julio-diciembre de 2016, pp. 269-292.

⁹⁷ Jaime Coaguila Valdivia, *El otro corazón del derecho*, Arequipa, Cascahuesos, 2011; "¡Cuidado con el romanticismo jurídico! Algunas observaciones acerca de la idea romántica del texto literario patrocinada por el denominado movimiento *Derecho y Literatura* en el Perú", *Revista de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María*, 2008.

⁹⁸ Leysser León, "Derecho y literatura: la cultura de los juristas y la llamada jurisprudencia literaria", *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 2004.

⁹⁹ Diego Falconí (dir.), "Dossier: Derecho y Literatura en América Latina", *Iuris Dictio*, 18, Quito, Universidad San Francisco, 2016.

¹⁰⁰ Edgardo Mondolfi (ed.), "Derecho y Literatura", *Cuadernos Unimetanos*, Caracas, Universidad Metropolitana de Venezuela, 2016.

¹⁰¹ Daniel Bonilla M., "Justicia y derecho. El engaño y la justicia de Selb", *Precedente. Anuario Jurídico*, 2005, p. 99-111.

¹⁰² Daniel Bonilla M., "Kafka y la ley: Una visión del mundo jurídico a través de la literatura", *Revista de Derecho Privado*, 14, 1994.

¹⁰³ Andrés Botero Bernal, "Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso" en *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, 2, 2007, p. 46-54.

¹⁰⁴ Andrés Botero Bernal, "El Quijote y el derecho: las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 20, 2009-II, p. 37-65.

¹⁰⁵ Gustavo Ibáñez C., *Abogados. De esto y aquello, de la abogacía, la literatura y el derecho*, Bogotá, Ibáñez, 2010; *La picaresca jurídica universal*, Bogotá, Ibáñez, 2000.

las tesis de Julio Londoño¹⁰⁶, Beatriz Espinosa¹⁰⁷ y Juliana Cadena¹⁰⁸, de la Universidad Javeriana; Fernando Vargas¹⁰⁹, de la Universidad Externado de Colombia; Andrea Núñez¹¹⁰ y Giovanni Acosta¹¹¹, de la Universidad Nacional, y Juan Pablo Caicedo¹¹², de la Universidad de los Andes.

¹⁰⁶ Julio Londoño Hidalgo, *Literatura y ley. Reflexión sobre la teoría del estado, derecho constitucional y las instituciones políticas en la obra de Gabriel García Márquez*, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

¹⁰⁷ Beatriz Espinosa Pérez, "Narraciones en el campo jurídico", *Vniversitas*, 108, 2004, p. 690-709.

¹⁰⁸ Juliana Cadena Rivera, *Jurista: El caballero de la utopía. Literatura y ley*, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

¹⁰⁹ Fernando Vargas Valencia, *La realización poética de la justicia: el Derecho como paradigma literario*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

¹¹⁰ Andrea Núñez Uribe, *Derecho y literatura: Debates contemporáneos sobre la interpretación*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

¹¹¹ Giovanni Acosta Torres, *Franz Kafka y el derecho*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

¹¹² Juan Pablo Caicedo M., "El imperio de la interpretación: Aportes de la teoría literaria contemporánea y la interpretación del derecho como integridad de Ronald Dworkin", *Vniversitas Estudiantes*, 6, 2009, p. 275-283.

2. Formas de articulación

En el movimiento académico Derecho y Literatura pueden encontrarse diversas formas de conjunción disciplinar o maneras en que los campos jurídico y literario se influyen o se alimentan mutuamente. Una parte de la doctrina ha identificado, por ejemplo, tres puntos de unión: el papel de la retórica (*law and literature as language*), la función de la narrativa (*legal storytelling movement*) y la interpretación (*legal texts as literary texts*)¹¹³.

En este trabajo se sigue la tradición de considerar dos modos principales de articulación, llamados también enfoques o perspectivas de unión: un modo interpretativo (el derecho *como* literatura) y un modo narrativo (el derecho *en* la literatura). Esto se debe a dos razones: la primera es que el enfoque narrativo engloba tanto las teorías que asumen el derecho como un relato social (lo que la doctrina llama el papel de la retórica) como las que sugieren que el derecho se beneficia éticamente en la lectura de obras literarias (lo que la doctrina llama la función de la narrativa); la segunda es que estas dos formas de articulación evidencian los principales aportes de la literatura para la profesión jurídica: los modelos hermenéuticos de la crítica literaria, útiles para la interpretación legal, y las obras literarias mismas, que son un recurso invaluable para la enseñanza del derecho.

2.1. Interpretativa: el derecho *como* literatura

La forma interpretativa de articulación argumenta que el derecho puede comprenderse e interpretarse con los instrumentos de la crítica literaria. El punto de unión entre derecho y literatura que interesa a este enfoque es de tipo hermenéutico, es decir, parte del supuesto general de que el problema fundamental del derecho es una cuestión de interpretación.

Este interés creciente por la interpretación se inscribe en un cambio de paradigma¹¹⁴ en el pensamiento filosófico denominado *giro interpretativo*, que

¹¹³ François Ost, *Raconter la Loi. Aux Sources de L'Imaginaire Juridique*, cit., p. 51-55; Arianna Sansone, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, cit., p. 79-83.

¹¹⁴ Según Kuhn, un "paradigma" es un modelo científico de verdad aceptado y predominante en un momento histórico. Se trata de las "prácticas científicas compartidas" que resultan de avances discontinuados, saltos

alcanza a todos los campos de conocimiento y que, a grandes rasgos, considera que las verdades absolutas de la metafísica y de la ciencia son interpretaciones o perspectivas fijadas unilateralmente que pretenden ser la medida de lo humano. En este nuevo paradigma, la verdad no es un absoluto, no es algo por descubrir que existe objetivamente por fuera del buscador, ni una meta a la cual se llega mediante la paciente meditación racional, sino que es una categoría social y políticamente construida; por lo tanto, no es posible la objetividad en el conocimiento; este se construye a través de interpretaciones sucesivas de los hechos y los fenómenos¹¹⁵.

Llevada a un extremo esta proposición, podría afirmarse, con Nietzsche: “En mi criterio, contra el positivismo que se limita a los fenómenos, «solo hay hechos». Y quizá, más que hechos, interpretaciones. No conocemos ningún hecho en sí, y parece absurdo pretenderlo. «Todo es subjetivo», os digo; pero solo al decirlo nos encontramos con una interpretación”¹¹⁶.

En la definición más extendida y aceptada, la interpretación se refiere a la búsqueda de significado en una obra a partir del análisis, la paráfrasis o el comentario, mientras que la hermenéutica, una categoría más amplia, se refiere a los principios de interpretación aplicables a un texto¹¹⁷.

Bajo la influencia de este nuevo giro, en la segunda mitad del siglo XX se produjo en la teoría del derecho una revisión profunda de los supuestos básicos del positivismo jurídico. A partir del surgimiento de la *era de los principios*, esto es, la consideración de que el derecho está compuesto no solamente de reglas sino también de principios¹¹⁸, y con la afirmación de la *textura abierta del derecho*¹¹⁹, la decisión judicial abandonó el modelo de la subsunción legal y se abren un camino

cuantitativos y rupturas epistemológicas. Ver: Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. A. Contín, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 218.

¹¹⁵ Sobre el giro interpretativo en las ciencias sociales, ver: David R. Hiley, *The Interpretive Turn: Philosophy, Science, Culture*, Ithaca, Cornell University Press, 1991; sobre su aplicación en la teoría jurídica, ver: Robin West, “The Meaning of Equality and the Interpretive Turn”, *Chicago-Kent Law Review*, 66, 1990, pp. 451-480; una crítica de esa aplicación en: Michael S. Moore, “The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?”, *Stanford Law Review*, 41, April 1989, pp. 871-957.

¹¹⁶ Friedrich Nietzsche, *La voluntad de poder*, trad. A. Froufe, Madrid, Edaf, 2000, p. 337.

¹¹⁷ M. H. Abrams, *A Glossary of Literary Terms*, 7th ed., Boston, Heinle & Heinle, 1999, pp. 127-128.

¹¹⁸ La literatura sobre reglas y principios es bastante extensa. Una explicación sencilla de ambos vocablos, basada en los escritos de Robert Alexy, se encuentra en Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 47-65. Para las discusiones surgidas a partir de esta distinción, ver: Manuel Atienza & Juan Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 1991, p. 101-120.

¹¹⁹ La expresión es de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., p. 80, 147 y ss.

las corrientes que entienden el derecho como un ejercicio racional de interpretación y argumentación¹²⁰.

La fuerza arrolladora de este paradigma interpretativo ejerció una clara influencia sobre el llamado neoconstitucionalismo, expresión que designa el conjunto de los textos constitucionales surgidos después de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX, que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio del establecimiento de ciertos fines y objetivos. Algunos autores ven en el neoconstitucionalismo una continuación del positivismo jurídico, mientras que otros encuentran que contiene elementos valorativos que lo acercan a la filosofía moral¹²¹. Su advenimiento propició importantes cambios en la práctica judicial: las técnicas interpretativas de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiador, la proyección horizontal de los derechos, entre otras. Además, motivó la aparición de sólidas teorías que dieron cuenta de los nuevos retos que planteaba esta nueva forma de entender el derecho y de aplicarlo en el contexto de la adjudicación¹²².

La academia ha visto en el constitucionalismo principialista que gravita en torno al problema de la interpretación un terreno fértil para construir puentes entre el derecho y la literatura. Por una parte, los principios lograron consolidarse como la referencia más inmediata a un imaginario social común¹²³, por lo que fueron leídos como una dimensión literaria y mitológica del derecho. Por otro lado, la superioridad jerárquica de los principios sobre las reglas obligó al juez a someter las normas al filtro principialista. Así, el trabajo del operador jurídico pasó de ser

¹²⁰ Desde Kelsen, y aún desde antes, se entendía el derecho como una práctica interpretativa. Ver el capítulo octavo de *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, México, Universidad Autónoma de México, 1982, p. 349-356. Una excelente reconstrucción de este cambio de paradigma se puede consultar en Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

¹²¹ Ver la discusión teórica entre Paolo Comanducci, en "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, 16, 2002, pp. 89-112, y José Juan Moreso, en "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", *Isonomía*, 19, 2003, pp. 267-282.

¹²² Ver al respecto Miguel Carbonell, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 9-12.

¹²³ Los principios, en su dimensión política, se entienden como ideales de justicia rescatados del mundo prejurídico e insertados en el derecho a través de los pactos sociales que representan las Constituciones modernas. Lejos de ser absolutos, los principios se relativizan para conciliarse y garantizar la pervivencia del pluralismo social, cuya nota característica es el continuo reequilibrio que implica una transacción de valores. Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 109-126.

formal y silogístico a ser material y discursivo. En otras palabras, el juzgador no debía solo aplicar la ley sino “administrar justicia” de acuerdo con los valores y principios relevantes en la sociedad. Así, al exigirse del decisor (y de las partes en controversia) un mayor esfuerzo argumentativo, se introdujo el derecho una importante dimensión narrativa¹²⁴.

Ahora bien, la doctrina ha trazado un paralelo entre las teorías literarias y las jurídicas que se ocupan del fenómeno de la interpretación. En la crítica literaria moderna se suelen identificar tres fases: el *Romanticismo*, cuya preocupación se centra en el autor; el *Nuevo Criticismo*, que se limita al análisis del texto; y la llamada *Estética de la Recepción*, en la que el lector asume el rol protagónico. En un ejercicio comparativo, se ha considerado que la noción de interpretación en el derecho presenta tres momentos similares: el *Intencionalismo*, en el cual el proceso interpretativo equivale a la búsqueda de la intención o el propósito del legislador; el *Objetivismo*, que pretende encontrar en el texto legal todos los elementos necesarios para su interpretación; y el *Realismo jurídico*, que reconoce al intérprete la función de coautor en la producción de sentido de la norma¹²⁵.

En el siguiente cuadro se observa el paralelo con mayor claridad¹²⁶:

	Literatura	Derecho	Literatura	Derecho	Literatura	Derecho
Escuela	<i>Romanticismo</i>	<i>Intencionalismo</i>	<i>Nuevo Criticismo</i>	<i>Objetivismo</i>	<i>Estética de Recepción</i>	<i>Realismo Jurídico</i>
Idea de interpretación	El sentido del texto está en la intención del autor	El sentido de la ley está en la intención del legislador	El sentido del texto está en el texto mismo	El sentido de la ley está en la propia ley	El sentido del texto es dado por el lector	El sentido de la ley es dado por el operador
Foco de interpretación	Autor	Legislador	Texto	Ley	Lector	Operador
Teóricos	Hirsch, Ingarden	Marmor, Raz, Posner	Wimsatt, T.S. Eliot, formalismo	Kelsen, Hart, Dworkin	Jauss, Fish, Bloom, Eco, Derrida	Hägerström, Ross

Los cultores de la *perspectiva interpretativa* convergen en la obra de Hans-Georg Gadamer, quien rechaza el *Intencionalismo* al estilo de Hirsch¹²⁷ al considerar que la

¹²⁴ Pedro Talavera, *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*, cit., p. 42-43.

¹²⁵ Joana Aguiar e Silva, *A prática judiciária entre direito e literatura*, cit., p. 80-81.

¹²⁶ El cuadro es ilustrativo de las semejanzas entre escuelas de la crítica literaria y la filosofía del derecho, y de ninguna manera pretende ser explicativo de las teorías de los autores agrupados en las mismas columnas; no se ignoran, por ejemplo, las diferencias entre Kelsen, Hart y Dworkin.

¹²⁷ Un acérrimo defensor de la “objetividad” en la interpretación literaria es F. D. Hirsch, para quien la validez de la interpretación está estrechamente relacionada con la intención del autor original, que no puede ser desterrado: “Eliminar al autor como determinante del sentido original era para rehusar el único principio

búsqueda de una verdad objetiva en la mente del autor es un ideal ingenuo e irrealizable, pues el texto tiene una historicidad propia y cada lectura conlleva una nueva cognición. Para Gadamer, la interpretación es esencial cuando el sentido de un texto no se comprende inmediatamente o, dicho de otra forma, cuando se desconfía de lo que un fenómeno llevado a la escritura representa en el instante en que se lo lee.

Este filósofo alemán ha fijado tres supuestos básicos de la interpretación: (i) la interpretación no supone un acto complementario y posterior a la comprensión, dado que comprender siempre implica interpretar, siendo la interpretación la forma explícita de la comprensión; (ii) la aplicación es un momento integrante de todo proceso hermenéutico, tan esencial como la comprensión y la interpretación, de manera que comprender es aplicar; frente a un texto jurídico, su conocimiento y aplicación a un caso concreto no se realiza en dos actos separados, sino en un proceso unitario; en este proceso surgen dos tensiones: entre el lector y el texto, y entre estos y el cambio de la situación originaria al momento actual; (iii) hay una unidad interpretativa en diversos tipos de textos; la hermenéutica jurídica no es un caso especial, pues hace parte de un problema hermenéutico general al que se enfrenta el jurista, el teólogo y el filólogo¹²⁸.

En el trabajo jurídico, como en el literario, existe un lector que tiene ante sus ojos un texto y trata de comprender su significado. De acuerdo con Gadamer, ese proceso de comprensión del texto es también una labor de interpretación y aplicación del mismo, que enfrenta al operador jurídico con la ley y lo obliga al propio tiempo a dilucidar su sentido originario (la voluntad del legislador) y a esclarecer el sentido en que se aplica en la actualidad según la práctica jurídica (solución del caso concreto). De ahí que el jurista, aún conociendo el sentido original de la norma, no está obligado a sujetarse a sus márgenes dogmáticos o históricos en su trabajo de interpretación-aplicación de la ley al caso actual¹²⁹.

Los focos centrales de la propuesta de Gadamer (*comprender es interpretar, comprender es aplicar y la unidad de la hermenéutica*) iluminan el camino de algunos pensadores que ha intentado, desde distintas orillas, construir el puente que une al derecho con la literatura.

normativo que podría llevar la validez a una interpretación". F. D. Hirsch, *Validity in interpretation*. New Haven, Yale University Press, 1967, p. 5.

¹²⁸ Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método*, trad. A. Aparicio y R. de Agapito, 8 ed., Salamanca, Sígueme, 1999, p. 378-414.

¹²⁹ Enrique Marí, "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja", cit., p. 261-263.

A continuación, se explora la teoría constructiva de Dworkin, que ofrece un punto de encuentro entre la interpretación jurídica y literaria con la metáfora de la *novela en cadena*; se analiza la respuesta crítica de Posner, que desconfía de esa semejanza disciplinar en el ámbito hermenéutico y le reconoce a la literatura unos aportes más modestos, y, finalmente, se estudian las teorías interpretativas de la subjetividad, que dan al lector o receptor un lugar prevalente y creativo en el acto de interpretación.

2.1.1. El derecho se parece a la literatura

Ronald Dworkin se ocupa de la relación entre el derecho y la literatura en sus tres obras principales: *A matter of principle*¹³⁰, *Law's empire*¹³¹ y *Taking rights seriously*¹³². El propósito que mueve al iusfilósofo norteamericano es superar dos puntos de vista que considera extremos e inadecuados: el positivismo jurídico, que solo concibe las normas como proposiciones descriptivas de una situación de hecho (la expresión de la voluntad del legislador), y, por otro lado, el iusnaturalismo dogmático, que entiende el derecho positivo como reflejo del derecho natural objetivo y preexistente (verdad moral trascendental). A su juicio, ambas posiciones asimilan el derecho a un *hecho* –hecho institucional en el primer caso y hecho natural en el segundo– y conciben al jurista como un simple “fedatario” de ese estado de cosas que, siendo objetivamente real, hace innecesaria la labor de intermediación humana entre la norma y la vida.

Además, Dworkin cuestiona no solo las teorías que postulan que la labor del juez se agota en encontrar (*find*) el significado objetivo del derecho –positivismo y iusnaturalismo–, sino que critica la postura según la cual el trabajo judicial consiste en construir o moldear (*make up*) por entero el derecho de conformidad con las preferencias o convicciones del juzgador, es decir, el realismo jurídico.

La propuesta de Dworkin consiste en asumir el derecho como un intercambio de argumentos entre personas que ofrecen razones e interpretaciones diversas sobre lo que “realmente dice” el derecho en un caso concreto. El derecho, por lo tanto, es

¹³⁰ Del capítulo que interesa a este trabajo hay una traducción al castellano en: “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en H.L.A. Hart y R. Dworkin, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, trad. M. Holguín, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997, pp. 143-180.

¹³¹ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 254-268.

¹³² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 321-362.

una *práctica social interpretativa*, de modo que hay que distinguir entre la descripción y la práctica del derecho, de carácter valorativo o interpretativo.

Este proceso de interpretación de las prácticas jurídicas se lleva a cabo en tres etapas: en la primera –preinterpretativa– el intérprete identifica las reglas y los principios que hacen parte de esas prácticas, es decir, que son aceptadas por los miembros de una comunidad política; en la segunda –interpretativa– el intérprete ofrece una justificación moral y política de los elementos de la práctica jurídica identificados en la primera fase, que no tiene que encajar en todos estos elementos pero sí en buena parte de ellos; en la tercera –postinterpretativa– el intérprete plantea reformas a la práctica jurídica existente con el objeto de acercarla a los requisitos de la justificación desarrollada en la fase interpretativa¹³³.

Dworkin se sustenta en la concepción de Georg Gadamer según la cual el derecho es como un “juego” en el que los participantes abandonan sus subjetividades para plegarse a las exigencias del juego, pero conservan la capacidad de reformular sus reglas y ajustarlas a valoraciones críticas mientras el juego se desenvuelve. Dicho de otra forma, los intervinientes en las prácticas jurídicas interpretativas siguen determinadas reglas que se van replanteando continuamente por medio de interpretaciones que dan cuenta de los principios de la praxis jurídica.

Para hacer el paralelo entre la interpretación artística y la interpretación jurídica, Dworkin propone una “hipótesis estética” en estos términos: “*lo que la interpretación de un texto literario busca es mostrar qué lectura –o voz o dirección o actuación– es capaz de revelarnos el texto como una verdadera obra de arte*”¹³⁴. En otras palabras, el autor de una obra literaria es el primer intérprete de la misma, pero su interpretación es una mera hipótesis para sus lectores, que pueden a su vez interpretar la obra (dotarla del mejor sentido y significado posible) para mostrar que constituye en realidad una obra de arte. Dworkin aclara que esta suerte de reinterpretación no puede, en ningún caso, destruir la integridad sustancial del relato ni modificar o alterar su estructura, estilo, lenguaje o argumento, a riesgo de convertirlo en una obra distinta. Para ejemplificar lo dicho, afirma que bien pudo Shakespeare escribir una obra mejor con las herramientas que utilizó en *Hamlet*, y que en esta supuesta pieza mejorada el príncipe de Dinamarca habría sido un hombre decidido para la acción y no un ser contemplativo; sin embargo, agrega,

¹³³ El resumen de estas fases fue tomado del conocido estudio preliminar de César Rodríguez G., “Teoría jurídica y decisión judicial: En torno al debate Hart-Dworkin”, en H.L.A. Hart y R. Dworkin, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, cit., p. 63.

¹³⁴ Ronald Dworkin, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, cit., p. 149.

esto no avala una interpretación que presente a Hamlet como un hombre resuelto y decidido¹³⁵.

A este principio hermenéutico se le denomina *interpretación constructiva*. Al aplicarlo a la práctica jurídica, Dworkin dice que las interpretaciones constructivas son las teorías generales del derecho que “se esfuerzan por presentar la práctica jurídica tal y como se presenta en la realidad, y la mejor justificación para esa práctica”¹³⁶. En ese sentido, llama “derecho como integridad” a la teoría general del derecho que constituye la mejor explicación y justificación del conjunto de las prácticas argumentativas e interpretativas de los juristas. Esta teoría exige que las decisiones de las autoridades estén basadas en principios aplicados de manera consistente y rechaza aquellas fundadas en distinciones caprichosas¹³⁷.

Al igual que Gadamer, Dworkin se aparta de la postura según la cual la labor principal del intérprete del texto original es identificar la intención del autor (o voluntad del legislador, en el caso del derecho), y se inclina a afirmar que el hipotético lector busca captar el sentido, el significado o, en últimas, el *valor* de la obra sin trascender los límites de la obra misma.

No obstante, permanece aún la dificultad de saber cuándo se está ante la interpretación de una obra o ante la invención de una obra distinta, o para el caso del derecho, ante la interpretación de la ley o la creación de un nuevo derecho. En efecto, nada garantiza *a priori* que las siguientes interpretaciones se mantendrán dentro de la lógica interna de la obra en lugar de desfigurarla, dado que toda interpretación tiene una *temporalidad* propia o, dicho de otra forma, está sujeta al cambio con respecto a la posición original del texto.

Entonces, para integrar en la “hipótesis estética” el aspecto temporal de la interpretación, Dworkin plantea la imagen de la “novela en cadena”:

Imaginemos un grupo de novelistas que ha sido llamado a realizar un proyecto y que estos se sortean el orden en el que van a intervenir. Quien saque el número menor escribe el primer capítulo de una novela, cuyo autor enseguida enviará al siguiente

¹³⁵ Ronald Dworkin, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, cit., p. 150. De manera irónica, Umberto Eco propone un juego en el que *Hamlet* es escrita a dos manos por Shakespeare y un editor imaginario, en *El péndulo de Foucault*, trad. R. Pochtar, Barcelona, Lumen, 1989, p. 66.

¹³⁶ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, cit., p. 172.

¹³⁷ En ese sentido, la “integridad” es también un derecho de los ciudadanos a ser tratados de igual manera y a que las decisiones públicas que les atañen guarden consistencia. Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, cit., p. 235.

para que este escriba un segundo capítulo en el entendimiento de que estará agregando un capítulo a esa novela y no empezando una nueva y así sucesivamente. Así las cosas, todos los novelistas excepto el primero tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear porque cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así establecer, en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela hasta ese momento creada. Cada uno de ellos o ellas tendrá que decidir cómo son los personajes “realmente”; qué motivaciones los guían; qué asunto o tema trata la novela en marcha; qué tanto contribuye tal o cual recurso o figura para lograr dicho propósito y si tal elemento debe prolongarse o pulirse o podarse o incluso ser abandonado para así poder adelantar la novela en esta dirección antes que en otra. Debe tratarse de una interpretación de un tipo que no esté atada a la intencionalidad porque, por lo menos para todos los novelistas después del segundo, ya no existe un único autor cuyas intenciones pueda intérprete alguno considerar decisivas porque así lo establecen las reglas del juego¹³⁸.

En esta suerte de tejido eslabonado de la obra, el novelista deberá superar un “examen de doble filo”: ajustarse a la práctica preexistente y mostrar un valor inherente en el texto. En otras palabras, la interpretación debe pasar dos tests: el primero es un *test de coherencia formal* que obligará al intérprete a mantener la unidad de la obra a partir de una continuación argumental que empalme con el relato ya escrito; el segundo, un *test de valor sustancial*, exigirá del intérprete argumentar por qué su convicción estética (política) es la mejor interpretación posible¹³⁹.

Con esta figura de la “novela en cadena”, Dworkin sugiere una analogía entre la interpretación literaria y la hermenéutica jurídica, según la cual los jueces son como novelistas que se remontan a la historia del derecho, mas no para esclarecer la intención o voluntad del legislador sino para construir los principios operativos que permiten presentar la práctica jurídica como consistente en el tiempo. Un buen juez, entonces, concibe las leyes y los precedentes correspondientes como un relato encadenado que debe interpretar para luego continuar la trama, según su criterio, con el cuidado de mantener una máxima coherencia con el resto del relato. Piénsese, por ejemplo, en las cadenas traslaticias de decisiones judiciales que componen las *líneas jurisprudenciales*, de estructura dinámica. Podría decirse que las *sentencias hito*, que fundan, consolidan, reconceptualizan o modifican una línea jurisprudencial, serían eslabones de la cadena que ponen a prueba la coherencia del relato o estabilidad del precedente¹⁴⁰.

¹³⁸ Ronald Dworkin, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, cit., p. 165-166.

¹³⁹ Pedro Talavera, *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*, cit., p. 20-21.

¹⁴⁰ Ver: Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2001, pp. 68-69.

En la teoría de Dworkin, el test de armonía formal sirve como filtro para descartar aquellas interpretaciones que, aunque a primera vista puedan parecer atractivas, no son coherentes con el cuerpo normativo existente. En el evento de que subsista más de una interpretación coherente con el corpus del derecho, se está ante un caso difícil (*hard case*) en el cual el juez debe elegir entre las interpretaciones posibles sin temor de recurrir a un juicio de valor o, en palabras de Dworkin, a la moralidad política¹⁴¹. Claro está que el valor que le añade el juez al derecho no es un valor estético, porque el derecho no es una labor artística, sino un valor social y político, un progreso en la regulación social y la moralidad pública.

Es posible advertir en la propuesta de Dworkin un importante punto de contacto entre la crítica literaria y la práctica jurídica, esto es, que ambas disciplinas registran una oposición entre los defensores de la exégesis y los partidarios de la creación del lector. Así como los exégetas de la teoría jurídica afirman que las decisiones judiciales deben ceñirse estrictamente a las palabras de la ley y los intencionalistas dicen que los jueces deben buscar la voluntad del legislador, los críticos literarios aliados al *Nuevo Criticismo* afirman que la interpretación de una obra debe acudir siempre a la literalidad del texto y los románticos sostienen que el lector debe buscar comprender la intención del autor. Y como contrapunto, al tiempo que los seguidores del *Realismo Jurídico* aseguran que los jueces proyectan siempre en sus decisiones sus concepciones morales y sus convicciones políticas, igualmente los epígonos de la *Estética de la Recepción* consideran que lo que el lector descubre en una obra literaria no es más que el reflejo de sus propias predisposiciones y prejuicios.

Para superar o conciliar estas posturas extremas –un utópico objetivismo frente a un peligroso subjetivismo– el filósofo norteamericano planteó la “novela en cadena”, una teoría interpretativa que exhibe un *Objetivismo moderado* en la medida en que pretende preservar la coherencia formal de la ley y, al mismo tiempo, investir al juez de suficiente dinamismo para recrear la norma y articularla con la moralidad política dominante.

2.1.2. El derecho se distingue de la literatura

¹⁴¹ Dworkin apela a una moralidad política o institucional cerrada y transmitida a través de las tradiciones morales y políticas de una comunidad política que en principio es ajena al juez y que debe ser reconstruida por él a través de la interpretación. En *El imperio de la justicia*, cit., p. 252 y ss.

Richard Posner, destacado jurista y ex juez de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, representa una suerte de dualidad al estilo de Dr. Jekyll y Mr. Hyde¹⁴²: por una parte, es un defensor del análisis económico del derecho (*law and economics*), una corriente de pensamiento que privilegia los criterios de eficiencia y racionalización económica en la creación y adjudicación del derecho¹⁴³; y, de otro lado, es autor de uno de los libros más sofisticados sobre la relación entre el derecho y la literatura (*law and literature*), en el que defiende la necesidad de vincular al derecho con las humanidades, si bien respetando los límites disciplinares.

En *Law & Literature*, Posner se propone la evaluación y sistematización de las investigaciones sobre derecho y literatura hechas hasta el momento, con el fin de lograr su difusión en el ámbito académico. Aborda así las discusiones teóricas sobre la naturaleza y perduración de la literatura, los modos en que la ley se refleja en el medio literario, los vínculos entre el derecho y la justicia, la aplicación de la teoría y la práctica literaria a los textos legislativos y judiciales, y, en general, todas las formas posibles de conexión entre ambas disciplinas.

Sin embargo, Posner se muestra escéptico frente a la posibilidad real de trazar puentes hermenéuticos entre los textos literarios y los jurídicos. Sostiene que, en esa labor, que se ha desarrollado fundamentalmente en los ámbitos académicos, se han sobreestimado los elementos comunes a ambas disciplinas y se han obviado las diferencias, por lo cual la teoría no ha tenido gran éxito por fuera de las aulas. El autor se propone, entonces, destacar las diferencias entre el mundo literario y el jurídico, y fijar los límites y las posibilidades de conexión entre ambos.

En primer lugar, al analizar el papel que juega la intención del autor, traza una línea divisoria entre la interpretación de los textos legislativos y la de los textos literarios. Posner arguye que, a largo plazo, es imposible prever los cambios que se producen en una sociedad y en una cultura, lo que significa que la supervivencia de la obra literaria –así como de una disposición jurídica– está siempre sujeta a su capacidad de superar con éxito el cambio social y cultural, es decir, de contener valores vigentes en un contexto distinto al de su origen. En ese sentido, afirma, si el

¹⁴² La alusión a los famosos personajes de Stevenson es de Enrique Marí, en “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, cit., p. 273-278. Con el mismo fin, Nussbaum compara implícitamente a Posner con Thomas Gradgrind, el personaje utilitarista de *Tiempos difíciles*, de Charles Dickens, en *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, cit., p. 39-55.

¹⁴³ Al respecto, ver Richard Posner, William M. Landes & Mark G. Kelman, *Análisis económico del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2011.

único significado posible de una obra está contenido en la intención del artista que la creó y la única interpretación consiste en comprender la mente del creador, la tarea hermenéutica resulta ser solo una actividad pedagógica, y se reduce, por ejemplo, a investigar las ideas vigentes en la antigua Grecia, el renacimiento inglés o el siglo de oro español¹⁴⁴.

Posner se desvincula de los intencionalistas en el campo interpretativo y hace la siguiente distinción: en la literatura, cuando un poeta crea una obra de arte trata de crear algo hermoso, es decir, estético y placentero; si lo consigue, no importa que sus intenciones fueran banales; y si no lo consigue, tampoco interesa que su intención fuera elevada y sublime; en el derecho, por el contrario, las normas contienen mandatos (intenciones determinadas del legislador) dirigidas a los jueces (sus subordinados), que necesariamente deben aplicar a los casos concretos; esto significa que la intención del legislador es esencial e imperativa, con independencia del juicio de valor que pueda merecer al intérprete¹⁴⁵.

Esta distinción obedece una diferenciación más general entre el *mensaje* y la *orden*: el mensaje se propone instalar una *cadena directa* entre la mente del emisor y la del receptor; la orden, en cambio, no opera como un mensaje cualquiera sino como un mensaje específico que demanda del receptor comprensión y ejecución. Además, la posición de subordinación del intérprete con relación al texto es una *condición de legitimidad* de la interpretación jurídica; si no se capta el mensaje específico o se falsea su transmisión, se trata de averiguar su significado, es decir, lo que el autor quiso ordenar. En esa medida, comprender la intención del autor es la manera correcta de esclarecer la orden impartida. Por el contrario, según Posner, en la literatura el intencionalismo no sirve para determinar el sentido de la obra, y su atractivo solo se explica por cierta fascinación romántica por la personalidad del artista, o sea, por la comprensión de la obra como emanación de la genialidad.

En suma, Richard Posner defiende el *Intencionalismo* en la interpretación jurídica (no como una actividad exclusiva pero sí primaria) y lo niega en relación con la interpretación literaria. De esta forma, rechaza la unidad hermenéutica entre ambas disciplinas planteada por Ronald Dworkin.

¹⁴⁴ Richard A. Posner, *Law & Literature*, cit., pp. 304-309.

¹⁴⁵ Richard A. Posner, *Law & Literature*, cit., p. 308. Esta objeción de Posner la recoge brevemente el jurista colombiano Rodrigo Uprimny en el Prólogo al libro de Carlos Medellín Forero, *Introducción a la estética del derecho*, cit., pp. 13-14.

Dworkin rechaza el *Intencionalismo* tanto en la interpretación literaria como en la interpretación jurídica; a su juicio, el trabajo hermenéutico no se debe limitar a escudriñar la mente del autor, como tampoco a determinar libremente la mejor interpretación posible, sino a situar la obra en un contexto político-social más amplio, pues este contexto revela el significado y el valor del texto.

Esta postura lleva a Posner a considerar a Dworkin un “nuevo crítico” o, dicho de otro modo, un “contextualista”. Para el *Nuevo Criticismo*, la obra es un artefacto coherente en sí mismo, de modo que su elucidación no depende de la biografía del autor o las circunstancias de su composición, sino del contexto histórico, social y político en que se produce la lectura. Hay que aclarar que el *Nuevo Criticismo* se aparta de la llamada *Estética de la Recepción*, según la cual el significado de la obra depende solamente del lector o del crítico o, en el caso del derecho, del juez o del jurista; el *Nuevo Criticismo* plantea apenas que el significado de la obra depende del texto mismo y del contexto en que se lee. Así, puede decirse que Posner es un “nuevo crítico” en literatura y un “intencionalista” en el derecho.

Como se ha visto, Dworkin propone que la interpretación de la norma no debe caer en un utópico objetivismo ni en un peligroso subjetivismo, sino que debe articularse dentro de los valores políticos predominantes en la comunidad, que sería el contexto en el que se interpreta. A manera de contrapunto, Posner responde que esta articulación no es posible porque en la filosofía política nunca hay un consenso sobre los valores sociales predominantes; señala como ejemplo que en Estados Unidos la discusión política oscila, en el mejor de los casos, entre el liberalismo libertario al estilo de Nozick y el liberalismo igualitario a la manera de Rawls¹⁴⁶.

Posner considera además que la “novela en cadena” funciona más como una metáfora que como una teoría seria sobre la interpretación literaria. A su juicio, dicha expresión denota simplemente que los jueces están condicionados por las decisiones previas de una forma en que no lo están los legisladores, pero se equivoca al equiparar al creador del texto legal con sus intérpretes. Según el profesor de la Universidad de Chicago, el problema de la “novela en cadena” es que los intérpretes posteriores no están en absoluto ligados a la obra original, que bien pueden modificar si consideran que el texto ha tomado un rumbo equivocado o no responde a los valores sociales de la época, por lo que inevitablemente producirán contenidos alejados del capítulo fundante. Por eso, concluye, las

¹⁴⁶ Richard A. Posner, *Law & Literature*, cit., pp. 286 y ss.

buenas novelas en cadena no existen –las llama “un juego de salón”–, y al cabo la cadena se rompe por el eslabón más débil¹⁴⁷. A su juicio, la novela en cadena jamás alcanzaría la categoría de obra maestra, por lo que resulta descabellado plantear esta teoría como paradigma para la interpretación del derecho¹⁴⁸. De esta manera, Posner se inclina a favor de una postura intencionalista al considerar que, en materia jurídica, la regla a seguir no puede ser otra que buscar la letra de la ley y la intención del legislador.

Según Posner, las posibles conexiones entre el derecho y la literatura son más modestas y se limitan a la mutua alimentación disciplinar. Aunque reconoce los valiosos aportes que una y otra disciplina pueden ofrecer a sus respectivos cultivadores, traza una línea divisoria entre el derecho (mandatos ejecutivos que deben ser ejecutados e interpretados según la intención de su autor, el legislador) y la literatura (relatos destinados al placer estético y la transmisión de ideas en los que la intención del autor resulta prescindible y en cuya comprensión lo primario es la recepción contextual del texto).

En esta misma línea, Aulis Aarnio considera que si bien la interpretación literaria y la interpretación jurídica se asemejan en el hecho de que ambas investigan la reacción del lector ante un mensaje escrito y se enfrentan al problema de la ambigüedad semántica, lo cierto es que se distinguen al menos en tres aspectos: la existencia de unos fundamentos de autoridad para la interpretación jurídica (las fuentes del derecho), impensables en la literatura; la existencia de unos principios generales asimilados por la comunidad jurídica que orientan la interpretación, distantes también del campo literario; y la importancia del control de los resultados del proceso de interpretación jurídica, debido a que el derecho, a diferencia del arte, determina y condiciona el ejercicio del poder en la sociedad¹⁴⁹.

De igual forma, Bruner expresa que mientras que el discurso jurídico es siempre institucional y formalizado, pues *codifica* la realidad y la encierra en un conjunto de

¹⁴⁷ Richard A. Posner, *Law & Literature*, cit., p. 11. “Dworkin no está interesado en las *novelas en cadena*. Ni lo están, en realidad, los teóricos y críticos literarios; porque no hay buenas *novelas en cadena*, son un juego de salón. La analogía de Dworkin es solo una forma vívida de señalar que los jueces están limitados por decisiones pasadas de una forma en que no lo están los legisladores”.

¹⁴⁸ En literatura, lo más parecido a una “novela en cadena” son las novelas-collage, que consisten en un ensamblaje de imágenes y textos en un mismo documento con propósitos narrativos. Puede citarse, también, un procedimiento ideado por los surrealistas a principios de siglo XX llamado “cadáver exquisito”, una forma de composición en la que participa un número plural de personas y cada una de ellas empieza la escritura en el lugar en que terminó la última.

¹⁴⁹ Ver: Aulis Aarnio, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, en *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social: ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. P. Larrañaga, México, Fontamara, 1995, p. 25-31.

conceptos y categorías rígidas que fijan obligaciones y prohibiciones, el discurso literario carece de toda dimensión institucional, pues es siempre libre, creativo y no está sometido a formalismo alguno, sino que *libera* las posibilidades que encierra la realidad, pasa por encima de las certidumbres, difumina las categorías, conceptos y convenciones, y propone variaciones infinitas (y factibles) sobre la realidad. En resumen, la literatura ofrece verosimilitudes y el derecho, certidumbres¹⁵⁰.

Los profesores Uprimny y Rodríguez tienen una postura similar; señalan que la literatura, al ofrecer la posibilidad de incertidumbre y la apertura a muy diversas interpretaciones, puede asemejarse en cierta medida a la “interpretación jurídica no judicial”, como sería el caso de un lector del Código Civil que constatará la variedad de interpretaciones que admiten sus normas sin estar atado a una en particular. No obstante, añaden, esta flexibilidad no parece predicable de la interpretación judicial, dado que, si bien el juzgador puede informar sobre la diversidad de sentidos que genera el derecho objeto de interpretación, en todo caso deberá optar por un solo sentido, que será el fundamento central de su decisión¹⁵¹.

En resumen, según esta posición que podría denominarse escéptica, no es posible trazar un paralelismo entre la interpretación jurídica y la literaria, de modo que la trascendencia de la literatura para el estudio del derecho se limita a la representación de la condición humana o la descripción de situaciones, sentimientos y pensamientos que permiten al jurista lector acercarse a la sabiduría y la justicia. Este tipo especial de articulación será abordado más adelante en el capítulo dedicado al *derecho en la literatura*.

Antes de ello, se expondrán las propuestas teóricas que colocan al lector en un lugar protagónico del proceso de creación y recreación del texto, es decir, los aportes de la *Estética de la Recepción*, la teoría de la *Ansiedad de la Influencia*, la teoría deconstructivista, y la tesis colaborativa de Eco.

2.1.3. El derecho se interpreta creativamente

Las teorías más recientes de la crítica literaria ponen el acento en el papel creativo del lector o receptor en la lectura e interpretación de un texto de cualquier tipo. La *Estética de la Recepción* es un conjunto de teorías de la subjetividad en la

¹⁵⁰ Jerome Bruner, *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 48.

¹⁵¹ Rodrigo Uprimny & Andrés Abel Rodríguez, *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2008, p. 49.

interpretación que, con distintas variaciones, pone al lector en el mismo plano en que ubica al texto, de forma que el intérprete o el receptor del mismo puede ser, al fin de cuentas, su creador. Surge a finales de la década de 1960 en el contexto de la crisis de la autonomía del texto y de la pretendida neutralidad de la crítica literaria¹⁵², y en un clima político más amplio de reivindicaciones sociales y luchas estudiantiles.

De acuerdo con Umberto Eco, el conocido semiólogo y novelista italiano, las teorías de la recepción nacen como reacción a la obstinación de ciertas metodologías estructuralistas que presumían de poder indagar la obra de arte o el texto en su objetividad como objeto lingüístico (a la manera del *Formalismo Ruso*), y a la rigidez de las semánticas formales anglosajonas que presumían de abstraerse de cualquier situación o contexto en que se emiten los signos o los enunciados (a la manera del *Nuevo Criticismo*)¹⁵³.

Uno de los textos precursores de la *Estética* es “La historia de la literatura como provocación de la ciencia literaria”, en el que Hans Robert Jauss se destaca de los paradigmas anteriores para afirmar que la relación entre el lector y la obra es dialógica y que en este diálogo tiene plena importancia la experiencia del lector, mas no una experiencia individual, psicológica, sino una experiencia inmersa en un sistema referencial llamado *horizonte de expectativas*, que es básicamente lo que el lector espera de una obra. Si las expectativas son satisfechas o excedidas, se crea una *distancia estética*, que es la medida del valor artístico de una obra. Si la distancia estética aumenta, es decir, si se produce una ruptura o innovación con respecto al horizonte de expectativas del lector, la obra tendrá un valor relevante¹⁵⁴. En un trabajo posterior, Jauss añade una segunda parte a la relación del lector y el texto, definida no solo por un *horizonte de expectativas* interno, referido a la literatura, sino igualmente por un *horizonte de experiencias*, de entorno, que viene dado por el contexto histórico y social en que se lee¹⁵⁵.

Esta idea de la importancia del lector y del contexto en que se lee para la interpretación de un texto tiene resonancia en la obra del profesor Stanley Fish, para quien el intérprete de la obra literaria es su protagonista, dado que es el

¹⁵² Ver: Roland Barthes, “La muerte del autor”, en *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y de la escritura*, trad. C. Fernández, 2ª. Ed., Barcelona, Paidós, 1994, pp. 65-71.

¹⁵³ Umberto Eco, *Los límites de la interpretación*, trad. H. Lozano, Barcelona, Lumen, 1992, p. 25.

¹⁵⁴ Ver: Hans Robert Jauss, *La historia de la literatura como provocación*, trad. J. Godo y J. L. Gil, Madrid, Gredos, 2013, pp. 151-207.

¹⁵⁵ Ver: Hans Robert Jauss, *Experiencia estética y hermenéutica literaria*, trad. J. Siles y E. Fernández, 2ª ed., Madrid, Taurus, 1992, pp. 11-28.

responsable por la creación de los sentidos. Fish afirma que la objetividad textual es una *peligrosa ilusión*, lo cual le vale el calificativo de relativista radical. Como respuesta, Fish toma prestada del teórico David Bleich la idea de una *comunidad interpretativa*, cuya finalidad sería limitar la atribución de sentidos y así escapar de una subjetividad absoluta del lector. A su juicio, siempre que un lector interprete una obra literaria o un jurista interprete un texto legal, lo hará en el interior de un conjunto de intereses y preocupaciones que lo vinculan a un determinado contexto.

En un artículo suyo llamado *Is There a Text in this Class?*¹⁵⁶, Fish considera que, si bien el lector o el escucha no están totalmente restringidos por los significados que tienen las palabras en un sistema lingüístico normativo, tampoco tienen la libertad de atribuir a una expresión el significado que mejor les parezca. Manifiesta que, en cualquier caso, la comunicación y la lectura se producen en *situaciones*, y añade que estar en una situación es estar en posesión de (o poseído por) un conjunto de supuestos y prácticas sociales con fines determinados. El autor hace énfasis en esto punto: no es posible el objetivismo en la lectura por la simple razón de que el lenguaje no tiene un significado independiente y ajeno al contexto que lo produce; en otras palabras, quienes participan en la comunicación (oral o escrita) pertenecen siempre a la realidad social y hacen parte de una comunidad en la cual las palabras tienen un significado (o una red de significados) aceptado y reproducido convencionalmente.

Esta comunidad interpretativa, agrega, es particularmente evidente en las disciplinas académicas o profesionales. Interpretar algo es siempre tratar de determinar la intención del autor. Como las palabras no declaran la intención de quien las profirió, esta labor corresponde al intérprete, que en este caso no es el autor, sino el receptor del mensaje. En vista de que el lenguaje es siempre contextual, lo que el autor quiso decir depende del contexto en que se produjo el mensaje e incluso de la disciplina u oficio a la que pertenece el emisor, pues cada área del conocimiento cuenta con unas convenciones, unos códigos y unos objetivos particulares¹⁵⁷.

Para otros teóricos, que igualmente acentúan la importancia del lector, la interpretación no depende del contexto en que se produce la obra o en que se la lee, sino del problema de la *influencia* de otras obras anteriores.

¹⁵⁶ Hay una traducción al castellano: "¿Hay un texto en esta clase?", en Elías José Palti (ed.), *"Giro lingüístico" e historia intelectual*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 1998, pp. 217-236.

¹⁵⁷ Stanley Fish, "Response: Interpretation Is Not a Theoretical Issue", *Yale Journal of Law & the Humanities*, 11, 2, Summer 1999, p. 509.

Es bien conocido el concepto de influencia para denotar la transmisión de conocimiento y experiencia de una persona o un grupo de personas a sus sucesores en el tiempo. Suele decirse que determinado autor o tradición literaria influye sobre otro u otra en la medida en que inspira, modela o condiciona sus creaciones. Pues bien, el crítico literario Harold Bloom ha hecho una revisión crítica de la influencia entendida como un préstamo o asimilación pacífica de la tradición precedente que resulta inspiradora o beneficiosa para el nuevo creador. A su juicio, la influencia es un proceso inevitable que produce ansiedad y aprensión en los nuevos aspirantes a escritores, que, obligados a competir con sus predecesores, terminan por distorsionar sus obras. La relación de los creadores con sus predecesores, al igual que la relación de los hijos con los padres en la teoría edípica de Freud, es ambivalente: por una parte, hay admiración y apreciación del trabajo previo, pero también hay envidia y temor de ver ensombrecido o anegado el propio espacio imaginativo. Esta condición es denominada un aprisionamiento (*misprision*). Así, para salvaguardar su propia libertad de creación, el nuevo escritor lee al anterior de forma defensiva o hace una “lectura errónea” (*misreading*), que implica siempre una distorsión¹⁵⁸; por lo tanto, nada es realmente único, todos los autores adoptan, manipulan y alteran estilos, contenidos y estructuras de sus precursores¹⁵⁹.

Bloom identifica seis formas de distorsión en la lectura de un precursor, inspiradas en los mecanismos de defensa de la teoría psicoanalítica. Son modos de revisión o transformación (*revisitationary ratios*), esto es, formas en que los autores tardíos siguen, se separan o transforman el legado de los poetas anteriores: (i) *Clinamen*: es el desvío del poeta respecto de su predecesor; es un movimiento correctivo que asume que el precursor se movió en la dirección correcta hasta cierto punto, pero después debería haberse desviado precisamente en la dirección que toma el nuevo poema; (ii) *Tessera*: es la compleción antitética de la obra anterior; el poeta lee la obra matriz con el propósito de preservar sus términos, pero para darles un significado distinto, como si el poema precursor hubiera fallado en ir lo suficientemente lejos; (iii) *Kenosis*: es un dispositivo de ruptura similar a los mecanismos de defensa que emplea la psique contra la repetición compulsiva; es

¹⁵⁸ Harold Bloom, *The Anxiety of Influence. A Theory of Poetry*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 5-16.

¹⁵⁹ Rorty observa, en su lectura nietzscheana de Bloom, que la lucha de los nuevos poetas con sus predecesores es una “rebelión contra la muerte”, que es una rebelión contra el hecho de no haber creado. La diferencia entre los creadores y los “seres comunes” es que los primeros se oponen con más vigor al hecho de haber sido descritos y creados por otros hombres con otros lenguajes. Ver: Richard Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. A. Sinnot, Barcelona, Paidós, 2011, pp. 44-49.

un movimiento de discontinuidad respecto del precursor mediante el cual el nuevo creador se vacía de inspiración de una manera que vacía también la obra predecesora, en un intento de aislarse de su influencia; (iv) *Daemonization*: es una reacción a la sublimidad del poema precursor; el poeta tardío se abre así mismo a lo que cree que es el poder de la obra precursora, que no pertenece a su creador, sino que es superior y está más allá de él, para así ignorar el carácter único de la obra anterior y dar importancia a su propio trabajo; (v) *Askesis*: es un movimiento de autopurga que intenta conseguir un estado de soledad; el poeta renuncia a una parte de sus dotes imaginativas para separarse de otros, incluido su precursor, al situar su poema respecto de la obra matriz como si esta sufriera también de *askesis*, de modo que las dotes del precursor quedan igualmente truncadas; (vi) *Apophrades*: significa el retorno de los muertos; en este movimiento el escritor, ya agobiado por su soledad imaginativa, enfrenta el poema tan abiertamente a la obra predecesora que pareciera que él mismo hubiera escrito esta obra precedente¹⁶⁰.

Estos modos de revisión o transformación indican la forma en que todas las personas, sean o no poetas, leen a sus precursores. La tesis de Bloom es categórica: no es posible conocer la obra en sí misma, dado que toda interpretación es un aprisionamiento o una lectura errónea. Una “lectura errónea débil” sería un intento de desentrañar lo que un texto realmente quiere comunicar, pues los textos en sí mismos no significan nada; por el contrario, en una “lectura errónea fuerte” se ubica la obra en el contexto de otras obras y se activan inconscientemente los mecanismos de defensa del lector para rehacer la obra predecesora de forma creativa¹⁶¹. Según Bloom, “la angustia de la influencia no es una angustia relacionada con el padre, real o literario, sino una angustia conquistada en el poema, novela u obra de teatro. Cualquier gran obra literaria lee de una manera errónea –y creativa–, y por tanto malinterpreta, un texto o textos precursores”¹⁶².

El profesor López Medina ha tomado parcialmente la fórmula de Bloom para explicar los procesos de circulación de la filosofía del derecho entre los lugares

¹⁶⁰ Harold Bloom, *The Anxiety of Influence. A Theory of Poetry*, cit., pp. 14-16.

¹⁶¹ Harold Bloom, *Kabbalah and Criticism*, New York, Seabury Press, 1975, p. 122. “La triste verdad es que los poemas no *tienen* presencia, unidad, forma o significado. (...) ¿Qué es, por tanto, lo que un poema posee o crea? Ay, un poema no *tiene* nada, ni *crea* nada. Su presencia es una promesa, parte de la sustancia de las cosas que se esperan, la evidencia de cosas no vistas. Su unidad está en la buena voluntad del lector, (...) su significado es solo que hay, o, más bien, *hubo*, otro poema”.

¹⁶² Harold Bloom, *El canon occidental*, trad. D. Alou, Barcelona, Anagrama, 1997, p. 18. Lethem anota que la *ansiedad de la influencia* parece ser una enfermedad típicamente moderna, pues el posmodernismo ha asimilado sin rodeos que la intertextualidad –la influencia, el préstamo, el contagio, el plagio– es un acto creativo en sí mismo. Ver: Jonathan Lethem, “The Ecstasy of Influence”, *Harper’s*, February 2007, pp. 59-71.

centrales de producción y los sitios periféricos de recepción. A su juicio, esta teoría poética resulta útil para entender que la producción de iusfilosofía en América Latina se inscribe en tradiciones textuales que son inevitables para los académicos locales, además que permite valorar la influencia y la tardanza no como defectos de la cultura regional, sino como atributos positivos propios de cualquier proceso creativo)¹⁶³. López considera que la filosofía del derecho local presenta los síntomas de una ansiedad de la influencia no resuelta que puede explicarse a partir de los modos de revisión o de transformación formulados por Bloom, bien sea que se manifieste en un *clinamen* (una desviación o una incomprensión del texto precedente), una *tessera* (una reordenación de los fragmentos de un mosaico) o una *kenosis* (una rendición frente al precursor)¹⁶⁴. Así vista, esta parece ser otra forma en que el derecho se parece a la literatura, en el diálogo ansioso y creativo con la tradición iufilosófica precedente.

Una desviación especialmente interesante de las teorías de la recepción proviene de la corriente deconstructivista. *Deconstrucción* es un término asociado al filósofo argelino Jacques Derrida y hace referencia al ejercicio o estrategia de lectura que sospecha de la claridad y completitud de los conceptos, aboga por el examen riguroso de los procesos históricos y acumulaciones metafóricas en las que se han producido y desarrollado tales conceptos, y resalta las “márgenes” y los “deslices” del texto como esenciales al mismo, mas no como anomalías del lenguaje. En contraste con la filosofía tradicional (con raíces en Platón y Hegel), que asume que en lo profundo de la obra literaria reside un sentido total que es preciso esclarecer (logocentrismo), Derrida considera que la envoltura retórica es todo lo que hay en un texto y por eso la obra literaria es irreductible a una idea o un concepto. Considera que todo lenguaje es rico, complejo y equívoco, y el sentido resulta infinitamente alegórico, de modo que los significantes (las interpretaciones) son siempre plásticos y versátiles¹⁶⁵.

En su ensayo sobre el derecho y la justicia, Derrida argumenta que el derecho es básicamente una “fuerza autorizada” sin un sustrato último. Señala que si bien el derecho está construido sobre capas textuales que son interpretables y transformables (de ahí la evolución y la mejora del derecho), lo cierto es que carece

¹⁶³ Ver: Diego López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Legis, 2004, pp. 37-61.

¹⁶⁴ Ver: Diego López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*, cit., pp. 61-69.

¹⁶⁵ Cfr. Carmen González Marín, “Presentación”, en Jacques Derrida, *Márgenes de la filosofía*, trad. C. González Marín, Madrid, Cátedra, 1994, pp. 9-13.

de un fundamento último, pues en el fondo del derecho solo duerme un vacío (“un silencio”) que, apoyado en Pascal y Montaigne, el filósofo califica de “místico”¹⁶⁶. Esta consideración se ubica en las antípodas de los intentos de la filosofía iuspositivista por encontrar una regla última, desde la “norma fundamental hipotética” de Hans Kelsen hasta la “regla de reconocimiento” de H.L.A. Hart¹⁶⁷.

Que el derecho sea construido, agrega Derrida, significa que puede ser deconstruido, es decir, desmembrado en sus conceptos y sometido a un estudio de las contingencias históricas que lo originaron y los mandatos o imperativos que ha querido promover.

Este ejercicio deconstructivo, basado en la constatación de la ausencia de un fundamento último en el derecho y de la presencia de *fundamentos parciales*, si se permite la expresión, lleva a Derrida a postular que en el momento de aplicar la ley el juez debe ceñirse a ella y *al mismo tiempo* reinventarla. Considera que la decisión del juez no solo debe seguir una regla del derecho sino “confirmar su valor por un acto de interpretación restaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso”. Curiosamente, Derrida acude a la expresión *fresh judgment*, de Stanley Fish, que designa un tipo de decisión “a la vez regulada y sin regla, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber reinventarla, re-justificarla en cada caso, al menos en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio”¹⁶⁸. A su juicio, cada caso es distinto, cada decisión es particular y requiere una interpretación única que ninguna regla existente y codificada podría garantizar absolutamente.

Recuérdese que Stanley Fish destaca la importancia del lector del texto o receptor del mensaje en la interpretación del mismo, si bien no incurre en un relativismo rampante, pues, en vez de afirmar que el intérprete tiene plena libertad para asignar un significado, afirma que la interpretación siempre está delimitada por el contexto (social, académico, político, etc.) en el que se produce y se recibe el texto. El planteamiento de Derrida va más allá, pues le otorga al intérprete (en este caso, al juez) un papel más activo. No es que el decisor esté sujeto a las reglas de una

¹⁶⁶ Jacques Derrida, “Fuerza de ley: El «Fundamento místico de la autoridad»”, trad. A. Barberá y A. Peñalver, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 1992, pp. 129-191.

¹⁶⁷ Otras búsquedas más sofisticadas son los *principios sistémicos* de Niklas Luhmann y el *hiperciclo autorreferencial* de Gunther Teubner. Ver: Oscar Mejía Quintana, “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación”, en Númas Gil (comp.), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

¹⁶⁸ Jacques Derrida, “Fuerza de ley: El «Fundamento místico de la autoridad»”, cit., p. 149.

comunidad interpretativa y conformado por ellas, sino que, en vista de la plasticidad del derecho y la polisemia del lenguaje con que opera, está llamado a recrear explícitamente estas normas en función de las circunstancias del caso específico que enfrenta¹⁶⁹.

Algunos autores como Hirsch y Abrams han criticado que los “nuevos lectores” (Derrida, Bloom, Fish), al poner un énfasis desmesurado en el papel del receptor, ignoran las “normas incorporadas al lenguaje” y los “significados lingüísticos de las palabras”, así que invitan a abandonar el ámbito corriente de la experiencia al leer, en favor de un mundo en el cual “ningún texto puede significar nada en particular”. Ante esta crítica, Fish ha señalado que las normas que echan de menos estos críticos no están incorporadas al lenguaje, sino que son inherentes a una estructura o un contexto en el que existen unos supuestos sobre el valor, objetivo y propósito de las palabras. En ese sentido, recuerda que una pluralidad infinita de significados sería de temer solamente si las oraciones fueran completamente ajenas a una situación antes dada, lo cual es imposible: “ni siquiera es posible pensar en una oración independientemente de un contexto, y cuando se nos pida que consideremos una para la cual no se especifica ninguno, la entenderemos automáticamente en el contexto en el cual la encontramos la mayor parte de las veces”¹⁷⁰.

Ahora bien, Umberto Eco resume la controversia entre las posturas que fijan el acento en la intención del autor (*intentio auctoris*), la intención de la obra (*intentio operis*) o la intención del lector (*intentio lectoris*). Eco dice que las dos primeras posturas remiten al debate clásico sobre si debe buscarse en el texto lo que el autor quería decir o si debe buscarse en el texto lo que este dice, independientemente de las intenciones del autor; una vez aceptado el segundo extremo del debate, la oposición podría formularse en estos términos: a) es preciso buscar en el texto lo que dice con referencia a su coherencia contextual y a la situación de los sistemas de significación a los que se remite, o b) es preciso buscar en el texto lo que el destinatario encuentra con referencia a sus propios sistemas de significación y/o con referencia a sus deseos, pulsiones, arbitrios¹⁷¹.

¹⁶⁹ Ver: Carlos A. Contreras, “Literatura y Derecho en Jacques Derrida”, *Ideas y Valores*, LXII, 152, agosto de 2013, pp. 95-110; Jorge Roggero, “Derecho y Literatura en la obra de Jacques Derrida”, *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 21, 3, 2014, pp. 435-457.

¹⁷⁰ Stanley Fish, “¿Hay un texto en esta clase?”, cit., p. 224.

¹⁷¹ Umberto Eco, *Los límites de la interpretación*, cit., p. 29.

El extremo a) de la oposición recuerda el planteamiento de Fish dado que sitúa el texto en el contexto en que se produce y se recibe, y le concede relevancia a los acuerdos sobre los significados del lenguaje empleado. A su vez, el extremo b) remite a los postulados de Derrida en la medida en que resalta el protagonismo del lector en la labor interpretativa, esto es, la posibilidad de recrear o reinventar el texto según sus criterios y creencias.

En un repaso histórico, Eco recuerda que, ante las posibilidades del texto de suscitar interpretaciones infinitas o indefinidas, la Edad Media fue en busca de la pluralidad de los sentidos ateniéndose a una rígida noción del texto como algo que no puede ser autocontradictorio, mientras que el Renacimiento, inspirado por el hermetismo neoplatónico, intentó definir el texto ideal, en forma de texto poético, como aquel que admite todas las interpretaciones posibles, incluso las más contradictorias. No obstante, advierte, afirmar que un texto puede estimular infinitas interpretaciones no resuelve la cuestión de si esta infinidad depende de la *intentio auctoris*, de la *intentio operis* o de la *intentio lectoris*, porque bien se puede buscar la infinitud de los sentidos que el autor ha instilado en el texto, o buscar la infinitud de los sentidos que el autor ignoraba (y que probablemente son atribuidos por el receptor, pero sin decidir todavía si como consecuencia o a despecho de la intención de la obra).

El autor italiano reconoce que en las últimas décadas se ha conferido a la labor interpretativa del lector una relevancia desmesurada. Al respecto, advierte que no siempre el privilegio conferido a la intención del lector es garantía de la infinitud de las lecturas. Si se privilegia la intención del lector se debe prever también un lector que decida leer un texto de forma totalmente unívoca. Al mismo tiempo, se puede leer como infinitamente interpretable un texto que su autor ha concebido como absolutamente unívoco o que es sin duda unívoco en cuanto a la intención de la obra. Correlativamente, alguien puede leer como unívoco un texto que el autor ha querido elaborar como infinitamente interpretable o abierto a varias interpretaciones desde el punto de vista de la intención de la obra.

Este gran espectro de posibilidades lleva a la conclusión de que el trabajo interpretativo es una búsqueda simultánea de la intención del autor, la intención de la obra en sí misma y la intención del lector, sin que pueda eliminarse, pero sí controlarse, la posibilidad de lecturas indefinidas.

Eco le asigna al receptor de la obra una función *colaborativa* en el sentido de un lector activo que ayuda en la construcción del sentido y significado del texto. Esta

reflexión, al ser trasladada a la interpretación en el ámbito jurídico, implica que el receptor del texto legal tendrá que atender tanto a la intención del legislador como al propósito de la ley, pudiendo en todo caso valorar sus propias intenciones y criterios al momento de la lectura. Esta posición aboga por un trabajo dinámico del operador jurídico, pues lo habilita para re-crear la norma en función de las necesidades del caso concreto que busca resolver y de los casos que resolverá en el futuro.

Para resumir, la llamada *Estética de la Recepción* se apropia del principio hermenéutico de que la obra se enriquece con las interpretaciones que se dan de ella y tiene presente la relación entre el efecto social de la obra y el *horizonte de expectativas* de sus receptores, pero no por ello niega que las interpretaciones del texto deben ser proporcionadas con respecto a una hipótesis sobre la naturaleza de la intención profunda del texto. Por su parte, la *Teoría de la Influencia* señala que el texto debe leerse en el flujo de influencias de los textos que lo preceden y reconoce que la interpretación del texto es siempre parcial y equivocada, pero esa lectura errónea es un acto creativo en sí mismo. A su vez, las teorías de deconstrucción ponen vistosamente el acento sobre la iniciativa del receptor y la irreductible ambigüedad del texto, que puede convertirse en estímulo para la deriva interpretativa. Finalmente, la semiótica de la interpretación (teorías del lector modelo y de la lectura como acto de colaboración) suele buscar en el texto la figura del lector por constituir, y, por tanto, busca también en la *intentio operis* el criterio para evaluar la expresión de la *intentio lectoris*.

Como bien enseñan los autores citados, interpretar es re-crear; el lector, el poeta y el juez tienen libertad re-creativa y, al tiempo, están limitados por la experiencia, el contexto social o la influencia de sus precursores. Quizá para borrar la distancia entre el autor y el lector, Borges dijo: “Nuestras nadas poco difieren; es trivial y fortuita la circunstancia de que tú seas el lector de estos ejercicios, y yo su redactor”¹⁷². El lector como creador.

2.2. Narrativa: el derecho *en* la literatura

Esta segunda forma de articulación, el derecho *en* la literatura, se refiere a la manera en que los problemas jurídicos son creados y representados en las obras literarias, y, también, hace referencia a la consideración general del derecho y la

¹⁷² Jorge Luis Borges, “A quien leyere”, en *Fervor de Buenos Aires*, Buenos Aires, Emecé, 1970, p. 6.

literatura como relatos sociales con discursos o retóricas específicas. En ese sentido, es posible identificar dos componentes en el modo narrativo de articulación: un componente *ético* que encuentra en la literatura un rico manantial de fuentes para la profundización ética del derecho y una valiosa herramienta para la enseñanza de la profesión; y un componente *retórico* que advierte en la literatura un relato social que puede bien sustentar el discurso jurídico predominante o bien entrar en disputa con él en el terreno de los valores sociales relevantes.

En este apartado se explora, en primer lugar, el componente ético de esta forma de articulación a partir de la disputa entre: (i) los defensores de la literatura como un discurso ético-político que afirma y promueve valores sociales relevantes para el derecho cuya lectura y asimilación por parte de los juristas amplía su capacidad de tomar decisiones prácticas con un sentido de humanidad, y (ii) los cultores de la literatura como un ejercicio estético-individual sin pretensiones de mejoramiento social o promoción de valores comunes, cuyo único fin es lograr una obra con valor artístico; esta discusión a veces asume la forma del debate sobre la autonomía del escritor y el compromiso social en el trabajo intelectual.

En segundo lugar, se analiza el componente retórico del modo narrativo de articulación, que asume el derecho y la literatura como relatos sociales con discursos y fines específicos que pueden converger o tomar caminos opuestos. En síntesis, se muestra que el derecho y la literatura disputan los relatos o narrativas que circulan en la sociedad, y que, en esa disputa, se decide la relevancia o irrelevancia de ciertos valores sociales.

2.2.1. La literatura como discurso ético-político

El componente narrativo ético parte de la premisa de que ciertos temas jurídicos se elucidan mejor al ser tematizados en los relatos literarios que cuando lo son en tratados, manuales y compendios especializados. Esta corriente asegura que la literatura constituye una especie de repositorio privilegiado del cual se puede extraer información capaz de contribuir a la comprensión de las relaciones humanas que componen el medio social, esto es, el sustrato de cultura en el cual, al fin y al cabo, opera el derecho.

La literatura, señala Marí, está inundada de obras con temas legales que exponen las formas en que el derecho aborda cuestiones esenciales de la naturaleza humana

como la vida, la muerte, el crimen, la religión, la guerra y la familia¹⁷³. Arianna Sansone agrega que la literatura permite al lector acercarse a la noción de justicia que inspira el derecho, lo exhorta a reflexionar sobre los dilemas humanos de los que se ocupa el derecho y saca a la luz las emociones más comunes de las personas –miedo, cólera, alegría, placer, compasión– que de una u otra manera se relacionan con el derecho, y la forma en que la práctica jurídica tramita esas emociones¹⁷⁴.

Esta forma de articulación entiende la literatura como un discurso, esto es, como una acción dirigida a otro formalizada mediante el lenguaje, que promueve la profundización del contenido ético del derecho.

Este enfoque destaca el papel de la literatura en la afirmación y crítica de los valores culturales y éticos de la sociedad y del derecho, usualmente sobreentendidos en las reglamentaciones jurídicas. Parte del supuesto de la capacidad de la obra literaria de incitar sentimientos de empatía en el lector respecto de los hechos y personajes de las historias contadas, lo que le posibilita participar de forma segura en la vida de otros o, en palabras simples, ponerse en sus zapatos, experimentar situaciones diversas a las propias, y reflexionar y posicionarse de manera crítica frente a cuestiones fundamentales del mundo práctico¹⁷⁵.

Algunos autores han desarrollado teóricamente este enfoque. El profesor Pedro Talavera ha dicho que el análisis literario del derecho ayuda a los juristas a superar el positivismo normativista en el sentido en que desvela el sentido del derecho y su conexión con la justicia¹⁷⁶. A su vez, el teórico Arnaldo Godoy advierte que la literatura puede servir como instrumento para el registro de los valores de un lugar o una época –la representación del sistema jurídico, del poder, de la justicia, de las leyes, de las funciones judiciales– en el interior del imaginario colectivo. No obstante, agrega, la literatura no tiene la tarea de explicitar propiamente el derecho, pues su contribución, vinculada más claramente a una dimensión sociológica y antropológica, se revela solamente en la capacidad de auxiliar en la tarea de comprensión del derecho y sus fenómenos¹⁷⁷.

¹⁷³ Enrique Marí, “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, cit., p. 259.

¹⁷⁴ Arianna Sansone, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, cit., p. 141-142.

¹⁷⁵ Arianna Sansone, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, cit., p. 78.

¹⁷⁶ Pedro Talavera, *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*, cit., p. 5, 10.

¹⁷⁷ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, *Direito & literatura. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*, cit., p. 26, 35-36.

El profesor Germano Schwartz identifica varias formas en que el derecho y los problemas jurídicos son representados en las obras literarias: "(a) recreaciones literarias de juicios jurídicos, (b) el modo de ser y el carácter de los juristas, (c) el uso simbólico del derecho y (d) el tratamiento que el Derecho y el Estado dispensan a las minorías o grupos oprimidos"¹⁷⁸.

Uno de los autores que mejor ha desarrollado esta forma de articulación es François Ost, quien utiliza la expresión de "indisciplina literaria" para evidenciar el contraste entre la narrativa y las disciplinas excesivamente instituidas, y su interpelación de lo jurídico, que pone en tela de juicio los saberes sobre los cuales el derecho intenta apoyar su propia positividad. De igual forma, el autor antepone el "derecho contado", que resalta la singularidad de los casos, al "derecho analizado", articulado a partir de hipotéticas pirámides normativas y rehén del formalismo jurídico¹⁷⁹.

Según Ost, el estudio del derecho en la literatura tiene tres beneficios: a) reduce el abismo abierto por el pensamiento analítico entre los mundos del ser y del deber ser –o mejor, entre hecho y derecho– dado que el ser siempre aparece ya interpretado; b) revela la experiencia de contar como un acto de mediación entre el describir y el prescribir; c) despoja a la literatura del carácter ornamental y la entiende como "la estructura pre-narrativa de la experiencia común y sus evaluaciones implícitas"¹⁸⁰.

Una de las teóricas más representativas de este modo de articulación es la filósofa estadounidense Martha Nussbaum. En el ya citado *Poetic Justice*, Nussbaum plantea su argumento a favor de la humanización del derecho a través de la literatura en cuatro capítulos: la imaginación literaria, la fantasía, las emociones racionales y los poetas como jueces.

El punto de partida es que la literatura está asociada con las emociones, tanto las que provoca en el lector como las que constituyen el sustrato de la obra. El centro de sus críticas es el pensamiento utilitarista, que postula una oposición radical entre la razón y la emoción, y tiende a denostar esta última como inadecuada para la discusión de los asuntos públicos. En contraste, manifiesta que esta oposición es falsa, y considera que las emociones no están divorciadas en absoluto de la cognición y el juicio.

¹⁷⁸ Germano Schwartz, *La Constitución, la literatura y el derecho*, cit., p. 53.

¹⁷⁹ François Ost, *Raconter la Loi. Aux Sources de L'Imaginaire Juridique*, cit., p. 41-48.

¹⁸⁰ François Ost, *Raconter la Loi. Aux Sources de L'Imaginaire Juridique*, cit., p. 14-15, 36-37.

Como ejemplo de esta expulsión de las emociones en el debate público, Nussbaum menciona que en los juicios penales norteamericanos suele exhortarse al jurado a emitir un juicio libre de factores emocionales como la historia personal o el carácter del acusado, con lo cual se priva al juez de formas de ver el mundo que son esenciales para captarlo en plenitud.

En efecto, purgar un juicio de cualquier emoción puede resultar inocuo, sobre todo si el debate sobre la responsabilidad penal del acusado debe lidiar expresamente con un factor emocional. Por ejemplo, en el derecho penal existen figuras jurídicas que operan como eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal, como es el caso del “miedo insuperable” o la “ira e intenso dolor”, que contienen evidentes elementos emocionales. En Colombia existe, como una circunstancia de menor punibilidad, el “obrar en estado de emoción, pasión excusable, o de temor intenso”. En estos casos, no parece posible una interpretación ponderada sin considerar las emociones que subyacen y finalmente determinan la conducta juzgada¹⁸¹.

La autora responde a los argumentos según los cuales las emociones son inadecuadas para la deliberación pública. Un argumento común es que el intelecto calculador es imparcial y capaz de una justicia precisa, mientras que las emociones son prejuiciosas y se dejan arrastrar por lo inmediato. En respuesta, la autora señala que el intelecto es incapaz de discernir a menos que lo asista una capacidad de imaginar vívida y empáticamente otra vida. El cálculo sin emoción es ciego para los valores, pues no capta el valor de la muerte para los deudos o del hambre para los hambrientos. Y advierte que solo a partir de ese reconocimiento imaginado y empático se pueden producir leyes y decisiones públicas investidas de humanidad.

Nussbaum afirma que de la novela realista puede decirse lo mismo que afirmaba Aristóteles de la tragedia griega: “que la forma misma inspira compasión en los lectores, instándolos a preocuparse intensamente por el sufrimiento y la desgracia ajena, a identificarse con los demás de maneras que les revelan posibilidades para sí mismos”¹⁸². Añade que la compasión o piedad trasciende la simple empatía, dado que el espectador juzga que los infortunios de los personajes son ajenos a

¹⁸¹ Algunos autores llaman “delito emocional” a la conducta punible ejercida en razón al dominio que la parte emocional del cerebro –sistema límbico– ejerce sobre la parte racional –neocorteza–. Ver: David De Aguas Urrea, “El delito emocional en Colombia”, *Revista Justicia*, 11, Universidad Simón Bolívar, 2006, pp. 39-52.

¹⁸² Martha C. Nussbaum, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, cit., pp. 99-100.

ellos y no han surgido por su culpa, y que este juicio conlleva una medida plena de la adversidad ajena y una evaluación necesaria para la racionalidad social.

No desconoce, sin embargo, que la novela en cuanto género suele centrar su atención excesivamente en el individuo y tiende a desconfiar de las unidades sociales mayores como las clases. Una parte del marxismo veía en la novela un instrumento burgués en la medida en que representa la experiencia individual como única, distinta y valiosa en sí misma, y por contraste muestra la acción colectiva de clases, gremios y movimientos sociales como ignorante, cuando no represora, de las particularidades humanas. Nussbaum manifiesta que toda forma de acción colectiva debe tener en cuenta como ideal la plena responsabilidad ante las necesidades y circunstancias particulares del individuo en un contexto determinado. En suma, afirma que es deseable cierto equilibrio entre los compromisos emocionales de la vida individual y los juicios prácticos de la vida social.

A continuación, advierte que es necesario tener un filtro de las emociones que permita identificar aquellas que resultan dignas de confianza para la deliberación pública. Propone entonces el “espectador juicioso”, según la expresión del economista Adam Smith, como un modelo cuyos juicios y reacciones ofrecerían un paradigma de la racionalidad pública, tanto para el dirigente como para el ciudadano común. Se trata de un observador que no participa personalmente en los hechos que presencia, aunque se interesa por los participantes; sus pensamientos y sentimientos estarían invertidos no en su satisfacción personal, sino en la de los participantes, de manera que garantiza cierto distanciamiento e imparcialidad. Dentro de sus cualidades morales, la más importante sería la de imaginar en qué consiste ser cada una de las personas observadas, en un ejercicio que es a la vez una identificación compasiva y una evaluación externa¹⁸³.

En el apartado que dedica a “los poetas como jueces”, Nussbaum señala que los decisores judiciales encargados de resolver conflictos e impartir justicia en casos concretos necesitan de algo más que de técnica jurídica para un cumplimiento cabal de su labor. Con base en la poesía de Walt Whitman, imagina la figura del juez-poeta, que tiene “un ojo puesto en la historia y uno puesto en la justicia” y proyecta un juicio que, como el sol, abarca todos los ángulos del objeto juzgado. Este juez literario, afirma, tiene por lo menos tres rivales: el juez que cultiva un

¹⁸³ “No solo la compasión y la piedad, sino también el temor, el pesar, la cólera, la esperanza y ciertos tipos de amor son sentidos por el espectador como resultado de su vívida imaginación”. Martha C. Nussbaum, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, cit., p. 109.

escéptico desapego, el juez que practica el razonamiento formal propio de las ciencias, y el juez que toma notable distancia de las partes por razones de neutralidad.

En contraste con estos tipos de juez, Nussbaum propone un juez con un razonamiento práctico, evaluativo y humanista. A su juicio, el operador judicial ejercita no solo el razonamiento lógico propio de las ciencias, sino también el razonamiento práctico de las humanidades; su objetivo no es solo encontrar la verdad, sino, sobre todo, resolver un problema humano de forma que satisfaga en la mayor medida a las partes involucradas. Por otra parte, la neutralidad del juez es necesaria para mantener indemnes sus principios frente a individuos o grupos que busquen influir o alterar una decisión particular; sin embargo, esta neutralidad no debe traducirse en una toma de distancia indiferente de la realidad social y del contexto social e histórico en el que se decide. Un ejemplo de esto es el juicio en los casos que involucran a personas y grupos históricamente discriminados o marginados. El juez literario no tomaría posición a favor de estos grupos de forma inmediata e irreflexiva, pero sí prestaría atención a su historia particular para igualar las cargas y ofrecer un juicio equilibrado¹⁸⁴.

En este sentido, algunos autores consideran que la literatura aplicada al derecho ofrece un correctivo necesario a un liberalismo que fácilmente puede derivar en dogmático y triunfalista en su defensa del imperio de la ley. Por una parte, puede hacer visibles los puntos ciegos o vacíos de la ley en relación con personas y grupos con experiencias históricas y cargas sociales frente a las cuales el derecho no puede exhibir una neutralidad pasiva. Además, al revelar las ambigüedades e incertidumbres de la ley, puede prevenir que el lenguaje del derecho decaiga en una mera fórmula instrumental o un vehículo para el ejercicio irreflexivo del poder¹⁸⁵.

Desde luego, es esencial que el juez conozca la ley, aplique el precedente judicial y ajuste su decisión a los principios constitucionales. Pero esto no es suficiente. En la teoría de Nussbaum, este modo de proceder es apenas el marco dentro del cual opera la actividad judicial, pero su contenido es mucho más rico. Si bien algunos casos sencillos no involucran complejos debates conceptuales y pueden resolverse mediante un simple silogismo, hay algunos casos difíciles que tocan dilemas morales y otras situaciones que involucran sentimientos y juicios de valor. Además

¹⁸⁴ Martha C. Nussbaum, *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, cit., p. 123.

¹⁸⁵ Ver: Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson, "Introduction", *Teaching Law and Literature*, cit., p. 9.

de un robusto conocimiento legal, el juez precisa de una sólida formación ética que le permita acercarse a los arduos problemas humanos y, para ello, la lectura de obras literarias puede ser una fuente inagotable. Para ser realmente racionales, dice Nussbaum, los jueces necesitan simpatía e imaginación, no solo para poder imaginar las vidas e historias de los receptores de la actividad judicial, sino también para dar voz a quienes no la tienen o la han perdido por haber sido históricamente excluidos del debate público.

En suma, dado que el derecho pertenece tanto a las disciplinas técnicas y científicas como al campo humanístico, su ejercicio debe estar conectado cuestiones más amplias que abordan la humanidad en su complejidad. En el ámbito judicial, esto implica un examen de las personas implicadas, sus historias personales, el contexto social y económico en el que viven, el momento histórico y las repercusiones de la decisión que les afectará. Así se podrá tomar una decisión más cercana a la racionalidad y la justicia.

2.2.2. La literatura como ejercicio estético-individual

Desde otro punto de vista, la literatura no constituye un vehículo para el refinamiento ético o progreso político de la sociedad, pues se limita a ser un ejercicio artístico que produce un placer estético y un goce individual.

En este extremo, opuesto al de Nussbaum, se encuentra nuevamente a Richard Posner. Para este autor, la literatura busca ofrecer una *integridad estética* entre los valores morales (imparcialidad, empatía, equilibrio) y los valores estéticos (armonía, proporción, belleza), pero no pretende ni tiene la capacidad de transformar a los hombres en mejores o peores personas. Considera que al asignarse a la narrativa la función de promover valores morales, se invita así a la censura de los autores considerados inmorales, pero estéticamente relevantes, como a la celebración de los escritores con pretensiones moralizantes, pero literariamente mediocres¹⁸⁶.

El profesor Carlos Ríos ha identificado tres vertientes de este punto de vista, que denomina la “tradición estetizante” del análisis literario:

La tradición estetizante está entrelazada en tres vertientes fundamentales. La primera considera que la lectura de obras literarias no nos hace mejores personas o mejores

¹⁸⁶ Richard A. Posner, *Law & Literature*, cit., pp. 456-481.

ciudadanos, tampoco por supuesto mejores jueces – quizá se pueda hacer un catálogo bastante grande de obras con pretensiones edificantes, pero que no son en absoluto buenas piezas de literatura. En segundo lugar, habría que señalar la vertiente que defiende que no tendría por qué ser descartada una obra abiertamente inmoral, aunque sus autores defendieran tales perspectivas. Los rasgos estéticos de una obra de literatura no pueden juzgarse en razón de su adecuación moral, hay obras que fomentan valores que suscribimos pero que son literariamente mediocres. La tercera vertiente plantea que las calidades morales del autor no deberían afectar la evaluación que hacemos de su obra. Todas estas vertientes ponen un énfasis especial en la necesidad de la separación¹⁸⁷.

En su comentario de la “tradicón estetizante”, Posner considera que las tesis de académicos como White y Nussbaum, que formulan la conexión entre derecho y literatura como un discurso ético, es equivocada porque amenaza la distinción entre la vida privada y la esfera pública.

Stanley Fish también afirma que las humanidades no están para salvar o ennoblecer a las personas, pues, si así fuera, los estudiantes y profesores de literatura y filosofía, expuestos constantemente a las grandes obras de la cultura, serían las personas más generosas, pacientes y compasivas. Agrega que estos estudiosos no se hacen mejores o más sabios con estas lecturas, sino más competentes en sus campos de estudios. En últimas, concluye, las humanidades *no sirven para nada*, si se considera que “servir para algo” implica producir efectos prácticos y medibles en el mundo. Así, la única justificación posible para la existencia y la promoción de las humanidades es el placer que producen, pues son un fin en sí mismas¹⁸⁸.

Uno de los representantes más vocales de esta postura es el antes citado Harold Bloom, quien considera que la literatura no solo no promueve los valores normativos y los principios democráticos, sino que, al contrario, inspira y suscita una subversión total de los valores:

La *Iliada* muestra la incomparable gloria de una victoria armada, mientras que Dante se recrea en los eternos tormentos sobre sus enemigos más personales de que es testigo. La versión que Tolstói ofrece del cristianismo deja de lado casi todo lo que cualquiera de nosotros conserva, y Dostoievski predica el antisemitismo, el oscurantismo y la necesidad de la servidumbre humana. Las ideas políticas de Shakespeare, al menos por lo que podemos precisar, no parecen muy distintas de las de su Coriolano, y las ideas de Milton acerca de la libertad de expresión y la libertad

¹⁸⁷ Carlos Ríos, “La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces”, cit., p. 217.

¹⁸⁸ Stanley Fish, “Will the Humanities Save Us?”, *The New York Times*, January 6, 2008.

de prensa no impiden la imposición de todo tipo de represiones sociales. Spenser se regocija en la masacre de los rebeldes irlandeses, mientras que la egomanía de Wordsworth exalta su mente poética por encima de cualquier otra fuente de esplendor¹⁸⁹.

Claro está que la expresión de ideas reaccionarias, subversivas, violentas, moralmente reprochables o políticamente incorrectas no se traduce en la invitación al lector a actuar en consecuencia. La obra literaria teje una red compleja de actitudes y sentimientos humanos a modo de exposición y, quizá de advertencia. Por ejemplo, Rorty ve un mensaje profundamente moral en el tratamiento de la crueldad en la obra de Orwell y Nabokov¹⁹⁰.

Posner no se limita al hedonismo individualista que se regocija solo en el placer estético o el asombro que produce una pieza literaria bien escrita. Si bien despoja la literatura de toda pretensión moral, le reconoce ciertos fines prácticos: adquirir experiencia ajena o sustituta¹⁹¹, obtener modelos para interpretar las experiencias reales (pero no lecciones prácticas para vivir), mejorar habilidades de lectura y escritura, expandir los horizontes emocionales, ampliar el autoconocimiento, sentir placer, desarrollar ideas y creencias nuevas, hacer terapia, y disfrutar del arte por el arte¹⁹².

La expresión “el arte por el arte” hace referencia a la afirmación del arte como un fin en sí mismo y no como un medio para servir a otros fines (científicos, morales, políticos o económicos). Se trata de una idea ligada a la modernidad y, especialmente, a la moderna definición de “artista”. Si hasta ese momento el término se había utilizado para referirse de forma indistinta a un artesano, a un científico o a un poeta, a principios del siglo XIX empezó a asociarse a la creatividad, la inspiración y la genialidad¹⁹³. Los creadores y los críticos literarios afiliados al *Romanticismo* buscaron el sentido y significado de los textos en la intención profunda de un autor genial e inspirado. La discusión sobre si las artes y la literatura deben ocuparse de la vida pública, tomar partido, denunciar las injusticias del mundo o celebrar un espíritu revolucionario o restaurador, es

¹⁸⁹ Harold Bloom, *El canon occidental*, cit., p. 39.

¹⁹⁰ Ver: Richard Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit., pp. 159-206.

¹⁹¹ “Recordar con una memoria extraña es una variante del tema del doble, pero es también una metáfora perfecta de la experiencia literaria. La lectura es el arte de construir una memoria personal a partir de experiencias y recuerdos ajenos”, escribe Ricardo Piglia a propósito de Borges en “La memoria ajena”, *El Malpensante*, 55, junio de 2004.

¹⁹² Richard A. Posner, *Law & Literature*, cit., pp. 481-482.

¹⁹³ Oscar Moro & Manuel González, “El Arte por el Arte: Revisión de una teoría historiográfica”, *Munibe (Antropología-Arkeología)*, 57, San Sebastián, 2005, p. 182.

antigua y compleja, pero desde el siglo XVIII ha prevalecido la idea del arte como un dominio libre, independiente y ajeno a las preocupaciones morales¹⁹⁴.

Bourdieu señala que este reclamo por la autonomía del arte coincide con la emergencia del “campo literario” a comienzos del siglo XIX, que puede resumirse en cuatro ideas esenciales: la afirmación de la independencia del arte con respecto a los poderes económicos y políticos, por oposición a la creciente clase burguesa en Europa; la exaltación del artista frente a otras profesiones u oficios como la artesanía o la ciencia, y su asociación con la inspiración, la genialidad y la vida bohemia; la diferenciación del mundo práctico y el mundo del arte, que ve en aquel y su búsqueda de utilidad económica una aspiración innoble y burda; y la afirmación de la belleza como la única finalidad legítima del arte, también en rechazo del mundo burgués y de los principios económicos que lo rigen¹⁹⁵.

Esta defensa radical de la autonomía del arte o de su divorcio de la vida social no está exenta de críticas. Los socialistas, por ejemplo, la calificaban como un lujo de la burguesía o un síntoma de decadencia moral. Uno de los ejemplos más notables de un escritor comprometido con su época y la política de su tiempo lo proporciona Jean Paul Sartre:

Ya que el escritor no tiene modo alguno de evadirse, queremos que se abrace estrechamente con su época; es su única oportunidad; su época está hecha para él y él está hecho para ella. Suele lamentarse la indiferencia de Balzac ante las jornadas del 48 y la temerosa incompreensión de Flaubert ante la Comuna; la lamentación es *por ellos*; hay ahí algo que perdieron para siempre. Nosotros no queremos perder nada de nuestro tiempo; tal vez los hubo mejores, pero este es el nuestro. No tenemos más que *esta* vida para vivir, en medio de *esta* guerra, tal vez de *esta* revolución. (...) El escritor tiene una situación en su época; cada palabra suya repercute. Y cada silencio también. (...) Escribimos para nuestros contemporáneos y no queremos ver nuestro mundo con ojos futuros –sería el modo más seguro de matarlo–, sino con nuestros ojos reales, nuestros verdaderos ojos percederos. No queremos ganar nuestro proceso en la apelación y no sabemos qué hacer con una rehabilitación póstuma; es aquí mismo, mientras vivimos, donde los pleitos se ganan o se pierden. (...) Nuestra intención es contribuir a que se produzcan ciertos cambios en la sociedad que nos rodea (...) y que la literatura [sea] lo que nunca debió dejar de ser: una función social¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Kant afirmaba la independencia de la ética y la estética; lo bello no es lo deseable ni lo bueno; por lo tanto, no es posible asignar al arte una función moral. Ver: Immanuel Kant, *Crítica del discernimiento*, trad. R. Aramayo y S. Mas, Madrid, Alianza, 2012.

¹⁹⁵ Ver: Pierre Bourdieu, *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, trad. T. Kauf, 5ª ed., Barcelona, Anagrama, 2011, pp. 79-174.

¹⁹⁶ Jean-Paul Sartre, “Presentación de Los tiempos modernos”, en *¿Qué es la literatura?*, trad. A. Bernárdez, Buenos Aires, Losada, 1976, p. 10-13.

En armonía con Sartre y en contraste con los cultores del arte por el arte, Adorno recuerda que el trabajo artístico es trabajo social y, por lo tanto, no es distinto del artesanal o el científico; no tiene el artista un estatus o una marca especial que lo exima de participar en la historia. Considera que el arte no es ajeno a las fuerzas sociales y las condiciones históricas que lo engendran y a las cuales, en últimas, se dirige; la obra de arte es también mercancía y, como tal, está atravesada de ideología, al margen de que su creador pretenda un producto puro, no comprometido¹⁹⁷. En la postura de Adorno, el arte hace parte de una maquinaria social que toma incluso los productos emancipatorios y los convierte en ideología. En ese sentido, no hay solución posible a la tensión existente entre la autonomía y el compromiso en el arte; se trata de una “aporía” o dilema carente de solución: “la situación del arte hoy es aporética: si hace concesiones en su autonomía, se entrega al negocio de la sociedad existente; si permanece estrictamente para sí, se deja integrar como un sector inofensivo más”¹⁹⁸.

Desde otra postura, al hablar de autonomía y compromiso, Julio Cortázar advierte sobre el peligro de limitar la literatura a los estrechos márgenes del trabajo político y así soslayar la complejidad de la obra literaria:

Un escritor que se considere comprometido, en el sentido de escribir solamente sobre su compromiso, o es un mal escritor o es un buen escritor que está dejando de serlo porque se está limitando, está cerrando totalmente el campo de la inmensa realidad que es el campo de la escritura y de la literatura y se está concentrando exclusivamente en una tarea que probablemente los ensayistas, los críticos y los periodistas harían mejor que él¹⁹⁹.

Son muchas las tensiones entre autonomía y compromiso, o, mejor, entre el artista que dedica la obra al propio crecimiento y perfección individual sin atender a la formación moral de su público, y aquel que plasma en su trabajo la realidad social y se compromete moral y políticamente²⁰⁰. Antes que tomar posición hacia uno u otro extremo, interesa mostrar que este debate importa en la medida en que permite ponderar la viabilidad de la propuesta de mejoramiento ético a partir de la

¹⁹⁷ Más adelante en este documento se precisará el alcance del concepto de ideología.

¹⁹⁸ Theodor W. Adorno, *Teoría estética*, trad. J. Navarro, Madrid, Ediciones Akal, 2004, p. 387.

¹⁹⁹ Julio Cortázar, “Los caminos de un escritor”, en *Clases de literatura: Berkeley, 1980*, Buenos Aires, Alfaguara, 2013, pp. 33-34.

²⁰⁰ Para un análisis de estas tensiones, desde la perspectiva neomarxista, ver: Fredric Jameson, *El giro cultural. Escritos seleccionados sobre el posmodernismo 1983-1998*, trad. H. Pons, Buenos Aires, Manantial, 1999, pp. 129-140; Peter Bürger, *Teoría de la vanguardia*, 3ª ed., trad. J. García, Barcelona, Península, 2000, pp. 100-110; Raymond Williams, *Marxismo y literatura*, 2ª ed., trad. P. di Masso, Barcelona, Península, 2000, pp. 228-235.

narrativa que plantean los defensores del *derecho en la literatura* como fuente de valiosa reflexión. Es decir, que la lectura de obras literarias pueda crear mejores ciudadanos o producir jueces más justos y ecuanímenes depende de la pregunta sobre si la literatura realmente tiene esa función o si es deseable que la tenga.

Desde el advenimiento del artista, y durante buena parte del siglo XX, el escritor tuvo la función de ejercer de orientador, pedagogo y, en últimas, *intelectual* en el sentido en que lo describe Edward Said: “un ser aparte, alguien capaz de decir la verdad al poder, un individuo duro, elocuente, inmensamente valiente y aguerrido para quien ningún poder mundano es demasiado grande e imponente como para no criticarlo y censurarlo con toda intención”²⁰¹. Esta misión, casi oracular y claramente política, ha empezado a desvanecerse en las postrimerías del siglo XX.

En un artículo publicado en abril de 1996 en la revista *Harper's*, el escritor contemporáneo Jonathan Franzen reflexiona sobre el futuro de la novela en una era dominada por la tecnología, la televisión y el consumo. Al preguntarse cómo puede el escritor ocuparse del drama individual y al tiempo abordar cuestiones sociales más amplias, defiende la necesidad de conectar ambas esferas, de manera que el relato no constituya ni un suceso aislado del mundo ni una propaganda política. A su juicio, dado que nadie interesado en lo que ocurre en el mundo acude a la literatura para informarse, pues esa información puede obtenerla de la radio, la televisión o Internet, a la novela social sólo le queda explorar lo que otros medios no pueden ofrecer: la sensibilidad y profundidad del artista.

Franzen pertenece al equipo que no se hace ilusiones sobre la capacidad (o la pertinencia) de la literatura, y de las artes en general, para “cambiar el mundo”. En un pasaje especialmente revelador, manifiesta:

Esperar que la novela lleve el peso de nuestra sociedad perturbada –para ayudar a resolver nuestros problemas contemporáneos– me parece una ilusión peculiarmente estadounidense. Escribir frases de tal autenticidad que se pueda encontrar refugio en ellas: ¿no es esto suficiente? ¿No es mucho? (...) Escribir es una forma de libertad personal. Nos libera de la identidad de masas que vemos en la creación a nuestro alrededor. Al final, los escritores escribirán no para ser héroes forajidos de alguna subcultura, sino principalmente para salvarse a sí mismos, para sobrevivir como individuos²⁰².

²⁰¹ Edward Said, *Representaciones del intelectual*, trad. I. Arias, Barcelona, Random House, 2007, p. 2.

²⁰² Jonathan Franzen, “Perchance to Dream. In the Age of Images, a Reason to Write Novels”, *Harper's*, April 1996, pp. 53-54.

En este ensayo, el autor de *Las correcciones* identifica dos tipos de lectores de obras de ficción: los que aprendieron a leer por imitación o incentivo de sus padres y continuaron con el hábito al hacerse adultos; y los que desde muy pequeños fueron “aislados sociales” y hallaron en la literatura un refugio y un medio de conectar con un mundo imaginario. En contra del optimismo que deposita su fe en el poder didáctico o terapéutico del arte, Franzen considera que la lectura de ficción no mejora ni empeora a las personas: “Los lectores no son “mejores” o “más saludables” o, por el contrario, “más enfermos” que los no lectores. Simplemente pertenecemos a un tipo de comunidad bastante extraño”.

El escritor norteamericano concluye que la literatura, antes que intentar transformar un estado de cosas que encuentra “trágico”, tiene otros fines: preservar la tradición de un lenguaje rico y expresivo; cultivar el hábito de observar más allá de la superficie y hacia el interior; contribuir a la comprensión de la experiencia privada y la vida pública como ámbitos distintos pero relacionados; reflexionar sobre la manera en que los seres humanos enfrentan o eluden el misterio de la existencia y, especialmente, crear una comunidad de lectores y escritores cuyo reconocimiento mutuo se basa en la certeza de que en el mundo real nada es simple o banal²⁰³.

En cuanto al papel del escritor, es claro que este debe tener plena libertad para escribir lo que su conciencia y su dignidad lo lleven a escribir. Es necesario insistir en este principio o, de lo contrario, se corre el riesgo de caer en la censura, la autocensura o la esterilidad creativa. Siempre va a ser posible y deseable una literatura de alto valor estético sin que por ello se prescinda de un mensaje social, moral o político, solo si el autor lo estima pertinente. Así lo expresa Cortázar: “si algo puede hacer un escritor a través de su compromiso ideológico o político es llevar a sus lectores una literatura que valga como literatura y que al mismo tiempo contenga, cuando es el momento o cuando el escritor así lo decide, un mensaje que no sea exclusivamente literario”²⁰⁴.

Más certeramente lo dice el escritor colombiano Juan Cárdenas: “No creo en una literatura explicativa y tonta, y desde un realismo social barato. O en una literatura de denuncia, que me parece inútil. Creo en un arte de vanguardia donde la

²⁰³ Jonathan Franzen, “Perchance to Dream. In the Age of Images, a Reason to Write Novels”, cit.

²⁰⁴ Julio Cortázar, “Los caminos de un escritor”, en *Clases de literatura: Berkeley, 1980*, cit., p. 34.

exploración de los límites formales es inseparable de la exploración de los límites mentales, éticos, filosóficos, políticos”²⁰⁵.

Estos beneficios de la literatura resultan atractivos no solo para el jurista o el estudiante de leyes, sino para cualquier persona. Si bien, al analizar la tesis de Nussbaum, parece difícil comprobar que la lectura de ficción pueda producir en el lector sentimientos de empatía o compasión, no es difícil verificar que la literatura ayuda a leer y a escribir mejor, y amplía en el lector el conocimiento del mundo y de sí mismo. En el caso de los estudiantes y los juristas, leer el derecho y las prácticas legales a través de la literatura les permite observar su profesión desde afuera, con distancia crítica, y plantearse preguntas que son usuales en las ciencias humanas y los estudios literarios, mas no en la abogacía: ¿por qué estas figuras jurídicas aparecen en este lugar, en este momento, de esta forma? ¿cuáles son las condiciones culturales que hacen posible la aparición de la ley? ¿qué tienen en común la interpretación de la ley y la interpretación de otros textos? ¿qué principios, valores o ideales persigue el derecho?²⁰⁶

Para avanzar sobre estas preguntas y explorar respuestas preliminares, en este último apartado se analiza el enfoque retórico de la articulación narrativa, que entiende el derecho y la literatura como relatos sociales o formas de narración con lenguajes, contenidos y propósitos particulares. A continuación, se verá que la literatura, más allá de su independencia estética o su compromiso político, opera como un cuestionamiento a los lugares de enunciación que el derecho pretende ocupar en la sociedad.

2.2.3. La literatura como disputa del relato social

La segunda expresión de la forma narrativa de articulación es el enfoque retórico, que considera que el lenguaje es un elemento común al derecho y a la literatura en la medida en que ambas formas operan a través del discurso y se manifiestan en el uso persuasivo de la palabra, dirigido a convencer al receptor de un mensaje específico, y en el uso afirmativo, tendiente a consolidar ciertos valores e intereses en la sociedad²⁰⁷.

²⁰⁵ Santiago A. De Narváez, “‘El mundo de mierda en el que estamos es obra del Hombre Blanco’: Juan Cárdenas”, *Pacifista*, 4 de febrero de 2020.

²⁰⁶ Algunas de estas preguntas fueron adoptadas de Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson, “Introduction”, *Teaching Law and Literature*, cit., p. 3.

²⁰⁷ Alexy entiende el derecho como un discurso racional con modelos de interpretación jurídica: modelo deductivo, modelo decisorio, modelo hermenéutico y modelo de coherencia, e introduce las reglas para el

Para empezar, James Boyd White considera que el derecho se equipara a la literatura en el sentido de ser una forma retórica especial que procura, a partir del uso persuasivo del lenguaje, promover la integración social y la reafirmación de valores sociales relevantes; y por su parte, la literatura se acerca al derecho al ser un elemento esencial para la construcción de sentido y significado en la interacción humana²⁰⁸.

Sobre el papel del derecho en la consolidación de valores sociales, el académico Dominique Rousseau ha dicho que las cartas constitucionales pueden dotar de sentido a la vida individual y colectiva de las personas si se reconoce que “las Constituciones son, hoy día, las mitologías de las sociedades modernas”²⁰⁹. Y en relación con el papel de la literatura en la construcción social, François Ost ha señalado que en las “narrativas literarias fundacionales” es posible identificar el sustrato de la identidad, la memoria y la cultura de una comunidad política²¹⁰. Estos argumentos exhiben una influencia de las teorías europeas de principios del siglo XX, en las cuales la épica, la poesía y la epopeya, al condensar el sentimiento social, son elementos centrales en la formación y evolución de las formas de gobierno y las instituciones jurídicas, debido a que el derecho capta y reproduce los intereses sociales presentes en la literatura.

La narrativa, además, tiene una gran preponderancia en la racionalidad jurídica y en la argumentación del derecho. Algunos autores han descrito el proceso de creación y adjudicación legal como un complejo artefacto narrativo. De acuerdo con Talavera, en el proceso de creación legal, la sociedad selecciona un tipo específico de trama, de entre todas las que la ficción puede imaginar, la consolida como un relato jurídico (una norma) bajo una formulación imperativa, permisiva o prohibitiva, y le asigna una sanción. Luego, en los tribunales, el relato puede ser rebatido, asumido o modificado (interpretado) por quienes intervienen en el debate judicial (personajes), de modo que el relato regresa al terreno de la

discurso. Ver: Robert Alexy, “Interpretación jurídica y discurso racional”, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 35-61.

²⁰⁸ James Boyd White, “Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life”, *The University of Chicago Law Review*, 52, 3, Summer 1985, p. 684-702.

²⁰⁹ Dominique Rousseau, “Questions de constitution”, *Politique et Sociétés*, 19, n. 2-3, 2000, p. 14.

²¹⁰ François Ost, *Raconter la Loi. Aux Sources de L’Imaginaire Juridique*, cit., p. 28-29. El tratadista belga ha dicho en ese sentido que el aforismo *ex facto ius oritur* (el derecho nace del hecho) debería reformularse según la máxima *ex fabula ius oritur* (el derecho nace del relato).

narración en el que se originó²¹¹. El proceso judicial sería una *puesta en escena* o una representación ficcional construida con relatos enfrentados y disociados cuya primera función es dotar de coherencia y racionalidad al derecho²¹².

El carácter jurídico de los relatos, sea que provengan de las partes o del juez, no resulta de la singularidad de los hechos narrados ni tampoco de la referencia a los enunciados normativos, sino del *carácter institucional* de quien los cuenta y quien los escucha. El magistrado, en particular, debe ser consciente del carácter constructivo y ficticio de las interpretaciones y reinterpretaciones que propone. Algunos autores estiman, en todo caso, que asumir el carácter narrativo y retórico del derecho puede disolver los límites entre la imaginación literaria y la realidad fáctica, con lo cual se olvidan o se minimizan experiencias reales de dolor e injusticia²¹³.

Michele Taruffo ha advertido que si bien las historias que son contadas en los procesos judiciales pueden ser tratadas como narraciones, se debe observar que estas historias son a la vez *necesarias y peligrosas*: necesarias porque son los medios por los cuales los fragmentos de información y las piezas de sucesos dispersos pueden ser combinados y organizados como un conjunto de hechos coherentes y significativos; y riesgosas porque abren las puertas a la vaguedad, la variabilidad y la manipulación en la reconstrucción de los hechos, según el punto de vista, los intereses y los propósitos de quienes cuentan las historias²¹⁴.

Esta consideración del derecho como una forma retórica especial, con un lenguaje persuasivo y afirmativo de los valores sociales relevantes, que se crea y se adjudica narrativamente, permite entender el derecho como una narración social o un conjunto de relatos entretreídos.

²¹¹ Pedro Talavera, *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*, cit., pp. 8-9. Al respecto, Schwartz ha afirmado: "No puede olvidarse que el derecho es un contar de historias. Así como los antiguos repasaban el conocimiento a través de la oralidad, un juicio es, además de conocimiento (proceso de conocimiento), un conjunto de historias contrapuestas unas a otras. Su lógica secuenciada permite al juez la comprensión del acontecimiento de los hechos, de la misma forma en que una buena obra literaria reporta al lector el entendimiento lineal de la narración", *La Constitución, la literatura y el derecho*, trad. F. P. Meinero, s. l. ed., Buenos Books America, 2011, p. 60.

²¹² Ver: José Orler, "El Proceso Judicial según Jorge Luis Borges", *Crítica Jurídica*, 35, enero-junio de 2013, pp. 197-213. Según Orler, esta puesta en escena deriva fácilmente en espectáculo.

²¹³ Ver: Robin West, "Literature, Culture, and Law at Duke University", Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson (eds.), *Teaching Law and Literature*, cit., pp. 98-113.

²¹⁴ Michele Taruffo, "Narrativas judiciales", *La prueba*, trad. J. Ferrer y L. Manríquez, Madrid, Parcial Pons, 2008, p. 187-188. Un análisis detallado de los narradores en los procesos judiciales o *story-tellers* (los abogados, los testigos, el juzgador) puede hallarse en la misma obra, p. 197-206.

Sobre el carácter narrativo del derecho y la actitud de los juristas hacia la narratividad, Jan Broekman escribe con cierta mordacidad:

Los juristas se irritan cuando se señala sin ambages que el derecho es hablado, narrado, repetido y, lo que genera aún más irritación, que el derecho se descubre, se amplía y se aplica narrativamente. Los juristas no se entienden a sí mismos en el papel de narradores. Quien se atreve a aseverar algo parecido parece decir que el emperador está desnudo. Los narradores han sido marcados y sellados; llevan un signo. ¿Es adecuado considerar la toga del jurista como signo de un narrador? Quien considera esa toga como un blindaje positivista no puede tomar en serio su papel de narrador. Tampoco nosotros somos capaces de evaluarlo seriamente, pues nuestra cultura occidental subestima el relato cuando se discute el poder, el orden y el derecho. Sin embargo, es menester insistir en que el derecho se construye y se ejerce *narrativamente*. La narración de relatos es acontecer, tradición, norma, evaluación, realidad y hecho; el relato jurídico construye estas magnitudes sociales a la medida de sus propios conceptos e interpretaciones. El mundo y la realidad son señalados en el hablar y en el relatar, en el interior de una totalidad de historias. Ese mundo y esa realidad son *jurídicamente* señalados mediante el relato²¹⁵.

En la misma línea, Peter Brooks se ha quejado de que los juristas, en aras de preservar el carácter científico y riguroso de la profesión, han tendido a ocultar, domesticar, interrumpir o reprimir la naturaleza narrativa del derecho, y afirma que el rápido crecimiento y la abundante producción académica del proyecto Derecho y Literatura parecen ser síntomas de las carencias que esa represión ha producido en la profesión jurídica²¹⁶.

Esta naturaleza narrativa y retórica del derecho fue advertido por Santos en su estudio sobre la globalización del derecho. En su análisis, que se funda en la antropología jurídica y la filosofía antipositivista, concibe el derecho como un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación, la prevención y la solución de controversias mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza.

Esta concepción del derecho tiene tres componentes: la retórica, la burocracia y la violencia. La *retórica* es entendida como una forma de comunicación y una

²¹⁵ Jan M. Broekman, *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*, trad. H. Lindahl y P. Burgos, Bogotá, Temis, 1997, p. 121-122.

²¹⁶ Peter Brooks, "Law, Literature: Where Are We?", Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson (eds.), *Teaching Law and Literature*, cit., pp. 61-70.

estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión o la convicción por medio de la movilización del potencial argumentativo de secuencias y de mecanismos verbales y no verbales aceptados. A su vez, la *burocracia* es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones sustentada en las imposiciones autoritarias que son realizadas a través de la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regulados y los estándares normativos. Y la *violencia* es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza de la fuerza física²¹⁷.

Interesa mostrar que en sus tres componentes el derecho usa dispositivos de comunicación que operan como estrategias de decisión fundadas bien sea en la argumentación, la imposición, o la coerción física. El derecho, así considerado, es esencialmente una forma de comunicación. La diferencia con la literatura sería que esta última, al ser un fenómeno textual y no coactivo, no dispone ni necesita de medios burocráticos y violentos de comunicación, como sí los requiere el derecho, dado que es una técnica de regulación y de solución de conflictos, y posiblemente de emancipación social.

Sobre todo, interesa evidenciar que el componente retórico resulta esencial al derecho y que su naturaleza discursiva lo emparenta con la literatura. Si bien puede cuestionarse que el movimiento académico Derecho y Literatura tiende a sobreestimar el componente narrativo del derecho en detrimento de sus medios burocráticos y violentos, también podría recordarse que los procedimientos regulados y el uso de la fuerza siempre tienen una retórica o un discurso que los respalda, los justifica y los impone. El derecho se ejerce retóricamente. Sin retórica, no habría derecho, y es justamente esa retórica la que es contestada por otros relatos sociales como la literatura.

En efecto, si se asume el derecho como una narración social, un relato o un discurso, es necesario preguntarse cuál es el lugar que esa narración ocupa y el papel que ejerce en la sociedad. Una referencia para abordar esta cuestión es la categoría conceptual del *lugar de enunciación*, que hace referencia al espacio desde cual que emerge un discurso específico.

El lugar de enunciación es un concepto desarrollado por Walter Mignolo que describe el punto de vista o la perspectiva desde la que se habla o se escribe, y que,

²¹⁷ Boaventura de Sousa Santos, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. C. Rodríguez, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1998, p. 20.

al manifestarse, contribuye a cambiar o mantener sistemas de valores y creencias. No se refiere, por supuesto, al espacio geográfico, sino a un espacio epistémico que habita el emisor, es decir, al conjunto de conocimientos, prácticas y lugares comunes que moldean su discurso. El aporte de Mignolo consistió en advertir que la historia, la literatura y las ciencias en general han sido creadas e interpretadas desde un lugar de enunciación privilegiado, el punto de vista de la modernidad occidental, que, a pesar de ser particular y específico, se impuso como universal. En respuesta, para dar voz a los saberes silenciados por el *locus* privilegiado, propone el desplazamiento hacia un *locus* de enunciación decolonial²¹⁸.

En otras palabras, el lugar de enunciación sería el universo ideológico en que se emite el discurso. El discurso puede entenderse como una acción dirigida a otro formalizada mediante el lenguaje, y, en la medida en que esta acción discursiva tiene un “contenido de conciencia” constituye una ideología. Un discurso sería entonces una ideología formalizada en un lenguaje²¹⁹.

La ideología es un concepto complejo que ha mutado considerablemente. Entendida inicialmente por el pensamiento ilustrado como la ciencia de la formación, expresión y deducción de las ideas²²⁰, fue reformulada por Marx en un sentido negativo como una formación de ideas falsas de los hombres sobre sí mismos, o una *cámara oscura* que impide ver la realidad material de la vida²²¹. Este concepto fue revisado en un sentido positivo por Althusser, quien afirmó que la ideología no es solo *falsa conciencia* o enajenación del sujeto social, sino que es una representación imaginaria de la relación del hombre con la realidad, sometido a aparatos ideológicos del estado, como instancias productoras de ideología. También en sentido positivo, Ricoeur ha considerado que la ideología es un cuerpo de ideas que otorgan identidad y coherencia a un grupo social determinado²²², y Van Dijk ha expresado que las ideologías sirven para reivindicar los grupos dominados y organizar la oposición social²²³.

En este trabajo se prefiere la sucinta definición de Eagleton, que entiende por ideología “cualquier tipo de intersección entre sistemas de creencias y poder

²¹⁸ Walter Mignolo, *El lado más oscuro del renacimiento: Alfabetización, territorialidad y colonización*, trad. C. Gnecco, Popayán, Universidad del Cauca, 2016, pp. 37-61.

²¹⁹ Ver: Óscar Correas, “Los derechos humanos. Entre la historia y el mito I”, *Crítica Jurídica*, 25, julio-diciembre de 2006, pp. 270-271.

²²⁰ José M. Fernández, “Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte”, *El Basilisco*, 17, 1994, p. 38.

²²¹ Karl Marx, *La ideología alemana*, 5ª ed., trad. W. Roces, Barcelona, Grijalbo, 1974, pp. 16-27.

²²² Paul Ricoeur, *Ideología y utopía*, trad. A. Bixio, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 5.

²²³ Teun Van Dijk, *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, trad. L. Berrone, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 178.

político. Y tal definición sería neutral acerca de la cuestión de si esa intersección desafía o confirma un particular orden social”²²⁴. Es una definición comprensiva que incluye tanto a la ideología dominante como a otras posibles ideologías que la contestan o desafían.

La naturaleza ideológica del derecho ha sido cuestionada por los estudios críticos del derecho, para los cuales las ideas de objetividad, neutralidad y racionalidad jurídica operan como mecanismos de legitimación política. Estas teorías sostienen que verdadera naturaleza del derecho es política y que esto se manifiesta, en la adjudicación, en el hecho de que los jueces, en los casos difíciles (que son por lo general los casos más trascendentes) primero toman una decisión política y luego la justifican jurídicamente²²⁵.

El carácter narrativo del derecho hace evidente su lugar de enunciación, esto es, su posición ideológica en el imaginario colectivo. Es un lugar de enunciación privilegiado en la medida en que constituye el discurso oficial del estado nación o de la comunidad internacional, presentado como un orden jurídico apolítico, neutral y universal que, sin embargo, comprende unos principios políticos precisos. El derecho proyecta una imagen limpia de sí mismo que funciona como un dispositivo ideológico que legitima y acoraza el orden jurídico. En la configuración de esa ficción legitimadora, el derecho es política.

La equivalencia del derecho y la política es particularmente evidente en el derecho constitucional. Las constituciones son el producto del debate político entre distintas fuerzas sociales que buscan a un tiempo limitar el poder y diseñar el modelo de sociedad al que aspiran. La constitución, dice García, se mueve en la frontera difusa entre el control del presente y la promesa del futuro, o entre el derecho y la política²²⁶. La existencia de principios y valores constitucionales parece confirmar esta reflexión. Los tribunales constitucionales suelen distinguir los principios (como normas jurídicas) de los valores (como programas políticos)²²⁷,

²²⁴ Terry Eagleton, *Ideología. Una introducción*, trad. J. Vigil, Barcelona, Paidós, 1997, p. 25.

²²⁵ Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. D. López y J. Pombo, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1999.

²²⁶ Ver: Mauricio García Villegas, “Constitucionalismo aspiracional”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 29, 2013-I, pp. 78-79.

²²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/1992, M. P. Ciro Angarita. “Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana”.

pero en la práctica son términos intercambiables²²⁸. García llama *constituciones aspiracionales* a las cartas constitucionales que tienen un fuerte carácter político, que tienen un ambicioso ideario sobre la sociedad que se quiere en el futuro, y que prosperan sobre todo en situaciones de inconformidad social. Para hacer reales estas ilusiones o estas promesas, dice el autor, estas constituciones necesitan de apoyos externos como la movilización social, el activismo judicial y una cultura jurídica robusta²²⁹.

Las constituciones latinoamericanas recientes parecen seguir este patrón. En ellas se evidencia, pese a las diferencias nacionales, una notable tendencia maximalista en la definición de los principios ideológicos del estado y en la regulación de los derechos y deberes ciudadanos. De acuerdo con Uprimny, algunos de estos elementos serían: la unidad nacional bajo el entendido del reconocimiento de la diferencia; la superación del carácter confesional y la afirmación de la pluralidad y la igualdad religiosa; la protección de grupos tradicionalmente discriminados, como los pueblos indígenas y las comunidades negras; el reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales; el establecimiento de mecanismos de protección y garantía de los derechos fundamentales; la apertura al derecho internacional de los derechos humanos; la consagración de otras formas de justicia, como la justicia especial indígena; y la reconsideración de la función económica del estado, bien sea tendiente a favorecer los mecanismos del mercado o bien sea orientada hacia modelos de intervencionismo estatal²³⁰.

Estos contenidos permiten extraer los principios políticos-ideológicos que dan sentido y legitimidad a los sistemas jurídicos latinoamericanos, esto es, su lugar de enunciación. A grandes rasgos, estos principios serían: el *principio liberal*, que aspira a limitar y controlar al estado mediante reglas; el *principio democrático*, que pretende la formación igualitaria del poder y promueve la participación ciudadana; el *principio social*, que se orienta a lograr una justicia material mínima para todos; el *principio multicultural*, que reconoce la coexistencia de distintas culturas en un país y les otorga derechos diferenciados; y cabe agregar el *principio neoliberal*, que tiende a favorecer el libre comercio y priorizar la austeridad en el gasto público.

²²⁸ Sobre esta intercambiabilidad en los fallos del tribunal constitucional colombiano, ver: Sergio Estrada Vélez, "La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41, 114, pp. 53-58.

²²⁹ Ver: Mauricio García V., "Constitucionalismo aspiracional", cit., pp. 77-97.

²³⁰ Ver: Rodrigo Uprimny, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en César Rodríguez G. (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 109-137.

Estos principios ideológicos están marcados por una relación de tensión, contradicción y precario compromiso entre sus postulados. Por ejemplo, en un mismo texto constitucional se puede ampliar la intervención estatal y las funciones redistributivas de las autoridades al reconocerse nuevos derechos sociales y mantenerse la dirección estatal de la economía, pero también se reduce esa intervención al habilitar la privatización de ciertos servicios públicos que anteriormente eran monopolio estatal. En el caso colombiano, algunos analistas han señalado la tensión no resuelta entre los proyectos neoliberal y socialdemócrata en la asamblea constituyente como una de las raíces de la crisis política en el país²³¹. Suele cuestionarse, además, que la *lex mercatoria* no debe su validez legal al hecho de estar vinculada con el derecho o el sistema político de un estado nación, sino que deviene como mandato de un orden económico internacional²³².

El derecho como ideología produce y hacer circular la ficción del estado como el único regulador social, según el ideario ilustrado que entregó a los estados modernos el monopolio de las armas, de la justicia y del fisco. Este monismo o centralismo jurídico fue apelado por el ya citado Eugen Ehrlich, que hacía un llamado a observar el *derecho vivo* o las reglas que rigen efectivamente la vida de las sociedades, y ha sido cuestionado por la teoría crítica del *pluralismo jurídico*, que reconoce que en un mismo estado se desenvuelven prácticas sociales y culturales que surgen de forma espontánea en la vida social cotidiana y dan origen a sistemas normativos que operan de forma paralela al derecho estatal²³³.

Estos órdenes normativos se expresan a distintos niveles (local, nacional, internacional) y no se mantienen independientes unos de otros, sino que se interrelacionan y se entrecruzan continuamente, ya sea en armonía o en contradicción. En ese sentido, disputan la primacía del derecho estatal como la única fuente de producción normativa y proponen vías alternas que pueden tender a la regulación o a la emancipación social. Wolkmer ve en el pluralismo jurídico un

²³¹ Ver: Luis Javier Orjuela, *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; Oscar Mejía Quintana, "El origen constituyente de la crisis política en Colombia", en Ann Mason & Luis Javier Orjuela (eds.), *La Crisis Política Colombiana*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2003, pp. 143-160.

²³² Libardo Ariza & Daniel Bonilla, "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico", en Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Tamanaha, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2007, pp. 52-53.

²³³ John Griffiths, "¿Qué es el pluralismo jurídico?", en Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Tamanaha, *Pluralismo jurídico*, cit., pp. 143-220.

nuevo marco emancipatorio para América Latina en el sentido en que “rompe con la configuración mítica de que el derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del derecho como acuerdo, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política”²³⁴.

El derecho, dice Bourdieu, es un campo social en el que distintas fuerzas sociales y políticas, con distintos capitales (económico, social, cultural) y en condiciones desiguales de poder, luchan por apropiarse el sentido de unos textos que tienen el poder de imponerse con fuerza de autoridad²³⁵. La literatura hace parte del campo social en la medida en que produce textos con contenidos culturales que expresan también unas aspiraciones y proyectos de sociedad²³⁶. En otras palabras, es producción de la cultura. En la narrativa, afirma Ost, se puede encontrar la identidad, la memoria y la cultura de una comunidad, que son el sustrato del orden jurídico²³⁷.

La literatura, antes que gravitar entre el artificio estético y el compromiso político, es un dispositivo que permite mostrar el lugar de enunciación que ocupan las narraciones sociales como el derecho. El derecho, que se descubre, se interpreta y se aplica narrativamente, también es disputado narrativamente. La obra literaria, al tiempo que produce deleite con sus tramas y giros dramáticos, al tiempo que puede ser de utilidad para la educación del jurista, también pone en duda los mecanismos narrativos que circulan en la sociedad. La literatura es un territorio en disputa.

Un ejemplo de la disputa del relato social dominante por la literatura se encuentra en las luchas y la obra escrita de Manuel Quintín Lame, líder indígena, hijo de terrajeros paeces del Cauca colombiano, que trabajó las tierras de los demás sin

²³⁴ Antonio C. Wolkmer, “Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”, en Mauricio García V. & César Rodríguez G. (ed.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 257.

²³⁵ Pierre Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Pierre Bourdieu & Gunther Teubner, *La fuerza del derecho*, trad. C. Morales, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2005, pp. 153-220.

²³⁶ La noción sociológica de *campo* ha permitido a Bourdieu analizar distintos fenómenos sociales como el derecho y la literatura. El estudio y comparación de las normas, actores, ideas, símbolos, relaciones de poder e instituciones de los campos literario y jurídico excede los límites de este trabajo. Sobre el *campo literario*, ver: Pierre Bourdieu, “El campo literario. Prerrequisitos críticos y principios de método”, trad. D. Navarro, en *Criterios*, 25-28, La Habana, enero de 1989 - diciembre de 1990; igualmente: *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, cit., primera parte.

²³⁷ François Ost, *Raconter la Loi. Aux Sources de L’Imaginaire Juridique*, cit., p. 28-29.

recibir casi nada a cambio; no fue a la escuela, pero conoció de cerca y en carne propia los sufrimientos y las explotaciones de los indios. Aprendió a leer y a escribir en español, y utilizó la lengua para denunciar al poder político y jurídico que sometía a su pueblo. En *Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas* (1939) se observa no solo la adoración por la naturaleza y el problema del encuentro con el otro, sino además una apropiación plebeya del derecho con un propósito liberador. El indio caucano denuncia el uso instrumental del derecho por parte de legisladores y jueces funcionales al sistema económico hacendatario, a la violencia bipartidista y al racismo estructural. Varias décadas antes de los estudios decoloniales, con espíritu autodidacta, Quintín Lame mostró los vectores de poder, raza y clase que condicionan el ejercicio del derecho²³⁸.

Un episodio de la historia de Colombia que evidencia el campo de batalla del discurso jurídico es la Masacre de las Bananeras. Miles de trabajadores de las plantaciones de banano norteamericanas en Ciénaga, en el Caribe colombiano, estaban reclamando mejores condiciones laborales, y muchos, aun no se sabe cuántos, fueron asesinados por las fuerzas militares. El derecho operó como legitimador de la violencia con la expedición de decretos que autorizaban abrir fuego y como encubridor de la atrocidad al evadir los juicios. La política mostró las tensiones de la época entre el gobierno conservador y el joven liberal Jorge Gaitán, que hizo un memorable debate en el congreso colombiano en el que exigió la responsabilidad y la reparación. Y la literatura ofreció una de las más grandes obras latinoamericanas: *Cien años de soledad*, de García Márquez. La novela puede leerse como la epopeya del nacimiento, el auge y la caída de *Macondo*, un trasunto de América Latina, o como una larga parábola sobre el incesto, la muerte y la soledad. En el capítulo de las bananeras hay un problema persistente: la memoria. Hay un doble juego de hacer memoria al recordar una masacre olvidada y de mostrar el olvido deliberado de las autoridades y el silencio impuesto a los pobladores, en la célebre frase: "En Macondo no ha pasado nada, ni está pasando ni pasará nunca. Este es un pueblo feliz". Los trenes llenos de muertos y los cuerpos arrojados al mar quedaron solo en la memoria de José Arcadio Segundo, que se encerró durante años a leer los pergaminos proféticos, devastado por el trauma. Y después de la masacre llovió por cuatro años, once meses y dos días, como si fuera el diluvio universal²³⁹.

²³⁸ Manuel Quintín Lame, *Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas*, Cali, Editorial Universidad del Cauca, 2004, pp. 139-249.

²³⁹ Gabriel García Márquez, *Cien años de soledad*, Barcelona, Random House, 2017, pp. 292-303.

La memoria es un terreno particular en el cual se disputa la forma en que una sociedad relata las atrocidades del pasado y la manera en que encara estos horrores y sana sus heridas. En la memoria histórica se configura un espacio discursivo en el que se debaten las cuestiones más sensibles de la sociedad: la verdad, la justicia, la memoria, el olvido, la venganza, la reparación, la resiliencia, y la responsabilidad. En las comisiones de la verdad y en otras iniciativas similares late el conflicto entre la oficialidad y la periferia del discurso, y siempre aparecen las preguntas sobre cuáles relatos contar, cómo contarlos, quién debe contarlos, qué se puede contar.

Hay una profusa producción académica sobre la relación recíproca entre la literatura y la memoria histórica²⁴⁰. Por los límites de este trabajo, basta con recordar que la literatura es una herramienta valiosa para la memoria colectiva en la medida en que crea y transmite representaciones sobre el pasado por medio de figuras narrativas como la metáfora, la alegoría, el símil o la intertextualidad, que producen un efecto emocional y reflexivo difícilmente encontrado en los discursos jurídicos y en las investigaciones sociales. La retórica formal y procedimental de la ley y el lenguaje técnico y estadístico de las ciencias sociales, que han dominado los espacios de la memoria histórica, tal vez no sean los más convenientes para tratar los dramas, las luchas, los anhelos y las resistencias humanas en situaciones tan extremas como un conflicto armado, una dictadura o una guerra civil.

Y tal vez el lenguaje literario tampoco sea el adecuado, tal vez no haya una forma ideal de comunicar estas realidades, pero si algo puede decirse a favor de la literatura es que invoca unas relaciones mentales y sensibles que hacen surgir las evidencias y revelaciones más profundas, o, en otras palabras, llega a la verdad a través de la imaginación y la intuición.

²⁴⁰ Ver: Astrid Erll, *Memoria colectiva y culturas del recuerdo*, trad. J. Córdoba y T. Louis, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012; Elizabeth Jelin, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 2002; Paul Ricoeur, *La memoria, la historia, el olvido*, trad. A. Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 2004; Manuel Reyes Mate, *Medianoche en la historia*, Madrid, Trotta, 2006; Maurice Halbwachs, *La memoria colectiva*, trad. I. Sancho, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004, entre otros.

3. Literatura y derechos humanos en América Latina

3.1. Origen, fundamento y universalidad de los derechos humanos

El punto de vista dominante sobre la historia de los derechos humanos discute en dónde se sitúa el origen de los derechos: si en la Antigüedad, la Edad Media o la Era Moderna. A favor de la primera respuesta está la consideración de los derechos como facultades inherentes al ser humano, anteriores a las leyes positivas y superiores a estas. Esta filosofía de corte iusnaturalista se apoya, por ejemplo, en la tragedia *Antígona*, de Sófocles, cuya heroína decide desobedecer la ley escrita del rey Creonte, su padre, que prohibía la sepultura digna a los traidores a Tebas, al enterrar a su hermano caído en combate convencida de la primacía de unas “leyes no escritas, inmutables de los dioses” que “no son de hoy ni ayer (...) existen desde siempre y nadie sabe a qué tiempos se remontan”²⁴¹. Esta postura asevera que no es en las leyes escritas donde se encuentra el origen de los derechos humanos, sino en la “naturaleza humana”.

Otra parte de la doctrina se ocupa de analizar si en la Edad Media existía ya un reconocimiento o una consagración de los derechos básicos de la persona, o si estos aparecieron con los Estados modernos. Esta discusión es presentada por Maurizio Fioravanti como el debate de los modelos de fundamentación de las libertades individuales. Para el profesor italiano, existen tres formas de fundamentar las libertades, que a su vez ofrecen respuestas distintas sobre el origen de los derechos humanos²⁴².

El modelo *historicista* ubica en la Edad Media el origen de los derechos e identifica unas “situaciones de libertad jurídicamente garantizadas”. Esta teoría considera que el poder político, fragmentado en varios estamentos sociales, generaba unas “relaciones contractuales de reciprocidad entre los sujetos” que dan lugar al surgimiento de los primeros derechos. En este modelo ocupan un lugar privilegiado las libertades civiles, llamadas *negativas*, y las libertades políticas, *positivas*, aparecen como accesorias. El país que mejor lo ejemplifica sería Inglaterra.

²⁴¹ Sófocles, *Antígona*, Madrid, Editat, 2002.

²⁴² Ver: Maurizio Fioravanti, “Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades”, en *Los derechos fundamentales*, trad. M. Martínez, Madrid, Trotta, 1998, pp. 25-53.

El modelo *individualista* entra en contradicción con el pasado medieval y reafirma la Edad Moderna como el origen de los derechos. Esta visión, que critica los privilegios feudales y celebra el individualismo liberal, se expresa en dos líneas: niega el *orden estamental* y afirma el *orden individual* del derecho, y fija la necesidad de un *contrato social*. Difiere del modelo estatalista porque presume la existencia de una *sociedad civil* anterior al Estado. Francia es el mejor ejemplo de esta forma de fundamentación.

El modelo *estatalista* considera que el Estado es una condición necesaria para que los derechos nazcan y sean garantizados. Niega la existencia de un derecho natural anterior al derecho positivo. Antes que un *contrato social*, que puede fracturar la unidad política, afirma la necesidad de un *pacto unilateral*, es decir, un acto de subordinación al Estado en el cual los individuos dejan de ser multitud y se convierten en un “pueblo” o una “nación”. En las constituciones del siglo XIX se aplicó este modelo.

La historia europea de los derechos humanos también puede observarse en el esquema de Bobbio, que propone tres etapas de positivización que van de la formulación abstracta a la consagración en normas concretas.

Los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales. La Declaración Universal contiene en germen la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, termina con la universalidad ya no abstracta sino concreta de los derechos positivos universales²⁴³.

Estas tres fases o etapas corresponden, respectivamente, a la formulación filosófica y política de los derechos en los siglos XVII y XVIII por parte de los pensadores europeos; a la positivización y concreción de los derechos fundamentales en documentos jurídicos nacionales, particularmente en las declaraciones norteamericana, francesa e inglesa de finales del siglo XVIII; y a la aprobación y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

²⁴³ Ver: Norberto Bobbio, “Presente y futuro de los derechos del hombre”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, 1981, p. 136.

Desde una perspectiva diferente, la historia de la positivización de los derechos fundamentales es considerada por Habermas como un proceso de “juridización del mundo de la vida” desarrollado en cuatro etapas:

Simplificando mucho las cosas, podemos distinguir cuatro hornadas de juridización que marcan épocas. La primera hornada conduce al *Estado burgués*, que se desarrolló en Europa Occidental en la época del Absolutismo, en forma de sistema de estados europeos. La segunda hornada conduce al *Estado de derecho*, que adoptó una forma paradigmática en la monarquía alemana del siglo XIX. La tercera hornada conduce al *Estado democrático de derecho*, que se difundió en Europa y en Norteamérica como consecuencia de la Revolución Francesa. La que por el momento es la última hornada conduce, finalmente, al *Estado social y democrático de derecho*, cuya institucionalización en el curso del siglo XX es fruto de las luchas del movimiento obrero europeo, y que, por señalar un caso concreto, ha quedado codificado en el artículo 21 de la Constitución de la República Federal Alemana²⁴⁴.

Ahora bien, la tradición occidental tiene distintas respuestas no sólo para explicar el origen de los derechos humanos, sino para su fundamento. A continuación, se verán algunos de los principales planteamientos teóricos que otorgan a los derechos humanos un sustento o fundamento racional.

Una primera aproximación considera que el fundamento de los derechos está en la *voluntad divina*. En la cultura occidental se encuentra la huella de este pensamiento en los trabajos de Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, vinculados a la tradición judeocristiana y cultores de un orden trascendental del que emanan los derechos²⁴⁵. Esta creencia se puede rastrear también en el orden islámico, que deriva los derechos de la persona de la *sharia*, que es el conjunto de leyes dictadas por el Corán, y la *suna*, que son las normas de la tradición profética²⁴⁶.

En versiones más sofisticadas, los derechos humanos encuentran sustento en la *naturaleza*. Esta postura, asociada a la corriente del iusnaturalismo, manifiesta que los derechos humanos son inherentes o intrínsecos al ser humano dado que derivan de la *dignidad humana*: un principio universal y abstracto cognoscible mediante la razón. Desde esta visión, el derecho positivo debe ser el reflejo del

²⁴⁴ Jürgen Habermas, “Marx y la tesis de la colonización interna”, *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*, trad. M. Jiménez, Buenos Aires, Taurus, 1999, p. 505. Habermas concibe la realización de los derechos humanos como un proyecto inacabado de la modernidad.

²⁴⁵ Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 30-31.

²⁴⁶ Salah Stétié, “Islam y derechos humanos”, en José Vidal-Beneyto (ed.), *Derechos humanos y diversidad cultural*, Madrid, Icaria, 2006, pp. 165-180.

orden natural, de lo cual se concluye que las normas “reconocen” unos derechos naturales preexistentes. Ejemplos de esta invocación del derecho natural pueden encontrarse, en Estados Unidos, en la Constitución de Virginia de 1776, y en Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁴⁷. El defensor por excelencia del derecho natural es John Locke, que entendía la libertad y la propiedad como derechos naturales.

Esta fundamentación iusnaturalista fue objetada por el historicismo y el relativismo del siglo XIX, que sitúan el fundamento de los derechos en la “historia” o la “ideología”. Para Karl Marx, los derechos humanos eran la expresión del individualismo y el atomismo, una consideración política que no conduciría a la liberación de todo el género humano, sino apenas a la de la clase burguesa, que es la única que puede ejercer la libertad y la propiedad²⁴⁸. Con la crítica de Marx, como dice el profesor Arango, “nos despedimos de una comprensión ontológica y teológica de los derechos, como la defendida por Locke o la rechazada por Bentham, para abrazar una concepción constructivista de los mismos”²⁴⁹.

Esta crítica es recogida por el iuspositivismo, que buscó el fundamento de los derechos en el ordenamiento normativo. Para los positivistas, los derechos humanos están justificados únicamente porque están prescritos en una norma jurídica, bien sea la constitución, en la ley o en los tratados internacionales; los únicos derechos que se consideran como tales son los “establecidos” en las normas jurídicas. Para Hans Kelsen, la condición de existencia de los derechos es la validez, entendida como la expedición de la norma por un órgano competente, de acuerdo con un procedimiento y de conformidad con una norma superior²⁵⁰. Los derechos naturales serían un vestigio del derecho natural que se resiste a morir a pesar de la crítica racionalista a la teología como explicación del orden humano y social²⁵¹. La visión positivista de los derechos se refleja en la adopción de amplios catálogos de derechos y garantías en las nacientes cartas constitucionales. Por lo general, se usa el término “derechos fundamentales” para designar los derechos humanos que han sido concretados en un sistema jurídico²⁵².

²⁴⁷ Eugenio Bulygin, “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987, p. 79.

²⁴⁸ Karl Marx, “Sobre la cuestión judía”, en Bruno Bauer & Karl Marx, *La cuestión judía*, Barcelona, Anthropos, 2009, pp. 145-155.

²⁴⁹ Rodolfo Arango, “La objetividad de los derechos fundamentales”, *Primer Congreso Internacional de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 31 de agosto a 2 de septiembre de 2006.

²⁵⁰ Ver: Hans Kelsen, “El fundamento de validez de un orden normativo”, *Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 201-232.

²⁵¹ Ver: Hans Kelsen, “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, trad. E. Bulygin, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961, pp. 9-45.

²⁵² Martín Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., pp. 30-37.

Aunque el positivismo jurídico tuvo gran acogida en la fundamentación de los derechos humanos, la brutalidad de los regímenes totalitarios en la Europa de las décadas de 1920 a 1940, que practicaban el asesinato y la tortura dentro de los márgenes de la ley, obligó a replantear el sustento estrictamente legal de los derechos. Así, la reacción contra el positivismo jurídico originó una suerte de renacimiento del derecho natural, aunque sus representantes no se definen como tributarios del iusnaturalismo. Por ejemplo, Herbert Hart al inicio de su obra afirma la necesidad de separar el derecho de la moral²⁵³, y al cabo de la misma argumenta a favor de una congruencia entre sistema jurídico y sistema moral, ambos basados en un derecho natural común²⁵⁴. Algunos de los académicos más destacados de este nuevo derecho natural son John Rawls y Robert Nozick en Estados Unidos, John Finnis en Inglaterra y Carlos Santiago Nino en Argentina²⁵⁵.

Este renovado iusnaturalismo ha sido cuestionado, bien sea porque deriva los derechos humanos del principio moral de la razonabilidad práctica (Finnis), adopta el imperativo categórico de Kant como expresión de una justicia procedimental pura (Rawls) o utiliza una fórmula antropológica para derivar de la "naturaleza humana" los principios morales (Nino)²⁵⁶. También se critica que, en una reedición de la filosofía de Locke, postula que los derechos del hombre son básicamente la libertad y la propiedad, de manera que el único deber del Estado sería garantizar estos derechos (Nozick)²⁵⁷. Otras teorías de un nuevo iusnaturalismo con vocación positivista son las asumidas por Robert Alexy, que asume los derechos humanos como principios universales y afirma que existe un núcleo de derechos humanos básicos con "validez eterna"²⁵⁸, y Ronald Dworkin, que, en su teoría constructivista, defiende la existencia de unos principios normativos como imperativos de justicia, es decir, una relación estructural entre el derecho y la moral²⁵⁹.

²⁵³ H.L.A. Hart, "Regla de reconocimiento y validez jurídica", en *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 125-137.

²⁵⁴ H.L.A. Hart, *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2000, pp. 49-53.

²⁵⁵ Eugenio Bulygin, "Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos", cit., p. 81.

²⁵⁶ Rodolfo Arango, "La objetividad de los derechos fundamentales", cit., p. 6.

²⁵⁷ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1999.

²⁵⁸ Ver: Robert Alexy, "Derecho, discurso y tiempo", en *La institucionalización de la justicia*, trad. P. Rodríguez y J. Seoane, Granada, Comares, 2005, pp. 59-74.

²⁵⁹ Ronald Dworkin, "El modelo de las normas (I)", *Los derechos en serio*, cit., pp. 61-101.

Estas búsquedas naturalistas, positivistas o historicistas, con un alto nivel de abstracción, adolecen de un notable apego a la metafísica²⁶⁰. Al menos desde Nietzsche, que rompió el orden metafísico en la filosofía occidental, se han ofrecido respuestas posmetafísicas al problema del fundamento de los derechos humanos, o, mejor, se ha considerado como infructuosa la búsqueda de un sustrato último de los derechos. Un ejemplo de ello es el pragmatismo filosófico de teóricos como Richard Rorty y Hilary Putnam. Para Rorty, los derechos humanos son apenas construcciones culturales dependientes de la intención humana y derivadas de la experiencia, la falibilidad y la solidaridad²⁶¹. Para Putnam, desde otra orilla, los derechos son *conceptos éticos densos* útiles para juzgar la aceptabilidad, corrección o justificación de las acciones humanas en un contexto determinado²⁶².

Ambos iusfilósofos controvierten la pretendida objetividad de los derechos humanos y colocan en el centro del debate al ser humano con sus prácticas políticas, relaciones sociales y estados emocionales. Abandonan el pensamiento metafísico y proponen reflexiones pragmáticas, éticas o políticas que se centran en la conducta humana. Al considerar imposible el problema del fundamento, se orientan al análisis contextual y cultural de los derechos.

Este pensamiento pragmático no está exento de críticas; suele refutarse que en el modelo de Rorty es imposible diferenciar los derechos humanos de cualquier otra expresión cultural como los sistemas filosóficos o las teorías morales, o que en el esquema de Putnam es extraño el intento de articular el contextualismo ético con un concepto moral pretendidamente universal que sirve de empalme entre el mundo fáctico y el normativo²⁶³.

En línea con Rorty, el jurista Rodolfo Arango ha elaborado su *concepto bien desarrollado de derechos fundamentales*, en el cual los derechos serían “posiciones normativas de un sujeto (individual o colectivo) para las cuales es posible ofrecer razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a su titular”. Este concepto fue complementado con una defensa

²⁶⁰ Derrida dice que la metafísica es la búsqueda de “una estructura centrada, el concepto de juego basado en un cimiento fundamental, un juego constituido sobre una certidumbre tranquilizadora. Lo cual va más allá del alcance del juego”. Ver: Jacques Derrida, *Writing and Difference*, Chicago, University of Chicago Press, 1978, p. 279.

²⁶¹ Ver: Richard Rorty, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en Stephen Shute & Susan Hurley (eds.) *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 117-136.

²⁶² Hilary Putnam, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, trad. F. Forn, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 43-48.

²⁶³ Rodolfo Arango, “La objetividad de los derechos fundamentales”, cit., pp. 7-12.

de las emociones morales como fundamento de los derechos humanos²⁶⁴. Lo interesante de esta propuesta es que trasciende la concepción ontológica de los derechos para destacar la posibilidad de su fundamentación racional y dialógica; supera la postura individualista para reconocer la titularidad de los derechos a los sujetos colectivos; considera a los sentimientos de indignación como una fuente de los derechos, e introduce el concepto de daño como el efecto del no reconocimiento injustificado de los derechos.

En suma, la tendencia filosófica a apelar a un ordenamiento superior objetivo, de valores absolutos y definitivos, condujo al entendimiento general de los derechos humanos como bienes universales. El rasgo básico que marca el origen de los derechos humanos modernos es la ampliación de la titularidad de las posiciones jurídicas, esto es, la afirmación de su carácter universal, de ser facultades que deben reconocerse a todas las personas sin exclusión alguna. La universalidad, en esencia, significa que todos los seres humanos tienen los mismos derechos por su condición de seres humanos, independientemente de dónde vivan, quiénes sean, o de su situación o características particulares.

La universalidad parece ser un rasgo esencial de los derechos humanos. Pérez Luño sostiene que “sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos”²⁶⁵.

Esta universalidad se plasmó positivamente en las cartas internacionales de protección de los derechos humanos. Así, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* estipuló que todas las personas “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”²⁶⁶ y exigió la aplicación universal de sus reglas y principios²⁶⁷. Por su parte, la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, promulgada en el contexto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, consagró que los derechos humanos

²⁶⁴ Rodolfo Arango, *Los derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de justicia y paz*, Bogotá, Norma, 2008, pp. 42-65.

²⁶⁵ Antonio E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 48.

²⁶⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217A (III), de 10 de diciembre de 1948, artículo 1.

²⁶⁷ La universalidad se centra tanto en la universalidad de la aplicación como en la universalidad de la obligación. Ver: Sunila Abeysekera, “The High Commissioner’s promotion of universality of human rights”, en Felice Gaer & Christen Broecker (eds.), *The United Nations High Commissioner for Human Rights: Conscience for the World*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p. 121.

son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, y añadió: “el carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas”²⁶⁸.

En el aniversario 70 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos culturales examinó el principio de la universalidad de los derechos humanos a la luz de la diversidad cultural. En su informe señala que estos dos principios no se oponen entre sí, sino que se relacionan y se refuerzan mutuamente, y advierte básicamente dos puntos: (i) los derechos culturales no sirven para justificar las violaciones de los derechos humanos o ataques a la universalidad, ni son lo mismo que el relativismo cultural; y (ii) el respeto de los derechos culturales y la diversidad cultural, sin discriminación por ningún motivo, es una forma de poner en práctica la universalidad de los derechos humanos²⁶⁹.

La relatora lamenta que el principio de universalidad sufra de los “ataques constantes” provenientes de frentes nacionalistas y fundamentalistas que, en nombre de la particularidad de sus culturas, se permiten la violación de los derechos humanos. Si bien esta afirmación no carece de sustento, no es esta la única ni la más importante fuente de cuestionamientos y de críticas válidas y necesarias para el diálogo intercultural.

El principio de universalidad de los derechos ha tenido críticas desde distintos frentes: una *crítica filosófica* que, desde el posmodernismo, apela a la diferencia y la particularidad de los valores humanos, y, desde el comunitarismo, señala el carácter histórico, contextual y culturalmente condicionado de los derechos; una *crítica política* que encuentra imposible la idea de un modelo universal de política y de cultura capaz de servir de canon para todas las sociedades, y considera que el universalismo allana y desconoce los procesos políticos locales; y una *crítica jurídica* que estima improcedente la universalidad por no existir un marco económico-social que satisfaga plenamente los derechos humanos a escala planetaria²⁷⁰.

²⁶⁸ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, numerales 1 y 5.

²⁶⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*, 73º periodo de sesiones, A/73/227, 25 de julio de 2018, puntos 11, 47 y 69.

²⁷⁰ Ver: Antonio E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, cit., pp. 26-35, o Antonio Cassese, “Los derechos humanos, ¿son verdaderamente universales?”, en *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 58-81.

Con frecuencia se recuerda que los derechos humanos se han asimilado sin reparos como el lenguaje por excelencia de la política progresista; que hace cuarenta años, en vigencia de la Guerra Fría, los reclamos sociales se hacían en términos de demandas políticas, y pesaba una sombra de duda sobre los derechos humanos como carta emancipatoria debido a la doble moral, la complacencia hacia regímenes dictatoriales y el colonialismo de sus impulsores, por lo cual la política progresista prefería el lenguaje de la revolución y el socialismo a la hora de formular demandas sociales. Luego, con la crisis de estos paradigmas, la política progresista se volvió hacia los derechos humanos como la principal ruta emancipatoria²⁷¹.

El movimiento internacional de los derechos humanos ha sido descrito por los profesores Dezalay y Garth como un fenómeno amplio que nace en el seno de organizaciones de élite en Europa y Estados Unidos –firmas de abogados, fundaciones filantrópicas, academias prestigiosas– y en el contexto de la Guerra Fría, como parte de una estrategia para impedir que los gobiernos socialistas apropiaran los principios jurídicos universales de Occidente, es decir, como una extensión de la política exterior norteamericana²⁷².

Los autores hacen una arqueología de este movimiento para mostrar que, en América Latina, en los últimos cuarenta años, se han dado unas luchas por el poder que han enfrentado a abogados y economistas en el proceso de transformar los Estados latinoamericanos. Con base en la teoría de los campos sociales de Bourdieu, los sociólogos franceses demuestran que el movimiento de los derechos humanos, que traía aparejado el modelo de economía neoliberal, transformó la política en un lenguaje formalista y tradujo los reclamos sociales en “problemas técnicos” a ser resueltos por economistas tecnócratas presentados como expertos y apolíticos²⁷³.

²⁷¹ Boaventura de Sousa Santos, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2012 (1995), p. 345.

²⁷² El libro narra con detenimiento la estrecha relación entre la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (CIA, por sus siglas en inglés) y la Comisión Internacional de Juristas, una ONG que ayudaría más adelante a crear la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y organizaciones como Amnistía Internacional. Yves Dezalay & Bryant Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia de abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos*, trad. A Barreto, Bogotá, ILSA, 2002, pp. 101-109.

²⁷³ Yves Dezalay & Bryant Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia de abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos*, cit., pp. 43-63.

La institucionalización de los derechos humanos parece haber facilitado el proceso de sustitución progresiva de la política por una administración social experta que define y gestiona lo humanitario. Žižek ha advertido que en esta “era pospolítica” no solo se han despolitizado las demandas y los reclamos sociales, sino los conflictos, que han dejado de ser políticos o militares para ser considerados, *políticamente*, como “crisis humanitarias”. En su opinión, el discurso supuestamente despolitizado de los derechos humanos es una falsa universalidad ideológica que enmascara y legitima una política concreta: el intervencionismo militar, económico y cultural de las potencias occidentales sobre el resto de países del mundo²⁷⁴.

La juridización de la política ha sido expuesta por Wendy Brown como una gran paradoja del discurso humanitario: que los derechos tienen un lenguaje universal, genérico y abstracto, y, al mismo tiempo, su eficacia depende de unas condiciones sociales, históricas y culturales específicas, e incluso de vectores de poder diferenciados como la clase, la raza, el género o la sexualidad. Esta paradoja se expresa en la ambivalencia de los derechos, que pueden ser tanto una fuerza liberadora como un discurso regulador de igualdad formal o un mecanismo de cooptación de reclamos políticos más radicales. Brown dice que la práctica política contemporánea dedicada a la defensa y reivindicación de los derechos corre el riesgo de que sus reclamos, al ser satisfechos (al ser traducidos formalmente como derechos), produzcan la despolitización o la neutralización de los grupos sociales que buscaban emanciparse, y así se mantengan intactas las condiciones de exclusión que impulsaron las luchas originales. A su juicio, el discurso de los derechos humanos es una cultura específica que reproduce la lógica del aislamiento y despoja de todo carácter político a los grupos sociales que buscan la emancipación²⁷⁵.

Por su parte, Williams ha cuestionado de los estudios jurídicos críticos la tendencia a considerar el lenguaje de los derechos como perjudicial para el logro de ciertos fines sociales. A su juicio, este argumento no es válido para todos los grupos sociales; por ejemplo, a diferencia de los blancos, que pueden desconfiar de los derechos como abstracciones alienantes, las poblaciones afroamericanas fueron privadas por generaciones de esferas de protección de su integridad física y moral, de diferenciación entre lo humano y lo inanimado, y de símbolos de amparo y

²⁷⁴ Ver: Slavoj Žižek, “Against Human Rights”, *New Left Review*, 34, July-August 2005, pp. 115-131.

²⁷⁵ Ver: Wendy Brown, “Lo que se pierde con los derechos”, Wendy Brown & Patricia Williams, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2003, pp. 75-146.

respeto, por lo cual el lenguaje de los derechos resulta vital para sus reclamos sociales²⁷⁶.

El universalismo de los derechos parece poco atractivo para los desafíos de un mundo plural y posmetafísico. La verticalidad de este principio ha provocado la calificación de los derechos humanos como expresión de un “imperialismo moral” que amenaza con avasallar las culturas locales²⁷⁷.

Ignatieff dice que la doctrina de los derechos humanos se ha convertido en una *idolatría*, una especie de religión secular fundada en el principio improbable de que hay algo intrínseco e inviolable en todo ser humano. Considera que este entendimiento es peligroso por tres razones: porque eleva las demandas, necesidades y derechos de la especie humana por encima de las demás, con lo cual corre el riesgo de legitimar una relación puramente instrumental con otras especies; porque autoriza a la misma relación de instrumentalización y explotación de la naturaleza y el medio ambiente; y porque inhabilita el debate sobre la posible disposición de la vida humana, en casos como el aborto o la medicina experimental.

¿Qué es exactamente lo sagrado de los seres humanos? ¿Por qué, exactamente, pensamos que los seres humanos comunes, en toda su radical heterogeneidad de raza, credo, educación y logros, pueden ser vistos como poseedores de derechos iguales e inalienables? (...) A esto los humanistas deben responder, si desean ser consistentes, que no hay nada sagrado en los seres humanos, nada digno de adoración o respeto absoluto. Todo lo que se puede decir sobre los derechos humanos es que son necesarios para proteger a las personas de la violencia y el abuso, y si se pregunta por qué, la única respuesta posible es histórica. Los derechos humanos son el lenguaje a través del cual los individuos han creado una defensa de su autonomía contra la opresión de religión, estado, familia y grupo. Posiblemente, otros idiomas para la defensa de los seres humanos podrían ser inventados, pero este es el que está disponible para los seres humanos aquí y ahora²⁷⁸.

En su análisis, es necesario dejar de pensar los derechos humanos como triunfos morales y comenzar a pensar en ellos como un lenguaje que crea las bases para la deliberación. “El terreno que compartimos puede que en realidad sea bastante

²⁷⁶ Ver: Patricia Williams, “La dolorosa prisión del lenguaje de los derechos”, Wendy Brown & Patricia Williams, *La crítica de los derechos*, cit., pp. 43-73.

²⁷⁷ Ver: Peter Fitzpatrick & Eve Darian-Smith, *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1999.

²⁷⁸ Ver: Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry. The Tanner Lectures 1999*, Princeton, Princeton University Press, 2001, pp. 341-342.

limitado: no mucho más que la intuición básica de que lo que es dolor y humillación para ti será dolor y humillación para mí. Pero esto ya es algo". Concluye que los derechos humanos, antes que un credo universal o una religión secular, deben ser un lenguaje común, un vocabulario compartido en el cual los argumentos puedan florecer²⁷⁹.

Santos ha sugerido el reemplazo del universalismo por una concepción multicultural de los derechos humanos. En su análisis, la política actual de derechos humanos se mueve entre dos tipos de globalización²⁸⁰: una hegemónica, agenciada por los países centrales, y una contrahegemónica, desarrollada por los países periféricos. En la globalización hegemónica se presentan dos fenómenos: el *localismo globalizado*, que es el proceso por el cual un fenómeno local se globaliza exitosamente, como la imposición del inglés como la lengua mundial o la diseminación global de la cultura pop americana, y el *globalismo localizado*, que es el impacto de las prácticas e imperativos globales sobre las condiciones locales, que son reorganizadas para responder a estos mandatos, como es el caso de los enclaves de libre comercio y la economía de extracción de los recursos naturales. Por otra parte, en la globalización contrahegemónica se presentarían también dos fenómenos: el *cosmopolitismo*, que es la organización transnacional de los estados, regiones, clases y grupos sociales subalternos y sus aliados para la defensa de sus intereses comunes percibidos, que usan en su beneficio las capacidades de interacción del sistema global, y la *herencia común de la humanidad*, que son los asuntos que solo tienen sentido si se refieren al planeta en su totalidad, como la sostenibilidad de la vida en la tierra, el cambio climático y la exploración del espacio exterior²⁸¹.

La tesis de Santos es que si los derechos humanos son concebidos como derechos universales tienden a funcionar como un localismo globalizado, que también llama *globalización desde arriba*, un instrumento de lucha de los países centrales contra el resto del mundo, mientras que si se conciben como derechos multiculturales pueden ser un proyecto cosmopolita, que también denomina *globalización desde abajo*, un diálogo competitivo entre diferentes culturas acerca de su entendimiento de la dignidad humana.

²⁷⁹ Ver: Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry. The Tanner Lectures 1999*, cit., p. 349.

²⁸⁰ La globalización, para Santos, es "el proceso por medio del cual una condición o entidad local dada tiene éxito en extender su rango de acción sobre todo el globo y, haciéndolo, desarrolla la capacidad de designar a una condición o entidad rival adversaria como local". Ver: Boaventura de Sousa Santos, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", cit., p. 348.

²⁸¹ Boaventura de Sousa Santos, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", cit., pp. 349-352.

Luego de fijar las premisas de este diálogo, Santos abre una conversación entre los lugares comunes fuertes (*topoi*) de la cultura occidental y los de otras culturas. Considera que la modernidad occidental se ha desdoblado en dos concepciones y prácticas divergentes de los derechos humanos: la liberal, que prioriza los derechos civiles y políticos, y la marxista, que da preponderancia a los derechos sociales y económicos, y ha condicionado la titularidad de los derechos a la existencia de unos deberes correlativos, mientras que otras culturas no occidentales no plantean esa divergencia ni hacen esas divisiones; por ejemplo, el *dharma* hindú es un concepto que hace referencia a la armonía del ser humano con la realidad y al derecho-deber de los individuos de encontrar su lugar en la sociedad y el cosmos, y el *umma* islámico es un concepto general que designa a la comunidad y a las solidaridades y vínculos colectivos necesarios para la vida común²⁸².

Desde estas culturas, la concepción occidental de los derechos humanos presentaría simetrías simplistas y mecánicas, vacíos en el reconocimiento de derechos a los seres no humanos, y rezagos en los vínculos colectivos. Por lo tanto, antes que buscar un consenso moral, es necesario un diálogo intercultural y horizontal sobre lo que es valioso y digno de protección.

El teórico portugués no desconoce que las culturas involucradas en este diálogo comparten un pasado de intercambios desiguales y violentos. En ese sentido, pregunta cuáles son las posibilidades de diálogo intercultural cuando una de las culturas presentes ha sido moldeada por violaciones masivas de derechos humanos perpetradas en el nombre de otra cultura. Para hacer frente a esta realidad, su metodología de *hermenéutica diatópica* parte de la idea de que todas las culturas son incompletas y pueden ser enriquecidas por el diálogo y la confrontación con otras culturas. Aclara que asumir la relatividad de las culturas no implica adoptar el *relativismo* como actitud filosófica, pero sí implica entender el universalismo como una particularidad occidental cuya supremacía como idea no reside en sí misma, sino en la supremacía de los intereses que la sustentan²⁸³.

En un estudio posterior traslada su metodología de *hermenéutica diatópica* al diálogo cultural entre la concepción occidental de la dignidad humana y la concepción de dignidad en los pueblos indígenas de América Latina. Hay una noción de las

²⁸² Boaventura de Sousa Santos, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", cit., pp. 357-365.

²⁸³ Ver: Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 48.

comunidades aimara y quechua que, para Santos, puede entrar en diálogo con la noción occidental de la dignidad humana. La expresión de *Sumak Kawsay* (buen vivir) es intraducible en el lenguaje jurídico formal, pues nombra tanto la vida en condiciones dignas como la armonía con la naturaleza, el crecimiento sostenible, y lo que usualmente se denomina como soberanía y autodeterminación. En un impresionante avance político y jurídico, las Constituciones de Ecuador, de 2008, y de Bolivia, de 2009, consagraron el principio del “buen vivir” (*Sumak Kawsay* o *Suma Qamaña*) como el paradigma normativo de la organización social, política y económica de sus países²⁸⁴. En el texto ecuatoriano, además, se reconoce a la “Naturaleza” (*Pachamama*) como digna de derechos por ser la entidad esencial donde se reproduce la vida²⁸⁵. De esta forma, según Santos, crearon un dispositivo normativo híbrido que junta unos recursos lingüísticos y conceptuales no coloniales y no occidentales en el marco del texto jurídico matricial de la tradición occidental: la Carta Política²⁸⁶.

Las estrategias de apropiación y transformación creativa de los derechos humanos en América Latina son expresiones de lo que Rajagopal llama *el derecho internacional desde abajo*, la construcción y renovación del derecho desde el punto de vista de los actores políticos subalternos. Estos actores incluyen una amplia gama de movimientos sociales que, a pesar de ser decisivos en la definición de los contenidos del derecho internacional, no han tenido cabida en los manuales convencionales de esta disciplina; y no solo esto, sino que han sido menospreciados y perseguidos por las élites políticas como ilegítimos y turbulentos. El teórico indio revela los sesgos del discurso del derecho internacional y muestra que este se encuentra todavía atrapado en la mentalidad colonial que lo originó y establece una jerarquía política e intelectual entre el mundo civilizado y el mundo por civilizar. Estas relaciones asimétricas, afirma,

²⁸⁴ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, entrada en vigencia el 7 de febrero de 2009. El “buen vivir” se consagra en el preámbulo y en los artículos 8 (principios ético-morales de la sociedad), 80 (educación), 306 (modelo económico) y 313 (fines de la organización económica).

²⁸⁵ Constitución de la República del Ecuador, entrada en vigor el 20 de octubre de 2008. Consigna el “buen vivir” en el preámbulo y en el artículo 3º, y dedica un capítulo entero a los “derechos del buen vivir”, entendidos como derechos fundamentales, y un título al “régimen del buen vivir”. La disposición de la *Pachamama* como entidad digna de derechos es el artículo 71.

²⁸⁶ Otro concepto jurídico clave es el *chacha-warmi*, una expresión aimara y quechua que significa complementariedad y que es parte integrante de un conjunto de principios rectores de los pueblos indígenas en el que se incluyen también la dualidad, la reciprocidad, el “caminar parejo”. Según Santos, la idea central de este concepto es que ni el hombre ni la mujer aislados son plenamente ciudadanos o personas enteras dentro de su comunidad: “Son la mitad de un todo y sólo juntos constituyen un ser completo ante la comunidad”. Ver: Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, cit., pp. 106-107.

impiden el ejercicio real de los derechos humanos y los limita a un discurso de supremacía cultural. Por lo tanto, es preciso reescribir y reinterpretar este discurso desde el punto de vista de los actores sociales subalternos como las comunidades campesinas, los pueblos indígenas y los afroamericanos, los movimientos ambientalistas, los colectivos feministas, y las organizaciones de base²⁸⁷.

Las críticas expuestas coinciden en llamar la atención sobre los derechos humanos como un discurso históricamente condicionado cuya naturaleza es la ambivalencia, pues con su impulso igualador bien puede alcanzar la protección general de la especie humana como puede ignorar los factores de poder, clase, raza, género o sexualidad que condicionan la especie; con su lenguaje jurídico formal bien puede neutralizar las demandas políticas y restarles eficacia a las luchas sociales o bien puede ser un instrumento liberador de la violencia y la opresión; y con su defensiva invocación del universalismo bien puede exhibir una actitud idólatra e inflexible o bien puede invitar a un diálogo abierto entre diferentes culturas.

Sobre todo, estas críticas al universalismo de los derechos humanos, que los asumen como un discurso, un lenguaje o una cultura históricamente condicionada y profundamente contextual, en últimas apuntan a señalar que los derechos humanos, como el derecho mismo, son un relato, una narrativa particular que se presenta como universal y, en esa pretensión, se permite calificar de locales y confinar a la periferia a los relatos rivales. En respuesta, los actores subalternos han hecho el doble movimiento de resistir las consecuencias prácticas de este relato hegemónico y, al mismo tiempo, lo han apropiado para habilitar un diálogo cultural horizontal.

El llamamiento a un diálogo entre culturas es una exhortación al diálogo entre ideas, saberes, conocimientos y, desde luego, tradiciones literarias. El pensamiento humanista que dio a luz al proyecto de la modernidad de los derechos humanos produjo también las obras escritas que completan el rico mosaico de la cultura en Occidente. En ese sentido, los sistemas explicativos sobre el origen, la fundamentación y el carácter universal de los derechos tienen su correlato en la literatura de la tradición occidental que ha delineado y cuestionado el pensamiento ilustrado.

²⁸⁷ Ver: Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, trad. C. Morales, Bogotá, ILSA, 2005. Un estudio excelente sobre el papel de los movimientos sociales en la transformación del derecho puede encontrarse en: Julieta Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009.

En el apartado siguiente se afirma que la literatura occidental ha corrido a la par de las instituciones sociales y jurídicas, de manera que es posible trazar un paralelo entre las fases de evolución de los derechos humanos y las etapas históricas en que usualmente se divide la creación literaria.

3.2. Expresión del derecho en la literatura occidental

En todas las épocas y lugares la humanidad ha producido expresiones escritas del pensamiento en la forma de obras de ficción. Desde tiempos remotos se tiene testimonio de las acciones, los trabajos y los destinos de los seres humanos. La literatura, como la ciencia, se ocupa de todos los asuntos. Como dice Roland Barthes, “el mundo de la obra literaria es un mundo total en el que todo el saber (social, psicológico, histórico) ocupa un lugar, de modo que la literatura presenta ante nuestros ojos la misma gran unidad cosmogónica de que gozaron los griegos antiguos”²⁸⁸.

Resulta imposible hacer un recuento exhaustivo de la literatura universal. En este trabajo se presentan algunas obras representativas de la tradición occidental (esto es, europea y de los países colonizados por Europa) en las que se expresa el mundo jurídico. Dado que las tribulaciones de los seres humanos y sus conflictos con las leyes divinas y terrenales han sido el sustrato de la literatura en todo el mundo, la presencia del derecho en el arte escrito es tan antigua como la ficción misma.

En el prólogo de *Cromwell*, Víctor Hugo hace un bosquejo histórico de la literatura europea y, en particular, de la evolución del ideal de belleza en tres etapas: en la Edad Primitiva, la sencillez, la ingenuidad y el lirismo inauguraban el arte (Génesis); en la Edad Antigua, prevalecía en el arte la solemnidad, la armonía y la proporción (Homero, Esquilo y Sófocles); y en la Edad Moderna, en un primer momento, por reacción y contraste, aparecen la comicidad, la fealdad y lo grotesco (Dante, Milton, Cervantes, Rabelais), y en una fase de madurez se produce una síntesis suprema de la belleza y la fealdad (Shakespeare)²⁸⁹. Hugo defiende el drama moderno como un espacio en que lo sublime y lo grotesco deben convivir.

²⁸⁸ Roland Barthes, “De la ciencia a la literatura”, en *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y de la escritura*, cit., p. 14.

²⁸⁹ Víctor Hugo, “Prefacio”, en *Cromwell*, trad. J. Labaila, 4ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1979.

Algunos autores postulan la existencia de un *canon occidental* que agrupa a las obras y los autores que son autoridades de la cultura en Occidente. El antes citado Harold Bloom defiende la existencia del canon y afirma que la pertenencia al mismo depende de la grandeza estética de la obra, que define como “una mezcla de belleza y extrañeza”. La extrañeza sería “una forma de originalidad que o bien no puede ser asimilada o bien asimila al lector de tal manera que deja de verla como extraña”²⁹⁰. Bloom afirma la total autonomía de la estética, y expresamente le niega al canon cualquier utilidad moral o pedagógica; desde una pretendida neutralidad política, sostiene que la selección de las obras canónicas es un proceso no ideológico, pues se basa únicamente en la superioridad estética²⁹¹.

Giambattista Vico se basó en la antigua sabiduría egipcia al afirmar que la historia del mundo ha pasado por tres edades: la de los dioses, la de los héroes y la de los hombres, cada una con sus respectivas costumbres, derechos, formas de gobierno, lenguas, caracteres y jurisprudencias²⁹². De acuerdo con los ciclos históricos propuestos por Vico, Bloom divide las etapas de la literatura occidental en tres edades: Edad Teocrática, Edad Aristocrática y Edad Democrática, y añade una cuarta edad, Caótica, que corresponde a la literatura del convulso siglo XX. Su propuesta resulta útil para identificar fases o etapas de la literatura en las cuales es posible evidenciar la expresión del derecho desde una perspectiva histórica.

En la Edad Teocrática, que agrupa a la Antigüedad y la Edad Media, la primacía está en el derecho natural y su capacidad de modelar o guiar las leyes terrenales. Vico ha señalado que los poemas épicos de Homero son el testimonio del derecho natural de las gentes de Grecia, al igual que las XII Tablas son el testimonio del derecho natural de las gentes del Lacio²⁹³. Algunos temas jurídicos de la literatura antigua son la alianza o contrato social como fuente del derecho (*Éxodo*, Antiguo Testamento), la tensión y la simbiosis entre derecho natural y derecho positivo (*Antígona*, *Edipo Rey* y *Edipo en Colono*, de Sófocles), el conjunto de valores que constituye el derecho natural (*Los trabajos y los días*, de Hesíodo), la responsabilidad, la culpa y la clemencia en los procesos penales (*Las Euménides*, de Esquilo), la relación entre la venganza y la justicia (*Orestíada*, de Esquilo), el rol de las emociones en la adjudicación del derecho (*Hécuba*, de Eurípides), el tratamiento

²⁹⁰ Harold Bloom, *El canon occidental*, cit., p. 13.

²⁹¹ Harold Bloom, *El canon occidental*, cit., pp. 25-51. Bloom ha diseñado el listado de los veintiséis autores que considera de estatura canónica: Shakespeare, Dante, Chaucer, Cervantes, Montaigne, Moliere, Milton, Johnson, Goethe, Wordsworth, Austen, Whitman, Dickinson, Dickens, Eliot, Tolstói, Ibsen, Freud, Proust, Joyce, Woolf, Kafka, Borges, Neruda, Pessoa, y Beckett.

²⁹² Giambattista Vico, *Ciencia nueva*, trad. R. de la Villa, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 439-462.

²⁹³ Giambattista Vico, *Ciencia nueva*, cit., p. 439.

de la ley a los ancianos (*Alceste*, de Eurípides), las leyes sobre homicidio (*Orestes*, de Eurípides). En la Edad Media destacan como temas jurídicos el conflicto entre la moral y el derecho, y la aspiración a una justicia universal (*La Divina Comedia*, de Dante), el surgimiento de la *sharia* o ley islámica (*El Corán*), la relación entre la ley divina y las leyes humanas (*La ciudad de Dios*, de Agustín de Hipona), la desproporción en los castigos penales (*Las mil y una noches*), o los fundamentos del derecho procesal (*El libro del buen amor*, de Arcipreste de Hita). Debido a la fuerte unión entre el derecho y la literatura en la Antigüedad, hay infinidad de estudios académicos sobre este tema²⁹⁴.

En la Edad Aristocrática la sociedad está dividida en estamentos sociales y el derecho mantiene un fuerte arraigo religioso o metafísico. Es la época de las monarquías absolutas y los privilegios de la nobleza y el clero. Por lo tanto, una época en que los derechos se asemejaban a privilegios de las capas sociales más altas y a concesiones que estas hacían a las clases más desfavorecidas. Ya Radbruch había advertido que la tragedia es el género que refleja al derecho porque su razón de ser es el conflicto irresoluble, y había enseñado que, a diferencia del drama antiguo, que enfrentaba a dos órdenes jurídicos –el derecho natural con el derecho positivo–, el drama moderno enfrenta al orden jurídico con la libertad individual²⁹⁵.

La figura central de la era moderna es Shakespeare, que abordó diversos problemas de índole jurídica en sus obras, especialmente en las tragedias: la obligatoriedad del derecho (*Medida por medida*), las ambigüedades de la interpretación de la ley (*El mercader de Venecia*), el derecho como límite del poder despótico (*El Rey Lear*), la restauración del orden mediante el debido proceso (*Otelo*), el individualismo y el impulso criminal (*Hamlet*), la responsabilidad y la culpa frente al delito (*Macbeth*). Por otra parte, el más grande creador de la lengua española se ocupa de la búsqueda de una justicia idealizada y de las limitaciones del derecho para lograr este propósito (*Don Quijote*, de Cervantes), y un joven abogado francés diserta sobre la legitimidad del derecho y las razones de la sumisión (*Discurso de la servidumbre voluntaria*, de Étienne de la Boétie). En un momento tardío de esta fase es posible encontrar los infortunios del individuo

²⁹⁴ Rosana Gallo, *Derecho y Literatura en la Antigua Grecia: El derecho natural, positivo, Mercantil, Civil y Procesal desde sus comienzos hasta nuestros días*, Buenos Aires, Dunken, 2017; Emiliano J. Buis (coord.), *Derecho griego antiguo*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2017; Víctor Celemín Santos, *El Derecho en la literatura medieval*, Barcelona, Bosch, 1996, entre otros.

²⁹⁵ Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 147-152.

enfrentado al derecho (*Fausto*, de Goethe, y *Robinson Crusoe*, de Defoe) y las falacias de la argumentación jurídica (*Los viajes de Gulliver*, de Swift).

La Edad Democrática, que afirma la igualdad de los hombres ante la ley y la primacía del derecho positivo, hace su aparición con las revoluciones liberales y se consolida con la revolución industrial. Supone una etapa de superación de la era romántica que celebraba “el arte por el arte”, rendía tributo al artista como un genio inspirado, descreía de la realidad social, y buscaba el sentido del texto en la intención profunda del creador. Se da entonces una transición del *Romanticismo*, que representaba la vida como se pretende que sea (heroica, fantástica, pintoresca), hacia el *Realismo*, que busca representar la vida como es en la realidad. La obra realista busca provocar un efecto en el lector, a saber, que perciba la vida y el mundo social con la mayor verosimilitud posible, como si los personajes *de hecho* pudieran existir y las situaciones pudieran ocurrir en el mundo real²⁹⁶.

Algunos realistas notables del siglo XIX son Jane Austen, George Eliot y Charles Dickens, en Inglaterra; Mark Twain, William D. Howells y Henry James, en Estados Unidos; Gustave Flaubert, Honoré de Balzac, Stendhal, en Francia; Iván Turguénev, Fiódor Dostoyevski y Lev Tolstói, en Rusia.

La novela realista se caracteriza por la estructura narrativa lineal (inicio, nudo y desenlace), el autor omnisciente (ajeno a la historia), el lenguaje sencillo y natural, la ubicación en un espacio y tiempo determinados, los dilemas morales o filosóficos, y la exploración de temas como el trabajo, la pobreza, el choque entre lo urbano y lo rural, el racismo, el clasismo, la injusticia social, la situación de la mujer o de los niños, la alienación, la marginación, la corrupción política y social o la delincuencia. Asociadas a la novela realista están: la *novela social*, que enfatiza la influencia de las condiciones sociales y económicas en la formación de los personajes y la ocurrencia de sucesos; la *novela histórica*, en la cual los eventos históricos y el contexto político son cruciales para los personajes y la trama; y la *novela naturalista*, que profundiza el realismo y lo despoja de metafísica²⁹⁷.

Con estas características, no extraña que la novela realista sea una fuente fecunda de reflexión sobre principios que tocan íntimamente al derecho como la justicia, la igualdad y la dignidad humana. Como antes se indicó, Nussbaum ve en la novela realista una fuente de útiles reflexiones sobre la realidad humana, que a su vez

²⁹⁶ M. H. Abrams, *A Glossary of Literary Terms*, cit., pp. 260-261.

²⁹⁷ M. H. Abrams, *A Glossary of Literary Terms*, cit., p. 167.

pueden suscitar o producir decisiones racionales y justas en el derecho, entendido como razonamiento práctico. De hecho, gran parte de los estudios sobre derecho y literatura se apoyan en la novela realista²⁹⁸, dado que, en su preocupación por la vida social y las instituciones políticas, aborda más directamente los temas jurídicos.

Algunos temas jurídicos tratados en la novela realista del siglo XIX son: los efectos perversos de leyes bienintencionadas (*El contrato de casamiento* y *La interdicción*, de Balzac), los descubrimientos de la criminología (*La resurrección*, de Tolstoi), la complejidad psicológica de la culpa (*Crimen y castigo*, de Dostoievski), la necesidad de humanización del sistema penal (*Los miserables*, de Victor Hugo), la justicia al servicio de las clases sociales nobiliarias (*Rojo y Negro* y *La Cartuja de Parma*, de Stendhal), los dilemas del matrimonio ante los intereses hereditarios de clase (*Orgullo y prejuicio*, de Austen), la objeción de conciencia y la libertad de expresión (*Walden y Desobediencia civil*, de Thoreau), la desprotección social de los niños y el problema de las presunciones normativas (*Oliver Twist*, de Dickens), o los derechos sociales en la sociedad industrial (*Tiempos difíciles*, de Dickens).

La novela realista fue sucedida por la novela moderna. El modernismo se asocia a la ruptura epistemológica con algunas de las bases tradicionales de la cultura occidental y al cuestionamiento radical de las certidumbres sobre las cuales se asentaron las formas de organización social como la moral judeocristiana, la filosofía platónica y la creencia en la razón como el único o el más importante motor del progreso humano²⁹⁹. En este clima de profundos cambios culturales se sitúa la Edad Caótica, una época de profunda desconfianza frente al derecho y su capacidad de regulación y emancipación social. En el curso de treinta años sucedieron las guerras mundiales, hechos devastadores que no solo cobraron millones de vidas, sino que sacudieron los cimientos de la cultura europea. Según Abrams, “la catástrofe de la guerra había sacudido la fe en la moral, la coherencia y la durabilidad de la civilización occidental, y había sembrado dudas sobre la adecuación de las formas literarias tradicionales para representar las duras y disonantes realidades del mundo de posguerra”³⁰⁰.

²⁹⁸ Ayelet Ben-Yishai, “Teaching Legal Realism: A Senior Seminar on the Realist Novel and the Law”, Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson (eds.), *Teaching Law and Literature*, cit., pp. 136-146.

²⁹⁹ Suele considerarse que Nietzsche, Marx y Freud, pensadores distintos entre sí, concentran el mayor cuestionamiento o la mayor “sospecha” sobre las bases culturales en Occidente. Ver: Paul Ricoeur, *Freud: Una interpretación de la cultura*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1970, p. 33.

³⁰⁰ M. H. Abrams, *A Glossary of Literary Terms*, cit., pp. 260-261.

Así, la novela moderna subvirtió las convenciones de la ficción en prosa anterior al romper la continuidad narrativa, apartarse de la forma usual de representar a los personajes, y transgredir la sintaxis tradicional y la coherencia del lenguaje narrativo mediante el uso del flujo de conciencia y otras formas innovadoras de narración. Si bien innumerables autores se pueden ubicar en esta categoría, los principales exponentes de la novela moderna europea fueron James Joyce, Marcel Proust y Franz Kafka.

En el siglo XX, algunos temas jurídicos explorados en la literatura son la decadencia de los valores y sus reflejos en el orden legal (*El hombre sin atributos*, de Musil), la incoherencia entre las formas y los contenidos del sistema jurídico (*El proceso* y *El Castillo*, de Kafka), la injusticia de la ley marcial (*Billy Budd*, de Melville), la ley al servicio de la deshumanización y el exterminio (*Trilogía de Auschwitz*, de Primo Levi, y *Archipiélago Gulag*, de Solzhenitsyn), la sumisión de los individuos a través del control social ejercido por un régimen totalitario (*1984* y *Animal Farm*, de Orwell, y *Un mundo feliz*, de Huxley), el desprecio de la ley por la singularidad y la subjetividad (*El extranjero* y *El hombre rebelde*, de Camus), la imposibilidad de la resocialización penal (*La naranja mecánica*, de Burgess), la ley como un instrumento de interdicción y segregación (*El señor de las moscas*, de Golding), la discriminación racial y el tratamiento legal de las diferencias (*Native Son*, de Wright), las implicaciones de la amnistía de delitos atroces durante la guerra (*El lector*, de Schlink), los dilemas de la democracia y el papel del Estado (*Ensayo sobre la lucidez*, de Saramago), entre otros tantos.

Estas obras literarias no fueron creadas en un espacio vacío impermeable, sino que son el producto de fuerzas históricas concretas; en ese sentido, recrean y cuestionan las formas de gobierno, las instituciones políticas y los sistemas jurídicos que son su telón de fondo. Las fases de desarrollo de los derechos humanos se despliegan de forma paralela a la evolución de la literatura occidental. En cada época literaria es posible identificar los modelos de fundamentación de los derechos, en un recorrido que va del iusnaturalismo de cuño religioso al pragmatismo filosófico, pasando por el positivismo jurídico. De igual forma, es posible hallar en todas las épocas las principales tensiones sociales y luchas alrededor de derechos tan esenciales como la libertad, la igualdad y el acceso a la justicia.

Las tensiones y conflictos son patrimonio del derecho tanto como de la literatura. Así como las instituciones jurídicas son el proceso de luchas y conquistas sociales más o menos asistidas por modelos teóricos, de igual forma, aunque salvando las

distancias, la creación literaria obedece a un continuo enfrentamiento de los autores con sus predecesores en la labor creativa, como se vio al analizar la teoría de la influencia de Bloom.

Sin embargo, pese al atractivo de la teoría de la influencia para estudiar el fenómeno interpretativo, y pese a la utilidad de las edades históricas para observar la expresión del derecho en la literatura, resulta problemática la existencia de un *canon occidental* que se sostiene solo en la genialidad de sus poetas y el valor estético de sus obras, del todo ajeno a los contextos históricos en que se producen y se reciben las obras literarias.

En el capítulo dedicado a la interpretación creativa del derecho se explicó que el profesor López Medina considera valiosa la teoría de Bloom para explicar los procesos de transferencia de la filosofía del derecho entre los lugares centrales de producción y los lugares periféricos de recepción.

Ahora falta agregar que, si bien López acoge los presupuestos de la teoría de Bloom, no respalda su consecuencia, esto es, la existencia de un canon universal dominado por Shakespeare. En su concepto, si la influencia de Marlowe sobre Shakespeare es, según el propio Bloom, uno de los pocos puntos de acceso al bardo inglés, esto quiere decir que el trabajo creativo de este último se llevó a cabo en un contexto específico de mala lectura, aprisionamiento y transmutación creativa. En general, todas las obras de ficción se producen en contextos específicos y particulares de recepción y transmisión de influencias. El genio de Shakespeare no es universal; por el contrario, parece bastante específico cuando se observa su nacimiento bajo la influencia de Marlowe. Por ende, la conclusión lógica de la teoría de la influencia no es la universalidad, sino la particularidad del canon:

La ansiedad de la influencia muestra, contrario a las conclusiones a las que Bloom llega, que no hay un espacio universal de literatura o de teoría del derecho, que no existen, sin más, literaturas o teorías del derecho transnacionales y generales. Todos los espacios, en ese sentido, incluso en teoría, son específicos y particulares; en todas partes se da la deficiente lectura, la tardanza y la transmutación; la resolución de la angustia depende de la lectura poética creativa. Las comunidades intertextuales son comunidades de influencia muy relacionadas entre sí que conducen hacia la especificidad y no hacia la universalidad del discurso³⁰¹.

³⁰¹ Diego López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 46.

López agrega acertadamente que, en vista de que las obras circulan por tiempos y espacios diversos, “el canon literario debería ser un verdadero caleidoscopio de transmutaciones alcanzadas en diversos lugares, una verdadera cacofonía multicultural de influencia y transmutación”³⁰². Esta variedad y multiculturalidad es precisamente lo que se echa de menos en un canon occidental presentado como el cenit de la cultura universal.

El lector habrá percibido las similitudes entre la universalidad reclamada por los cultores del canon occidental y la pretensión de universalidad del discurso de los derechos humanos. En ambas se encuentra: la apelación a un principio superior, universal y ahistórico (el valor estético, la dignidad humana); el reclamo de un espacio de neutralidad política e ideológica (el arte por el arte, el lenguaje jurídico formal); el olvido y la invisibilización de los autores y obras ajenos al discurso (de otras tradiciones literarias, de actores sociales subalternos); la defensividad y desdén por los rivales; la negativa al diálogo y a la apertura, por nombrar solo algunas.

Según Mignolo, la universalidad ha tenido consecuencias diversas en la literatura y en las ciencias humanas: “Los escritores literarios han tenido más éxito en escapar de la universalización que los académicos de las ciencias humanas, dominados por los paradigmas modernos europeos para la adquisición, organización y distribución del conocimiento”³⁰³.

Las obras de literatura seleccionadas como relevantes para el estudio del derecho y las teorías sobre el origen, el fundamento y la universalidad de los derechos humanos hacen parte de la tradición europea y anglosajona. Pese a su enorme importancia e innegable valor estético, es claro que son insuficientes para una lectura completa de la utilidad o contribución del movimiento Derecho y Literatura para la comprensión, interpretación y enseñanza de los derechos humanos en América Latina.

Es sabido que las instituciones jurídicas en América Latina nacieron y se desarrollaron en un largo y arduo proceso de recepción, interpretación, tergiversación y transformación de la teoría jurídica europea. El análisis de ese proceso excede los límites de esta disertación y ya se ha hecho en otras

³⁰² Diego López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 38.

³⁰³ Walter Mignolo, *El lado más oscuro del renacimiento: Alfabetización, territorialidad y colonización*, cit., p. 48.

investigaciones³⁰⁴. Por lo tanto, se propone apenas un giro hacia el pensamiento latinoamericano con el fin de buscar en la literatura de la región nuevas claves para leer e interpretar creativamente las cuestiones del origen, fundamento y universalidad de los derechos humanos.

3.3. Calibán: la lectura del derecho desde América Latina

Si Shakespeare es el centro del canon occidental, también podría ser un punto de fuga hacia un *anticanon* diverso y multicultural. En noviembre de 1611, en el Palacio Whitehall de Londres, el bardo inglés estrenó una obra de teatro fantástica titulada *La Tempestad*³⁰⁵. En esta representación dio a conocer la historia de Próspero, un duque de Milán expulsado del reino por su hermano Antonio y condenado a naufragar hacia una isla desierta en la que se dedica al estudio de numerosos libros y a planear su venganza. Próspero tiene dos sirvientes: Ariel, un ágil y gracioso espíritu del aire, y Calibán, un primitivo deforme, voluble y ladino, reducido a la esclavitud y tratado con dureza por el colono milanés.

Pocas obras de la literatura han sido tan citadas, comentadas y analizadas como *La Tempestad* de Shakespeare. Las caras opuestas que representan Ariel y Calibán se han ganado la atención de poetas, escritores, críticos y científicos sociales. En *Caliban Upon Setebos*, el poeta Robert Browning destaca la similitud entre el “hombre salvaje” de Rousseau y el personaje de Calibán. En *The Sea and the Mirror*, un largo monólogo dramático, el poeta W. H. Auden presenta la dualidad entre Ariel, que figura el *mundo poético*, y Calibán, que representa el *mundo real*, para meditar sobre la distancia entre el arte y la vida. En *The Picture of Dorian Gray*, la única novela del ironista Oscar Wilde, se hace una alusión a Calibán: “*The nineteenth century dislike of realism is the rage of Caliban seeing his own face in a glass. The nineteenth century dislike of romanticism is the rage of Caliban not seeing his own face in a glass*”³⁰⁶. En *Ulysses*, de James Joyce, Buck Mulligan compara a Stephen Dedalus con Calibán: “*The rage of Caliban at not seeing his face in a mirror, he said. If Wilde were only alive to see you!*”³⁰⁷.

³⁰⁴ Ver: Diego López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*, cit., en particular los capítulos 1 y 2.

³⁰⁵ Michael Dobson & Stanley Wells (ed.), *The Oxford Companion to Shakespeare*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 470.

³⁰⁶ “El rechazo decimonónico del realismo es la rabia de Calibán al ver su cara en el espejo. El rechazo decimonónico del romanticismo es la rabia de Calibán al no ver su cara en el espejo”.

³⁰⁷ “La rabia de Calibán al no ver su cara en el espejo, dijo. ¡Si Wilde pudiera estar vivo para verte!”.

El psicoanálisis ha abordado las figuras de Calibán y Ariel para destacar en la primera una representación del “ello”, es decir, de la parte instintiva y animal de Próspero, y en la segunda una expresión del “yo”, esto es, del nivel consciente del aparato psíquico. En *Psicología de la colonización*, Octave Mannoni desarrolla el concepto de “complejo de Próspero”, una disposición neurótica inconsciente que diseña la figura del paternalismo colonial y que padece sobre todo Calibán, pues se expresa en la búsqueda constante de un ser superior que lo domine y lo castigue. Este supuesto “complejo” es rechazado por Frantz Fanon al calificarlo de un discurso racista que considera que la “inferioridad” cultural y racial es anterior al hecho colonizador³⁰⁸.

En América Latina han prevalecido las lecturas sociológicas. Weinberg considera que la lectura latinoamericana de Calibán no deriva de la obra de Shakespeare, sino de la interpretación que de la misma hace Ernest Renan en 1877 que, en un análisis conforme a su época –finales del siglo XIX en Francia–, asimila las figuras de Próspero y Ariel a la aristocracia francesa y la figura de Calibán al pueblo que sufre bajo su yugo³⁰⁹. Sin embargo, el poeta Rubén Darío, en un violento artículo titulado *El triunfo de Calibán*, propone una analogía entre Calibán y el hombre materialista estadounidense que va a la caza del dólar y cuyo ideal “está circunscrito a la bolsa y a la fábrica”³¹⁰. En la misma línea, José Enrique Rodó, en su ensayo *Ariel*, identifica a Calibán con la sensualidad y lo mundano, y a Ariel con la elevación del espíritu y la civilización:

Ariel, genio del aire, representa, en el simbolismo de la obra de Shakespeare, la parte noble y alada del espíritu. Ariel es el imperio de la razón y el sentimiento sobre los bajos estímulos de la irracionalidad; es el entusiasmo generoso, el móvil alto y desinteresado en la acción, la espiritualidad de la cultura, la vivacidad y la gracia de la inteligencia, —el término ideal a que asciende la selección humana, rectificando en el hombre superior los tenaces vestigios de Calibán, símbolo de sensualidad y de torpeza, con el cincel perseverante de la vida³¹¹.

³⁰⁸ Octave Mannoni, *Psychologie de la colonisation*, Paris, Seuil, 1950, citado en Frantz Fanon, “Sobre el pretendido complejo de dependencia del colonizado”, en *Piel negra, máscaras blancas*, trad. A. Abad, Buenos Aires, Abraxas, 1973, p. 68-89.

³⁰⁹ Liliana Weinberg, “La identidad como traducción. Itinerario del Calibán en el ensayo latinoamericano” en *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, Vol. 5, No. 1, enero-junio de 1994, p. 21-35.

³¹⁰ Rubén Darío, “El triunfo de Calibán” en Ricardo Gullón, *El Modernismo visto por los modernistas*, Barcelona, Labor, 1980, p. 404-409.

³¹¹ José Enrique Rodó, “Ariel (fragmentos)” en *Señal que Cabalgamos*, No. 61, Año 4, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, noviembre de 2005, p. 9-10.

Con todo, son los ensayos del poeta cubano Roberto Fernández Retamar los que abordan con mayor profundidad los “personajes conceptuales” de Shakespeare y su potencia metafórica para acercarse a la realidad latinoamericana. A partir de un examen exhaustivo de los ensayos sobre Calibán, Fernández invierte la fórmula predominante según la cual el *espíritu* de América Latina está representado en la figura de Ariel, que busca dejar atrás un pasado bárbaro en su búsqueda de la civilización, para declarar: “¿qué es nuestra historia? ¿qué es nuestra cultura, si no la historia, sino la cultura de Calibán?”³¹².

El poeta cubano inaugura una nueva perspectiva para el análisis social y político del continente del Sur. En el prólogo de *Todo Calibán*, que reúne cinco ensayos del escritor cubano sobre este personaje-metáfora, César Rodríguez destaca el “giro calibanesco” que produjo esta investigación en el pensamiento social latinoamericano:

En lugar de la perspectiva del dominador en sus diversas formas históricas –el colonizador, Occidente, el “*mundo civilizado*”, el Norte, el imperio, el Primer Mundo, el mundo desarrollado, lo masculino, el blanco, etc.–, el giro calibanesco implica interpretar el pasado, asumir el presente e imaginar el futuro desde la perspectiva de los dominados –el colonial, Oriente, el “*mundo bárbaro*”, la periferia, el Sur, el Tercer Mundo, el mundo subdesarrollado, lo femenino, el negro, el indígena, el mestizo—³¹³.

Es preciso aclarar que la distinción Norte-Sur busca solamente condensar las diversas denominaciones para los dominadores y los dominados, es decir, que el Norte y el Sur no son realidades geográficas sino políticas y sociales. El “Sur” implica una alusión a todas las formas de dominación y opresión o, dicho de otra forma, es una metáfora del “sufrimiento que ha padecido el ser humano bajo el sistema capitalista globalizado”³¹⁴. En ese sentido, el “Sur” también está ubicado en la periferia del Norte y está representado en las poblaciones explotadas y oprimidas en el Primer Mundo, o en las minorías étnicas y raciales de Europa y Estados Unidos.

Esta posición crítica tiene su fundamento intelectual y experiencial en el cambio de perspectiva desde la cual los procesos globales son analizados y evaluados. Santos y Rodríguez recuerdan que los teóricos poscoloniales le han dado nombres diversos a este giro: Enrique Dussel lo califica como un giro hacia la perspectiva de

³¹² Roberto Fernández Retamar, “Calibán” en *Todo Calibán*, Bogotá, ILSA, 2005, p. 49.

³¹³ César Rodríguez G., “Prólogo”, en Roberto Fernández Retamar, *Todo Calibán*, cit., p. 14.

³¹⁴ Ver: Boaventura de Sousa Santos, *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995, p. 506.

las víctimas, Walter Mignolo lo ve como la adopción de la perspectiva desde el exterior de la modernidad, y Aníbal Quijano lo concibe como una mirada desde la “colonialidad del poder”³¹⁵.

El “giro de Calibán” en la obra de Fernández Retamar es significativo no solo para los estudios culturales y la crítica literaria, sino para las prácticas y el pensamiento jurídico y social del Sur global. Los libros que guían la educación legal en América Latina suelen representar la historia de los derechos, las constituciones y las instituciones jurídicas en un recorrido que va desde la Antigüedad, pasando por el Medioevo y los códigos modernos hasta llegar al orden jurídico nacional, que se presenta como una réplica imperfecta de los modelos extranjeros. No exagera César Rodríguez cuando advierte que “el contenido de buena parte de los textos de enseñanza del derecho consiste en un cúmulo de largas citas textuales de la doctrina internacional, en un *collage* que –además de suscitar dilemas de autoría– limita el papel del doctrinante local al de comentarista de las autoridades extranjeras citadas”³¹⁶.

Por eso, la advertencia del poeta cubano sobre la perspectiva de análisis tiene ahora toda la vigencia que tuvo entonces. En esta investigación se asume esa perspectiva desde dos puntos de vista: primero, se acude a la literatura como herramienta para abordar fenómenos sociales y jurídicos –en esta ocasión, la interpretación de los derechos humanos–; y segundo, se adopta una visión “calibanesca” que permita aproximarse a la historia y el fundamento de los derechos a partir de los relatos latinoamericanos, usualmente olvidados por la tradición académica.

Los estudios latinoamericanos críticos sobre el derecho en general y los derechos humanos en particular defienden una concepción del derecho como vehículo de emancipación social y postulan una metodología interdisciplinaria que combina la teoría jurídica, la filosofía política, la historia del derecho y la sociología jurídica³¹⁷.

³¹⁵ Boaventura de Sousa Santos & César Rodríguez G., “El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica”, en *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, trad. C. Morales, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 19.

³¹⁶ César Rodríguez G., “Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano”, en *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, cit., p. 12.

³¹⁷ Dos ejemplos notables de interdisciplinaria pueden encontrarse en: Mauricio García V. & César Rodríguez G. (ed.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, cit., con énfasis en la sociología jurídica crítica; y Juan F. Jaramillo et. al, *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018, con énfasis en la historia constitucional moderna y la filosofía política.

Esta interdisciplinariedad, sin embargo, a menudo pasa por alto la cercana relación entre el derecho y las humanidades. En los términos de Weber, opera únicamente en dos de las tres lógicas de la emancipación: la *racionalidad cognitiva-instrumental* de la ciencia y la tecnología, y la *racionalidad práctica-moral* de la ética y el derecho, y excluye de su análisis la *racionalidad estética-expresiva* de las artes y la literatura, que por su vocación de permanencia y profundidad analítica tiene un gran potencial de emancipación social³¹⁸. Por lo tanto, para complementar los estudios jurídicos críticos en América Latina es preciso insistir en el carácter cultural y humanístico del derecho.

En ese sentido, en el siguiente apartado se hace un breve recorrido por la historia de la literatura latinoamericana desde el periodo prehispánico a la época actual, con el propósito de identificar algunos autores y obras claves que alimentan la discusión sobre el origen y fundamento de los derechos humanos en la región y, en especial, contribuyen a su interpretación en la práctica jurídica. Dada la evidente complejidad de un estudio exhaustivo de la literatura en el continente y su expresión en el derecho, se escogen solo algunos textos representativos para así extraer los principales aportes en la construcción de una *literatura latinoamericana de los derechos humanos*.

3.4. Los derechos humanos en la literatura latinoamericana

En el período prehispánico es posible encontrar una discusión sobre los derechos humanos en el hecho de que la dominación cultural precede a la colonización de los españoles. Por ejemplo, la expansión del imperio inca se desarrolló como un proceso de conquista con sucesivas expansiones que lo llevaron a adquirir la formidable extensión que tenía a la llegada de los españoles y que superaba la de cualquier país europeo. Lo mismo puede decirse del imperio mexica: mientras que Madrid tenía entonces unos 60.000 habitantes, Tenochtitlan ya contaba con 300.000 personas. Si bien estas expansiones son distintas del proceso de marginación cultural y social desencadenadas por la colonización ibérica, es posible observar

³¹⁸ Ver: Max Weber, *Política y ciencia*, trad. C. Correas, Buenos Aires, Leviatán, 2006, pp. 122-158, comentado por Boaventura de Sousa Santos, "La transición postmoderna. Derecho y política", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 1989, pp. 223-263.

que los pueblos aborígenes conformaban un complejo cultural de enorme extensión geográfica y de considerable concentración urbana³¹⁹.

Además de cierta poesía azteca que aún sobrevive, en esta primera época destacan dos obras literarias de innegable valor histórico, referidas a la civilización maya: el *Popol Vuh*, un recopilación de las leyendas de los k'iche', el pueblo de la cultura maya mayoritario en Guatemala que narra el origen del mundo, la civilización y los diversos fenómenos naturales; y el *Chilam Balam*, un compendio de libros escritos entre los siglos XVI y XVII por pueblos mayas, en los que relatan la vida antes y después de la llegada del colonizador a la península de Yucatán. La lectura de estos textos permite identificar las relaciones sociales y prácticas culturales que serían el germen de lo que hoy se conoce como derechos y libertades.

En el período colonial se distinguen dos fases históricas: la Conquista, el proceso desarrollado durante el siglo XVI que comprende la exploración geográfica, la invasión y ocupación europea de los territorios habitados por los indígenas, el sometimiento y exterminio de pueblos aborígenes y la esclavitud de miles de personas extraídas de África; y la Colonia, que hace referencia al establecimiento de regímenes coloniales por parte de los imperios europeos, en particular del español, británico y portugués.

Esta primera etapa permite una discusión importante sobre los derechos humanos en la medida en que el proceso de aculturación, sometimiento político y discriminación racial gestado en América, por no hablar del genocidio y la esclavitud a gran escala, por su magnitud y su gravedad, son las mayores violaciones de derechos que se conocen en la historia.

Para analizar este proceso es importante recurrir a dos textos españoles de esta época: *Cartas de relación* del colonizador Hernán Cortés, enviadas al emperador Carlos V, en las que describe su viaje a México, su llegada a Tenochtitlán, capital del imperio azteca, así como algunos de los eventos resultantes de la conquista de México; y *Naufragios*, del conquistador Alvar Núñez Cabeza de Vaca, la primera narración histórica sobre los territorios que hoy corresponden a Estados Unidos. Dos textos necesarios completan el análisis del periodo histórico: *Diario de navegación* de Cristóbal Colón y *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* de Bartolomé de las Casas. *Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España*, de

³¹⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, "La historia de los derechos humanos en América Latina" en Leticia Olguín (coord.), *Educación y derechos humanos. Una discusión interdisciplinaria*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989, p. 43.

Bernal Díaz del Castillo. Historia de la invención de las Indias, de Fernán Pérez de Oliva.

Otras lecturas adicionales que ofrecen claves para entender el proceso de conquista son: *Biografía del Caribe*, de Germán Arciniegas, que expone de manera poética y literaria los proyectos, expediciones y conflictos en el Mar Caribe entre los siglos XVI y XVIII; *Visión de Anáhuac*, de Alfonso Reyes, que trata de imaginar la visión que pudo tener Hernán Cortés a la llegada a las costas mexicanas, y *La Araucana*, del poeta Alonso de Ercilla, que relata los hechos de la Guerra de Arauco entre los españoles y los indios mapuches al sur de Chile, un conflicto que se prolongaría durante tres siglos y que da testimonio de una de las resistencias más radicales a la colonización. *La Florida del Inca*, de Inca Garcilaso de la Vega.

La segunda fase del período colonial está dividida en tres etapas desde el punto de vista literario: una etapa *clásica* o *renacentista*, una etapa *barroca* o *gongorista* y una etapa *neoclásica* o *afrancesada*.

En la primera etapa destaca la obra *El Carnero*, de Juan Rodríguez Freyle, que narra el descubrimiento y conquista del Nuevo Reino de Granada y la fundación y primer siglo de vida de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, así como las costumbres y los conflictos de los pueblos indígenas de la región. En la segunda etapa descuella el trabajo de Sor Juana Inés de la Cruz, cuya poesía y reflexión filosófica son inaugurales del pensamiento humanitario en América y, muy especialmente, del papel de la mujer en la sociedad, cuestión que después desarrollaría la práctica feminista. En la tercera etapa cabe resaltar la composición *Cielitos y diálogos patrióticos*, del uruguayo Bartolomé Hidalgo, iniciador de la poesía gaucha en el Río de la Plata, que a finales del siglo XVIII ya reclamaba la necesidad de la independencia del yugo español.

El período que sigue en el análisis es el de la Independencia de América que se extiende desde principios del siglo XIX, con la independencia de Ecuador en 1809, hasta finales de esa centuria, con la independencia de Puerto Rico en 1898 –que fue entregado por España a Estados Unidos–. Para abordar la fase independentista, además de los estudios sociológicos y jurídicos que dan cuenta de la misma, se sugiere acudir a dos obras con visiones distintas de la liberación del poder español: *Victoria de Junín* de José Joaquín Olmedo, que ensalza las virtudes de Simón Bolívar como el gran libertador de América; y, por otra parte, *El periquillo sarniento* de Fernández de Lizardi, que ofrece una visión más realista y terrenal del rebelde independentista en el contexto mexicano. Sin duda, el estudio de las

independencias a partir de la literatura ofrece un terreno fértil para el estudio de los derechos humanos, siempre que permite acercarse al difícil desafío de derrocar un poder tiránico, correr el riesgo de convertirse en un gobernante déspota y verse obligado a limitar su propio poder.

Luego viene un período que la crítica literaria suele denominar etapa de consolidación, dado que en esta época –mediados del siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX– la narrativa latinoamericana empieza a definir sus contornos y a consolidarse como una literatura con una voz única.

Este período tiene al menos tres etapas: el romanticismo, el realismo y el modernismo. Para el análisis del romanticismo es posible escoger, entre muchas obras, el cuento *El matadero* de Esteban Echevarría, que refiere los hechos que siguieron a la Revolución de Mayo en Argentina durante el período en el que Juan Manuel de Rosas gobernó la provincia de Buenos Aires. El realismo puede leerse en *Nuestros indios*, de Manuel González Prada, un libro que problematiza lo indígena, intenta pensar la realidad peruana y latinoamericana desde una posición anarquista, y plantea una crítica del nuevo orden criollo por su autoritarismo, y en *Peregrinación de Alpha*, de Manuel Ancízar, que dialoga con las manifestaciones culturales y la diversidad de las regiones colombianas, y presenta una visión crítica de los sistemas políticos de la época. La tercera etapa, el modernismo, tiene su exponente más reconocido en Rubén Darío, que en su texto de prosa y poesía *Azul*, inspirado en el simbolismo francés, en especial en Verlaine, da cuenta de la profunda imbricación que ya entonces existía entre el pensamiento latinoamericano y el europeo³²⁰. Un documento que completa esta época es *Nuestra América*, del poeta cubano José Martí, un verdadero manifiesto del pensamiento moderno latinoamericano.

A comienzos del siglo XX hay un momento fecundo que evidencia sobre el encuentro entre dos mundos culturales diversos y la apertura a una literatura con rasgos modernistas. En esta etapa se producen obras como *Los de debajo*, de Mariano Azuela; *Doña Bárbara*, de Rómulo Gallegos, *El reino de este mundo*, de Alejo Carpentier y *Pedro Páramo*, de Juan Rulfo. Estas novelas, diversas entre sí, tienen en común que retratan el choque entre una cultura regionalista de tradición indígena y una cultura ajena impuesta como moderna, racional y civilizada. Un ensayo que

³²⁰ Para un análisis comparativo del modernismo europeo y el latinoamericano, y sus influencias mutuas, ver: “Imaginarios sociales y estética de lo bello en el modernismo hispanoamericano”, en Santiago Castro-Gómez, *Crítica de la razón latinoamericana*, 2ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, pp. 121-143.

ofrece una lectura aguda de este tema es el ya citado *Calibán*, de Fernández Retamar, y, para el contexto mexicano, *El laberinto de la soledad*, de Octavio Paz. Es de destacar que en esta época se promulgó la Constitución Mexicana de 1917, que estableció una forma de gobierno republicana, representativa, democrática y federal, y fue la primera carta constitucional de la región en reconocer expresamente derechos sociales, fruto de las demandas de las clases populares que protagonizaron la Revolución de 1910.

El *boom latinoamericano* hace referencia a un conjunto de autores y obras que, entre mediados y finales del siglo XX, consolidaron la literatura del continente debido a la prolífica producción y a la solidez narrativa. Claro está que no es un movimiento homogéneo, pues los escritores integrantes de este movimiento suelen diferir en sus posturas estéticas y políticas.

Algunas de las obras asociadas al *boom latinoamericano* son las novelas de corte social e histórico que abordan el personaje del dictador. Algunas de estas novelas son: *El señor presidente* (1946), de Miguel Ángel Asturias; *Yo, el Supremo*, (1974) de Augusto Roa Bastos; *El recurso del método* (1974), de Alejo Carpentier; *El otoño del patriarca* (1975), de Gabriel García Márquez; *La Novela de Perón* (1985), de Tomás Eloy Martínez, o más tardíamente *La Fiesta del Chivo* (2000), de Mario Vargas Llosa. Estas novelas comenzaron a mediados del siglo XX y proliferaron en la década de 1970, cuando la represión política alcanzó sus cotas máximas en América Central y del Sur, de la mano del militarismo agenciado por la doctrina de seguridad nacional en el marco de la Guerra Fría³²¹. En esta misma época Eduardo Galeano editó *Las venas abiertas de América Latina* (1971), que documenta el saqueo de los recursos naturales de la región por parte de los imperios coloniales, entre los siglos XVI y XIX, y de los Estados imperialistas, el Reino Unido y los Estados Unidos, desde el siglo XIX en adelante.

Las *novelas de dictadura* retratan el perfil del dictador o caudillo, evalúan el contexto político e institucional de su aparición y desarrollo, y calibran los efectos sociales de su dominio. En esa medida, resultan especialmente útiles para analizar el derecho y, en particular, los derechos humanos en América Latina. En estas novelas el dictador suele manipular el orden jurídico como algo que, antes que limitar el ejercicio del poder, le otorga legitimidad y, de esta forma, lo amplifica; sustenta su autoridad en la necesidad de defender el orden constitucional y las

³²¹ Francisco Leal Buitrago, "La doctrina de Seguridad Nacional: materialización de la Guerra Fría en América del Sur", en *Revista de Estudios Sociales*, No. 15, Bogotá, Universidad de los Andes, junio de 2003, pp. 74-87.

instituciones, si bien en la práctica las normas se pliegan a sus intereses³²²; suele presentarse como un hombre del pueblo que refleja sus instintos políticos o, en otra versión, como un ilustre aristócrata que inspira un temor reverencial; en todo caso, se trata de un “gendarme necesario”, el único capaz de encarar los problemas sociales, prevenir la delincuencia, mantener la seguridad y contener a los “enemigos de la patria”³²³.

Sergio Ramírez describe al caudillo ilustrado como la gran amenaza para lograr el respeto de los derechos humanos y hacer realidad la aspiración de modernidad presente en las constituciones latinoamericanas:

En el texto de nuestras constituciones fundadoras tocamos con las manos la utopía nunca resuelta. Gobiernos para el bien común, instituciones firmes y respetadas, sujeción de los gobernantes a las leyes, respeto a los derechos individuales, libertad de expresión, igualdad ante la justicia. Podemos leer esas constituciones como novelas, fruto de la imaginación. Nuestras mejores novelas. Intentamos la modernidad, pero no pudimos apropiarnos de los modelos que se nos proponían. Eran ropajes importados que quisimos cortar a nuestra medida, los mismos que vistieron Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Jefferson, Franklin, Paine; y bajo esos ropajes asomaba la cola del caudillo, que fue al principio un personaje amante de las luces de la Ilustración y luego volvió letra muerta la filosofía libertaria³²⁴.

Además de cuestionar las dictaduras y las distintas formas de la opresión con ropaje institucional, estas novelas suelen tratar, periféricamente, la cuestión del populismo. Interesa un breve comentario sobre este tema. La academia suele distinguir tres olas del populismo en Latinoamérica: un *nacional populismo* de las décadas de 1940 y 1950 de Juan Domingo Perón en Argentina o de Getúlio Vargas en Brasil; un *neopopulismo* o *populismo de derechas* de Carlos Menem en Argentina o de Alberto Fujimori en Perú durante las décadas de 1980 y 1990; y un *populismo de izquierdas* de Néstor Kirchner en Argentina, Evo Morales en Bolivia, Rafael Correa en Ecuador y Hugo Chávez en Venezuela a inicios del siglo XXI³²⁵. Esta última ola se corresponde con un “giro a la izquierda” en América Latina, esto es, un discurso más o menos resistente a la agenda neoliberal, con énfasis en la política social y la reducción de la pobreza. Algunos críticos encuentran en el populismo una división maniquea de la sociedad entre los sectores populares y oligárquicos o una retórica

³²² Francisco García Calderón, *Las democracias latinas de América*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1979, pp. 201-208.

³²³ Laureano Vallenilla Lanz, *Cesarismo democrático y otros textos*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1991, pp. 94-106.

³²⁴ Sergio Ramírez, “Los monstruos de la razón. En diálogo con *El reino de este mundo* y *El siglo de las luces*, de Alejo Carpentier”, *Nueva Sociedad*, 238, marzo-abril de 2012, p. 5.

³²⁵ Susanne Gratius, “La ‘tercera ola populista’ de América Latina”, Madrid, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, octubre de 2007.

de confrontación³²⁶, mientras que otros han cuestionado esa desestimación y han revitalizado el populismo como un modo de construir lo político que aspira a organizar sociedades igualitarias, con ampliación de derechos, en una lógica emancipatoria³²⁷.

En este punto del camino es preciso detenerse en la obra de dos escritores argentinos: Jorge Luis Borges y Julio Cortázar. Antes que evidenciar un choque cultural con la tradición europea, estos autores parecen sugerir una asimilación y transformación de la misma desde la experimentación estética. Por otro lado, sobre ambos se han escrito cientos de páginas en relación con el viejo problema del compromiso y la autonomía en el arte, dadas sus posiciones diversas frente al papel de la literatura.

Si se quisiera un canon literario latinoamericano, el centro de ese canon sería Borges. Las razones serían las mismas que ofrece Bloom en su canon occidental: la altura estética y la influencia posterior; sobre ambos hechos hay suficiente evidencia académica y no académica. En esta investigación solo interesa señalar brevemente la posible importancia de algunas obras suyas para el estudio, la interpretación y la enseñanza del derecho.

Los temas recurrentes de la obra de Borges son la naturaleza del tiempo, la multiplicidad del yo, la revelación del destino humano en un instante decisivo, el universo como laberinto indescifrable gobernado por el azar, el mundo como sueño de Dios o el individuo como un sueño de otro, el descubrimiento del infinito o la manifestación del saber total, el carácter ilusorio de la realidad y la intromisión de lo ficticio en lo real³²⁸.

Estos temas pueden parecer abstractos, fantásticos o ajenos a la realidad social. Sin embargo, en los relatos y poemas de Borges late un poderoso impulso humanista. Es usual encontrar en él la consideración de que un hombre es todos los hombres o de que un solo hecho implica la historia universal. Según Mascitti, sus historias “reflejan la voluntad de escrutar todos los caminos recorridos por el hombre para buscar en ellos luces que pudieran iluminar los misterios de la existencia; es decir,

³²⁶ Ludolfo Paramio, “Giro a la izquierda y regreso del populismo”, en *Nueva Sociedad*, No. 205, Buenos Aires, Friedrich Ebert Stiftung, septiembre-octubre de 2006, p. 72.

³²⁷ Ver: Ernesto Laclau, *La razón populista*, trad. S. Laclau, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, o, más recientemente, Chantal Mouffe, *For a Left Populism*, London, Verso, 2018.

³²⁸ Ver: Arturo M. Pascual, *El lector de Jorge Luis Borges*, Barcelona, Océano, 2000, p. 60.

su universo de ficción denota la búsqueda incesante del valor humanidad³²⁹. En Borges, además, el fundamento del derecho es su virtud civilizatoria³³⁰.

Por otra parte, en los diálogos con el escritor Néstor Montenegro quedó establecida su concepción del valor del estado de derecho y su posición ético-jurídica ante las atrocidades de la dictadura militar argentina:

El que arroja una bomba ignora a quien mata; el que da muerte a un arrestado, también. La justicia debe ser pública; no puede prescindir de un juez, de un tribunal, del testimonio de testigos, de un fiscal y de un defensor. La clandestina ejecución de un ciudadano es un crimen. Se habla de veinticinco mil desaparecidos. No importa la estadística. Cristo murió en la cruz una sola vez³³¹.

Hay que recordar este comentario suyo sobre la libertad y la prisión: “Lo más terrible de una cárcel es que quienes entraron en ella no pueden salir nunca. De este o del otro lado de los barrotes siguen estando presos”³³².

En la obra de Borges el derecho y la literatura son, para usar sus palabras, dos senderos que convergen y se bifurcan. Dado que los estudios sobre el derecho en la obra de Borges son innumerables³³³, basta con mencionar algunos relatos suyos que son de interés para el análisis del jurista: *La Lotería en Babilonia* es una metáfora social que permite pensar sobre la asignación de responsabilidades, el sentido de las acciones humanas y el reparto de los bienes y castigos. *Pierre Menard, autor del Quijote* despliega la idea de una obra cuyo sentido y valor es asignado por el contexto, y pone en primer plano la forma en que la interpretación recrea el texto. *Emma Zunz* plantea una pregunta acerca de la justicia y la venganza, y da una mirada personal y social de la retribución. *Deutsches Requiem* es una búsqueda de sentido y de reflexión sobre el mal, un cuestionamiento de los roles de víctima y victimario, y una explicación del totalitarismo como un hecho moral. *El hombre en el umbral* habilita un posible debate sobre la atribución de responsabilidades y

³²⁹ Matías Mascitti, “El universo de Borges y el mundo jurídico”, cit., p. 124.

³³⁰ Ver: José Calvo G., “Desde una encrucijada junto a Borges: Sobre ciencia jurídica y producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 2016, pp. 196-197.

³³¹ Jorge Luis Borges & Néstor J. Montenegro, *Diálogos (II)*, Buenos Aires, Nemont 1983, pp. 52-53.

³³² Jorge Luis Borges, “Lunes, 22 de julio de 1985”, *El País*, 10 de agosto de 1985. Crónica de la vista pública de uno de los juicios abiertos a las Juntas militares ante tribunales civiles argentinos.

³³³ José Calvo compiló una serie de textos que vinculan la obra de Borges con campos de estudio diversos como la epistemología, la sociología, la dogmática y la retórica del derecho, y con temas especiales del derecho constitucional, el derecho procesal y el derecho internacional, en *Borges en el espejo de los juristas. Derecho y literatura borgeana*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016. El mismo autor hizo un recuento minucioso de las investigaciones jurídicas, literarias, políticas y cartográficas de inspiración borgeana en su artículo “Desde una encrucijada junto a Borges: Sobre ciencia jurídica y producción normativa”, cit., pp. 187-212.

formas de juzgar. *Las ruinas circulares* describe el horror de todo creador, que bien puede ser el poeta, el juez o el académico, al descubrir que es una copia o una réplica de otro³³⁴.

En una entrevista con el profesor Herencio Manso, Borges le pregunta a su interlocutor: “¿Usted cree que los especialistas en derecho se han dado cuenta de que su manera de organizar el mundo es una obra metafísica, una ficción? (...) Quizá los expertos del derecho a los que no les interesa la literatura tengan miedo de que sus alumnos lleguen a la conclusión de que sus libros son, en realidad, literatura fantástica”³³⁵. En esta glosa se adivina tanto una concepción narrativa del derecho (entendido como un artificio humano leíble, interpretable, falible) como una justa crítica a la pretendida superioridad e impermeabilidad de la llamada *ciencia jurídica*.

Cortázar revela otros mundos. En las clases de literatura que llevó a cabo en la Universidad de California expresó que a lo largo de su vida había pasado por tres etapas: una *estética*, en la cual leía y escribía literatura por sus valores poéticos y espirituales, para cultivar el estilo, centrado en sí mismo y alejado de la realidad social; una *metafísica*, en la cual salió de sí mismo y se acercó al prójimo con el fin de comprender o de explorar la psicología humana, los destinos individuales y el sentido de la vida; y una *histórica*, en la cual analizó al hombre en lo colectivo, en la formación de los pueblos y las naciones, se asumió como latinoamericano además de escritor y participó en los procesos políticos de Cuba y Nicaragua³³⁶. Considera que el recorrido que él siguió es extrapolable al conjunto de la literatura latinoamericana de su época. Según Cortázar, la anterior literatura inclinada sobre sí misma, cerradamente individual y elitista, ha dado paso a una nueva generación de escritores mucho más implicada en los procesos de cambio social y las luchas históricas de sus pueblos³³⁷.

³³⁴ Los dos primeros cuentos, y el último, pertenecen a *Ficciones*; los tres restantes, a *El Aleph*.

³³⁵ Ver: Ditlev Tamm, “Borges for Jurister: en samtale mellem Jorge Luis Borges. Det Juridiske Fakultets Aula torsdag...”, *Kritik*, 150, 2001, pp. 1-3, citado y traducido por José Calvo en “Desde una encrucijada junto a Borges: Sobre ciencia jurídica y producción normativa”, cit., p. 190.

³³⁶ Este es el camino que va, a grandes rasgos, de la multiplicidad de voces de *Los premios* a las exploraciones metafísicas que se esbozan en *El perseguidor* y cristalizan en *Rayuela*, y culmina en el más abiertamente político *Libro de Manuel*.

³³⁷ Julio Cortázar, “Los caminos de un escritor”, en *Clases de literatura: Berkeley, 1980*, cit., pp. 15-41. Cortázar señala que los ejemplos más notables del paso de la exploración formal y la indagación metafísica a una postura de conciencia social frente a los pueblos americanos son los caminos que van, en César Vallejo, de *Los heraldos negros* a *Poemas humanos*, y, en Pablo Neruda, de *Residencia en la tierra* a *Canto general*.

Ciertamente, hay un conjunto nutrido de obras de literatura que abordan la situación de grupos usualmente olvidados, marginados o discriminados en las sociedades latinoamericanas. La situación vital de la mujer está representada en la obra poética de Gabriela Mistral, Alejandra Pizarnik, Victoria Ocampo o Alfonsina Storni. Los pueblos indígenas y su relación con el hombre blanco están retratados en novelas como *Huasipungo*, de Jorge Icaza; *Raza de bronce*, de Alcides Arguedas, y *El mundo es ancho y ajeno*, de Ciro Alegría. La lucha de los afroamericanos por su libertad y su identidad puede rastrearse en *El reino de este mundo*, de Alejo Carpentier; *Chambacú, corral de negros*, de Manuel Zapata Olivella; *El cimarrón*, de Miguel Barnett, o *Tambores en la noche*, de Jorge Artel. Las sexualidades diversas pueden leerse en obras como *Antes que anochezca*, de Reinaldo Arenas; *El beso de la mujer araña*, de Manuel Puig; *Cobra*, de Severo Sarduy y *Amora*, de Rosamaría Roffiel. Los movimientos estudiantiles tienen su expresión en *Los días y los años*, de Luis González de Alba; *La Noche de Tlatelolco*, de Elena Poniatowska, y *Amuleto*, de Roberto Bolaño.

Hay corrientes recientes, posteriores al *boom*, que abandonan deliberadamente la perspectiva regionalista y latinoamericanista, para formular otras propuestas narrativas. Se observan al menos dos vertientes. La primera asume su carácter de movimiento y, con el nombre de *postboom*, inicia a finales de la década de 1960 como una reacción frente al canon de la generación anterior y a sus excesos retóricos y políticos, se renueva en la última década del siglo XX con un escepticismo profundo frente a las ideologías, y continúa en la actualidad con reflexiones sobre la globalización, la migración y su impacto sobre la vida en las ciudades latinoamericanas y en el exilio. La segunda vertiente desconoce e incluso niega su carácter de movimiento, y está representada en un puñado de autores que reclaman, cada uno a su manera, su derecho a escribir sin presiones políticas o estéticas, y que rechazan la perspectiva localista, dramática o victimista en la escritura y el tono general de denuncia social en la literatura.

Finalmente, hay que mencionar tres obras literarias latinoamericanas del siglo XXI imprescindibles para acercarse a la realidad de estos pueblos y entender su particular relación con la cultura literaria occidental: *2666*, del chileno Roberto Bolaño, una libro inabarcable sobre la literatura como forma de vida, con el trasfondo de los feminicidios en Ciudad Juárez, en México; *La maravillosa vida breve de Óscar Wao*, de Junot Díaz, que recrea la dictadura de Leonidas Trujillo en República Dominicana y ofrece un retrato de la situación de los migrantes latinoamericanos en Estados Unidos; y *Una singularidad desnuda*, del colombiano

Sergio de la Pava, que muestra las deficiencias, contradicciones y el absurdo del sistema penal norteamericano.

Este amplio catálogo de obras literarias y de no ficción es un gran inventario de la realidad latinoamericana que abarca conflictos históricos, procesos sociales, choques culturales, evoluciones en el pensamiento y el sentimiento, testimonios de la vida común y, en general, una búsqueda de respuestas válidas a las grandes preguntas conscientes o inconscientes de estos pueblos: ¿qué somos?, ¿quiénes somos?, ¿hacia dónde vamos?³³⁸ En ese sentido, la literatura ha dejado registro también de la formación de los estados americanos, de la composición de las instituciones políticas y jurídicas, y del largo proceso de conquista de los derechos humanos.

Como en otras latitudes, la literatura en América Latina se ha constituido como un sistema de conformación del imaginario social y colectivo, de legitimación de los proyectos sociales y de formalización de las clases sociales emergentes en las nuevas naciones americanas³³⁹. La literatura, la política y el derecho han caminado siempre juntas y, en el caso específico latinoamericano, desde el siglo XIX han dado lugar a una retórica burguesa, republicana y liberal, central en los procesos de construcción de los estados nación³⁴⁰. Por todo lo anterior, resulta imprescindible conocer esos procesos para entender no solo el origen y el fundamento de los derechos humanos, sino su aplicación efectiva en una región marcada por problemas estructurales de conflicto y desigualdad social.

³³⁸ Julio Cortázar, "La literatura latinoamericana de nuestro tiempo", *Clases de literatura: Berkeley, 1980*, cit., pp. 283-284.

³³⁹ Ángel Rama, *La ciudad letrada*, Montevideo, Arca, 1998, pp. 31-41.

³⁴⁰ Farid Samir Benavides, "La subalternización a través del discurso jurídico: una visión desde una perspectiva decolonial", en *La constitución de identidades subalternizadas en el discurso jurídico y literario colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 40-41.

Conclusiones

El movimiento académico Derecho y Literatura, como se vio en este ensayo, ofrece muchos caminos de exploración intelectual y valiosos aportes para el estudio crítico del derecho. A continuación, se presentan las conclusiones de este ensayo a partir de los hallazgos puntuales en cada uno de los capítulos.

El primer capítulo permitió observar que cada tradición jurídica produce una teoría crítica que responde a sus falencias y necesidades. Mientras que, en la Europa continental, que tenía un fuerte paradigma legalista, afloró una crítica ideológica y política, en los países anglosajones, que daban mayor atención a los jueces y la decisión judicial, prosperaron el realismo jurídico y la sociología del derecho. Esas mismas diferencias se reflejan en los primeros autores que a principios del siglo XX buscaban el vínculo entre derecho y literatura.

Las intuiciones y reflexiones de los pensadores y juristas que mostraron ese vínculo tomaron dos tendencias definidas: un pragmatismo norteamericano, defendido por Wigmore y Cardozo, que recomendaba a los abogados y jueces interesarse en el derecho para entender mejor su profesión y pulir su estilo, y un idealismo europeo, presente en Pergolesi, D'Amato y Fehr, convencido de la capacidad de las ideas para moldear la sociedad que busca un objetivo más ambicioso, esto es, que los juristas, en el proceso de creación y aplicación del derecho, respondan siempre a los intereses sociales presentes en la literatura.

Estas tendencias, con distintas variaciones, marcarían el rumbo de los debates posteriores del movimiento académico.

En un segundo momento se produce una fase de transición que profundiza las distancias teóricas, pues en Europa se sigue una corriente más enfocada en resaltar la literatura como fuente del derecho vivo de los pueblos o sustrato de los valores sociales, mientras que en Norteamérica la tendencia consiste en resaltar la representación del derecho en las obras literarias y, a lo sumo, en cuestionar la rigidez de la enseñanza en las facultades de derecho. Quizá esta diferencia se explica en el hecho de que Europa tiene una historia antigua y, por lo tanto, una mayor conciencia sobre la evolución paralela y la influencia mutua de las ideas y las instituciones, como bien se advierte en la teoría de Fehr, que ve en la literatura medieval europea la base del derecho alemán, y la de Ossorio, que busca la fuente del derecho español en el Siglo de Oro. Es notable también que, en este periodo

histórico, a mediados del siglo, empezó a consolidarse el movimiento antiformalista, de modo que los escritos sobre derecho y literatura, al entrar en contacto con la sociología del derecho y el realismo jurídico, empezaron a perfilar con claridad un objeto de estudio.

Esto permitió que, a mediados de 1970, confluyeran un número significativo de juristas interesados en explorar las relaciones entre derecho y literatura, y proponer nuevas líneas de investigación. En Estados Unidos se conformó una verdadera escuela de pensamiento dedicada a analizar estas relaciones, si bien nunca hubo un programa acordado o un propósito común. Aunque tal vez no se ha investigado lo suficiente, es palpable la influencia de los *Critical Legal Studies* en el surgimiento del proyecto Derecho y Literatura, que desde sus comienzos ha cuestionado el carácter ideológico del discurso jurídico, como se observa en las obras de White y Weisberg. Es también notable la forma en que West anticipa y elabora los principales debates del movimiento y, sobre todo, la manera en que ha aplicado el análisis feminista del derecho, otra gran corriente de los estudios críticos, al movimiento académico para postular la distinción entre el hombre económico y la mujer literaria, y así demostrar que algunos grupos han sido excluidos de la comunidad textual. En cuanto a Fish, es posible ver en su propuesta del lector como el auténtico creador del sentido del texto, si bien en el marco de una comunidad interpretativa, un eco de la crítica de la adjudicación de Kennedy, que expone la sentencia judicial como una decisión política con una envoltura retórica bien elaborada. Por último, la lectura del movimiento como una empresa pedagógica le debe bastante a Nussbaum y Ward, que insisten en conectar el derecho con las humanidades.

Al final del capítulo se evidenció que, al ser un campo de estudios nacido en las facultades de derecho de Europa y Estados Unidos, el proyecto respondió a los debates específicos de esos contextos. Por ende, al haberse extendido a otras latitudes, como a América Latina, el movimiento ha entrado en contacto y ha influido en las discusiones jurídicas propias de la región. Es posible que la recepción tardía del proyecto se deba a que el derecho en el continente ha tenido que responder a fenómenos estructurales de pobreza, desigualdad y violencia, y que sus intérpretes han estado demasiado tiempo atrapados en la discusión del iusnaturalismo con el positivismo jurídico para consolidar una teoría jurídica crítica que conecte el derecho con otras disciplinas. Lo cierto es que hay un creciente interés en el movimiento que se refleja en la publicación de libros y revistas especializadas, creación de programas curriculares, y un número cada vez mayor de eventos académicos y estudiantes interesados.

En esta disertación se prefirió el enfoque tradicional que distingue dos formas de articulación, el derecho *como* literatura y el derecho *en* la literatura, por dos razones: en primer lugar, porque son las perspectivas que tienen un mayor desarrollo teórico y en las cuales el objeto de estudio está mejor definido, de modo que ofrecen más posibilidades de exploración; en segundo lugar, estos dos modos de articulación muestran los principales aportes o contribuciones del movimiento académico a los estudios críticos, a saber, la consideración del derecho como literatura acentúa la utilidad de los instrumentos de la crítica literaria para la interpretación jurídica, y el estudio del derecho en la literatura tiene el doble beneficio de promover la profundización ética del derecho por medio de la lectura de obras de ficción y de cuestionar el lugar que ocupa el derecho como relato social en una sociedad en la que circulan otros relatos.

El modo interpretativo de articulación responde a un cambio de paradigma en las ciencias sociales según el cual no hay un contenido objetivo discernible en los textos, sino que el contenido se construye mediante la interpretación. Al analizar las posibilidades de equiparar o asimilar la interpretación jurídica a la hermenéutica de la crítica literaria, se tomaron los trabajos de dos teóricos opuestos. Por una parte, Ronald Dworkin, quien considera que el derecho se construye como un conjunto sucesivo de proposiciones o una *novela en cadena* en la cual los creadores, al interpretar las normas de sus predecesores, deben garantizar la coherencia y la estabilidad del sistema jurídico global, con la salvedad de que, en los casos difíciles, pueden acudir a principios imperativos de justicia relevantes en la comunidad. Por otro lado, Richard Posner, quien niega la posibilidad de asimilar la interpretación literaria a la jurídica porque tienen objetivos diversos; en su concepto, las obras literarias tienen mensajes orientados a estimular al lector, y los textos jurídicos, por el contrario, tienen órdenes dirigidas a regular su comportamiento, de modo que esta diferencia entre órdenes y mensajes, que revela la naturaleza diversa de las disciplinas, no permite este puente a nivel hermenéutico. Posner, además, cuestiona la propuesta de Dworkin de acudir a principios morales imperativos, dado que en la filosofía política no hay nunca un consenso sobre los valores sociales predominantes; a su juicio, la trascendencia de la literatura para el estudio del derecho se limita a representar la condición humana en toda su complejidad.

Este debate en la filosofía del derecho refleja las discusiones similares que se han dado en el campo de los estudios literarios. En este trabajo se observó que las principales teorías jurídicas interpretativas reflejan las escuelas literarias según el

centro de gravedad que asignan al acto interpretativo. En concreto, el romanticismo, el nuevo criticismo y la estética de la recepción encuentran su reflejo natural en las teorías jurídicas del intencionalismo, el objetivismo y el realismo jurídico, respectivamente, en el ámbito de la interpretación. Sin duda, esta es una conclusión preliminar que requiere de un mayor desarrollo teórico, que podría ser investigada a profundidad en un trabajo posterior.

En atención a estos reflejos recíprocos, en la tercera parte de este capítulo se acudió a las teorías de la subjetividad que buscan el sentido del texto no en la intención del autor ni en la literalidad de la obra, sino en la facultad del lector de construir de creativamente su contenido. Estas teorías nacen en el contexto de la crisis de la autonomía del texto y de la pretendida neutralidad de los críticos literarios, en una época histórica que coincide con los estudios críticos del derecho y el posmodernismo en los estudios culturales. Se analizan cuatro corrientes. En la primera, la estética de la recepción, se señala que la relación del lector con la obra es dialógica y que, en ese diálogo, son fundamentales la experiencia y la expectativa del lector en el acto de interpretación. Se destaca entonces que el intérprete de la obra literaria es su protagonista, dado que es el responsable por la creación de los sentidos, si bien esa actividad tiene lugar en una comunidad interpretativa en la cual las palabras tienen un significado definido por la convención y la costumbre. Con esta claridad, se busca limitar la atribución de sentidos y prevenir un subjetivismo radical.

La segunda corriente es la teoría poética de la ansiedad de la influencia, que establece que las obras, sean o no literarias, se crean bajo la influencia de las obras que las preceden y son una respuesta creativa a esas obras. Todo texto sería el acto interpretativo de una obra anterior, que ha sido leída, analizada y transformada creativamente en un nuevo texto. Aunque el autor no lo dice expresamente, esta teoría permite leer la jurisprudencia constitucional como una producción sucesiva de sentencias dictadas bajo la influencia de fallos anteriores que crean o modifican líneas jurisprudenciales. La nueva decisión sigue la estela dejada por la anterior y, sin embargo, la disputa creativamente al extender su rango de aplicación y explorar nuevas vías interpretativas. Por otra parte, es un acierto de López Medina haber acudido a la teoría de Bloom para explicar la circulación de filosofía del derecho entre los países centrales y los países periféricos, y haber identificado los síntomas de esa influencia.

La tercera corriente es la teoría deconstructivista que exalta la plasticidad del derecho para imponerse socialmente a pesar de ser simplemente una fuerza

autorizada sin un sustrato objetivo. Para Derrida, en el fondo del derecho yace un vacío o un silencio profundo y resulta inútil buscar un fundamento. No obstante, considera que el derecho tiene capas textuales interpretables y que la labor del juez implica restaurar o reinventar la norma para el caso concreto. De esta corriente cabe destacar la invitación a abandonar definitivamente los modelos metafísicos y las teorías positivistas que insisten en buscar una regla fundamental que sustente todo el orden jurídico, e insistir en la necesidad de entender el derecho como una práctica discursiva con respaldo autorizado.

La teoría del acto colaborativo que expone Umberto Eco es de gran interés en el sentido en que tiende a agrupar corrientes que se consideran opuestas, al considerar que en el acto interpretativo puede aunarse la intención del autor, la intención de la obra tomada en su literalidad y la intención del lector. En concreto, señala que el texto no tiene un sentido en sí mismo, pero tampoco puede el intérprete asignar un sentido que altere completamente la obra. Por lo tanto, la interpretación vendría a ser un acto de colaboración del lector con el autor y con el texto en la definición de los significados posibles. Esta teoría es de interés para los juristas porque se acerca a una concepción integrativa u holística del derecho, que amplía la interpretación a distintas fuentes.

Quizá no se ha explorado lo suficiente la cercanía entre estos postulados y las líneas generales del realismo jurídico. Al dar protagonismo al intérprete en la atribución de sentido del texto, las teorías de la subjetividad se acercan a las reflexiones generales sobre el papel del juez en la adjudicación, en la cual, según el realismo jurídico, operan no solo las normas jurídicas, sino la política, la ideología y el carácter personal del decisor, de modo que la interpretación que tiene éxito es aquella que el juez logre imponer retóricamente. También es claro que las teorías subjetivas van más lejos aún que el realismo jurídico, al punto que parece difícil controlar la proliferación de sentidos del texto. En todo caso, el llamamiento a considerar la creatividad del intérprete puede ser beneficioso para los juristas que impulsan el uso alternativo del derecho, el activismo judicial, el litigio estratégico, y la práctica jurídica emancipatoria. Si se considera, con Bourdieu, que el derecho es un campo social de disputa de los significados de la ley, es preciso dar poder a los jueces como creadores.

El modo narrativo de articulación se ha dividido en dos componentes: en el primero, que se llama enfoque ético, se analizaron las propuestas que ven en la literatura una forma de mejorar la educación ética de los juristas a través de la exposición a obras literarias que tratan temas jurídicos; en el segundo, que se llama

enfoque retórico, se enfatizó el carácter discursivo del derecho y se estudiaron las implicaciones de asumir el derecho como un relato social.

Al abordar la literatura como un discurso ético-político, se exploró la posición de varios autores según la cual la literatura expone la forma en que el derecho trata cuestiones esenciales como la vida, la muerte, la guerra, la enfermedad e invita al lector a reflexionar y a posicionarse respecto de estas cuestiones. En especial, se acudió de forma inevitable a Martha Nussbaum, que, a partir de las reflexiones generales de Walt Whitman sobre la necesidad de una poesía pública y de la comprensión del derecho en las obras de Dickens, considera que el derecho no debe limitarse al pensamiento utilitarista que crea una falsa oposición entre la razón y las emociones y descalifica la emoción como algo inadecuado para la deliberación pública, sino que debe estar conectado con esas emociones y responder a ellas, pues son parte esencial de la vida humana que el derecho aspira a regular. En ese sentido, manifiesta que la lectura de textos literarios fortalece la capacidad de empatía en el lector frente a esas emociones, y que, en el caso de los jueces, es vital aprehender esta emoción, pues el intelecto es incapaz de discernir o de juzgar a menos que lo asista una vívida capacidad de imaginar la mejor solución posible. Nussbaum va más allá de la empatía y sugiere que la obra puede suscitar piedad o compasión, y que a través de esa emoción el espectador comprende que los infortunios de los personajes son ajenos a ellos y no han surgido por su culpa, de modo que adquiere una medida plena de la adversidad ajena, que es necesaria para la racionalidad social. Y, finalmente, para asegurar una imparcialidad del juez, propone la metáfora del espectador juicioso como una persona que muestra cierto equilibrio entre la identificación compasiva y la evaluación externa, y advierte que en todo caso la imparcialidad del juez no debe traducirse en una toma de distancia indiferente de la realidad social y el sufrimiento humano.

En esos términos, el llamado de Nussbaum a los juristas no es una invitación a ampliar su cultura o erudición mediante la lectura de los clásicos literarios, sino una verdadera exhortación a tomar siempre en consideración que tienen ante sí problemas humanos que requieren repuestas empáticas y compasivas. Su teoría resulta ineludible si se quiere superar una concepción del derecho que iguala formalmente a sus destinatarios, pese a las evidentes diferencias sustanciales en términos de clase, raza, sexo, origen o nacionalidad. Tener en cuenta estas particularidades, y darles voz a quienes han sido excluidos de la discusión pública, son componentes esenciales de una decisión justa.

En contraste, se discute la literatura como un ejercicio estético-individual sin pretensiones morales o políticas, que busca solo la satisfacción personal del creador literario. En un primer momento, se expuso la respuesta de Posner al planteamiento de Nussbaum, a saber, que la literatura busca una integridad entre los valores morales y los valores estéticos, pero no pretende ni tiene la capacidad de transformar a los seres humanos en mejores personas. Posner considera que la conexión del derecho y la literatura en el plano ético elimina la distinción entre la vida privada y la esfera pública, o confunde la estética con la moral, que son dos planos completamente ajenos. Esta discusión toma un cariz particular, que es la tensión entre la autonomía y compromiso en el arte. Los defensores del arte por el arte se complacen en buscar una obra que tenga un valor estético relevante, pretenden solo el crecimiento individual del creador y reclaman un espacio personal distanciado de una vida pública que consideran innoble y sucia. Por otra parte, están los inmersos en la historia, que entienden su labor como parte de un proceso social y político, y, por lo tanto, responden a él en sus obras literarias; son los escritores comprometidos con su tiempo, que hacen aportes al cambio social. El debate se presenta no como una simple curiosidad intelectual, sino como la contraparte literaria del debate jurídico sobre la profundización ética del derecho. Si se pretende que el derecho tome de la literatura su potencial ético, es necesario preguntarse si ese potencial existe y si es posible o deseable que lo tenga. La respuesta más o menos unánime es que la literatura no tiene una función especial y el escritor tiene plena libertad creativa, al margen de que los lectores encuentren en ella lecciones morales, políticas o revelaciones sobre la conducta humana.

El final del capítulo se dedica al componente retórico de la forma narrativa de articulación, que entiende el derecho como un discurso retórico o un relato social con unas características y unos fines específicos. Se trata de un relato que utiliza el lenguaje de manera persuasiva, como una forma de convencer al público de un mensaje determinado, y de forma afirmativa, en el sentido en que busca afirmar y promover los valores sociales que estima relevantes. Además, concibe el proceso de creación y adjudicación del derecho como una compleja narración en la cual intervienen diversos actores que se enfrentan o tranzan sus posiciones frente al sentido de los textos. El proceso judicial, en especial, sería una puesta en escena con relatos enfrentados y disociados cuya función primordial es dotar de coherencia y racionalidad al derecho. Con base en la teoría de Santos, se encontró que la retórica del derecho es uno de sus componentes estructurales, al lado de la burocracia y la violencia, y que es esencial para la justificación e imposición de los demás componentes.

Esta consideración del derecho como un artefacto narrativo tomó la forma de un cuestionamiento general del carácter político e ideológico del derecho. En línea con la teoría del lugar de enunciación de los estudios decoloniales y en diálogo con autores de la tradición marxista sobre el concepto de ideología, se reflexionó sobre la naturaleza política del derecho y sobre su legitimación por medio de un discurso universal, objetivo y apolítico que tiende a igualar a sus destinatarios y a desconocer las diferencias entre ellos, pese a que la realidad material las hace evidentes. Esto se entiende como una operación ideológica en la cual se sustenta buena parte de la legitimidad del derecho. Se evidenció también que el carácter político es palpable en el derecho constitucional, que utiliza como sinónimos disposiciones con distintos grados de juridicidad: los principios y los valores. Para intentar evidenciar los principios políticos que configuran la ideología jurídica, se hizo un repaso de los rasgos comunes de las constituciones latinoamericanas del siglo XXI, que, en palabras de García, tienen una clara tendencia al maximalismo y a lo aspiracional. Se concluyó que los principios predominantes son: el liberal, el democrático, el social, el multicultural y el neoliberal, y que la suerte de las constituciones depende de las tensiones, acuerdos y equilibrios sociales sobre tales principios.

Por otra parte, la consideración del derecho como un relato social habilitó la pregunta por los otros relatos que circulan en la sociedad. Así, se encontró en esta posición una fuerte cercanía con el pluralismo jurídico, en la medida en que este, como teoría crítica del derecho, postula la coexistencia de órdenes normativos en un mismo espacio geopolítico. La proliferación de relatos es, también, la proliferación de sistemas reglados que disputan al derecho estatal su centralidad en la producción normativa, la resolución de los conflictos y, sobre todo, el monopolio de las vías de protección y defensa de los derechos. En este punto de conexión entre derecho y literatura y pluralismo jurídico se abren nuevos caminos para los objetivos de emancipación de la teoría crítica.

La literatura aparece, entonces, como un instrumento que permite mostrar el lugar de enunciación que ocupan las narraciones sociales como el derecho, es decir, el espacio epistemológico desde el cual el derecho produce, interpreta y aplica las normas jurídicas, y desde el cual se impone y busca su legitimidad. A manera de ejemplos de la disputa del relato social a través de la literatura, se refirió la apropiación plebeya del derecho por parte de Quintín Lame y su cuestionamiento del orden jurídico como un sistema que puede reproducir y encubrir intereses de clase y prejuicios de raza, y se comentó la obra central de García Márquez, que se concibió como una disputa narrativa del derecho en el terreno de la memoria

histórica y la responsabilidad estatal. Hizo falta contar con mayor espacio para explorar las relaciones entre derecho, literatura y memoria histórica como campos de disputa del relato social. Hay ahí una posible línea de investigación que podría explorarse en trabajos posteriores.

En el tercer y último capítulo se propuso demostrar que las dos maneras de articular el derecho y la literatura, antes estudiadas, contribuyen a la crítica, la interpretación y la enseñanza de los derechos humanos en América Latina.

En la primera se analizaron los modelos teóricos que explican el origen de los derechos humanos, bien situando su origen en el medioevo o la modernidad, y los sistemas filosóficos y políticos que dan cuenta del problema general de la fundamentación de los derechos humanos. En ese breve recorrido se pudo observar que esta fundamentación tiene un marcado carácter metafísico, que sitúa el fundamento de los derechos en el orden divino, en la naturaleza, en la dignidad humana, en la historia o en la ideología, pero siempre se resiste a considerar que no existe un fundamento alguno. Se muestra cómo la teoría fue avanzando hacia posiciones posmetafísicas que asumieron los derechos como creaciones culturales y políticas que se construyen dialógicamente, y que tienen fuerte arraigo en las emociones humanas. Luego se demostró que el principio de universalidad de los derechos humanos ha sido esencial en la tradición jurídica occidental, y se mostraron las críticas a este principio, desde adentro y desde afuera de occidente. En general, se consideró que el discurso de los derechos humanos, al defender con vehemencia esta universalidad con el argumento de que lo contrario sería un peligroso relativismo cultural, está negando la posibilidad de un diálogo franco con otros discursos que pueden y necesitan ser escuchados, y, con ello, está imponiendo un orden universal de manera forzosa e ilegítima. Con base en propuestas surgidas de América Latina y otros países del Sur global, se propone pasar de la universalidad de los derechos humanos hacia un dialogo multicultural abierto y horizontal.

En la segunda parte se hizo un breve recorrido por la historia de la literatura con el propósito de mostrar que en todas las épocas se han creado obras de ficción que tratan sobre problemas jurídicos, dado que los conflictos de los seres humanos son el sustrato de la literatura. Cada época histórica revela un problema jurídico particular, pues, así como la tragedia antigua se ocupa del conflicto entre la ley natural y la ley positiva, el drama moderno enfrenta al hombre con el estado y su burocracia judicial. Por lo tanto, se evidencia que la literatura se despliega paralelamente a las instituciones políticas y jurídicas que le sirven de marco y de

contexto. Al analizar la expresión del derecho en las principales obras jurídicas, se prestó especial atención a la novela realista por ser el subgénero literario que más cercanía presenta para el estudio o la crítica del derecho. La escogencia exclusiva de obras de la tradición literaria occidental se hizo de forma deliberada con el propósito de criticar, al final del capítulo, la existencia de un canon occidental propuesto como el parámetro más alto para evaluar la cultura y la producción de conocimiento. En cambio, se mostraron las contradicciones de la teoría que defiende el supuesto canon, y se propuso considerar las literaturas de otras tradiciones y otras culturas.

Esta consideración entronca con lo que se denominó el giro de Calibán o un cambio de perspectiva epistemológica propuesto hace décadas por la teoría literaria y los estudios culturales, pero solo asimilado hace pocos años por la teoría jurídica. Esta mirada hacia el Sur global se justifica por la necesidad de observar los fenómenos políticos y jurídicos como parte de un proceso largo de adopción y transformación de modelos gestados en otros contextos, bajo otras condiciones, y trasplantados a los países periféricos como parte de una estrategia general de modernización, racionalización y colonización. De igual forma, el cambio de foco hacia América Latina es necesario para evaluar las posibilidades de aplicación o la eventual prosperidad de un movimiento que se gestó en las academias europeas y norteamericanas, y respondió de forma contextual a las discusiones de esos ámbitos. Se aclaró que no se adopta una posición monolítica o esencialista que agota a América Latina o a Occidente en espacios geográficos, sino que se acude a las nociones más generales del Norte y el Sur globales, que hacen referencia a los espacios políticos y sociales que están dentro o fuera de los beneficios de la globalización.

Finalmente, a la manera del recorrido del canon occidental, se hizo un breve recorrido por algunas obras de la literatura latinoamericana que permiten un entendimiento de los derechos humanos en la región. Se escogieron de forma deliberada tanto obras de los conquistadores españoles como obras de raíz indígena, con el fin de mostrar diversas formas de entender los derechos y, sobre todo, el conflicto y la contradicción inherente a los derechos humanos. Se hizo una corta reflexión sobre las novelas producidas durante el llamado boom latinoamericano, que, al haberse enfocado en buena parte a criticar la figura del dictador o el caudillo, abrieron discusiones sobre las dictaduras, las guerras de independencia y las guerras civiles en América Latina, así como advirtieron sobre los riesgos de un populismo desmesurado que amenace el ejercicio de los derechos humanos. Se prestó especial atención a Borges y a Cortázar por su relevancia en la

literatura regional, y mundial, y porque cada uno a su manera abre el espacio para un diálogo sobre los derechos humanos. Y por último se mostraron las nuevas tendencias de la literatura en la región y la forma en que abordar problemas jurídicos del mundo contemporáneo.

La conclusión general es que las dos formas de articulación del derecho y la literatura contribuyen a ampliar y a desarrollar la teoría jurídica en América Latina en tres puntos: la interpretación, la enseñanza y la crítica del derecho.

El derecho *como* literatura permite leer este movimiento académico como una empresa interpretativa apoyada en las teorías hermenéuticas de la literatura para iluminar el fenómeno interpretativo en el derecho. La teoría jurídica ha incorporado a sus análisis el giro interpretativo de las ciencias sociales y, en ese sentido, ha formulado modelos sofisticados y eficaces de interpretación de las normas jurídicas, sistemas de ponderación de derechos, y propuestas para organizar la argumentación en las decisiones judiciales. Por lo tanto, no parece posible que la teoría literaria pueda ofrecer modelos interpretativos a una disciplina con tal nivel de desarrollo conceptual. Sin embargo, el mayor aporte de la teoría literaria en el campo hermenéutico proviene de las teorías de la subjetividad, que, al asignar un lugar central al lector y al contexto en que se lee, actúan, a la manera del realismo jurídico, como una sociología del derecho que permite analizar la adjudicación desde afuera y pronosticar sus decisiones futuras; y, por otra parte, invitan a garantizar un mayor espacio creativo e interpretativo a los jueces, que a partir de posiciones progresistas y afines a los derechos pueden desarrollar el potencial liberador del derecho.

El derecho *en* la literatura, en su enfoque narrativo, permite ver el movimiento académico como una empresa esencialmente pedagógica, dado que anima a los juristas, profesores y estudiantes de derecho a acercarse a la literatura con el fin de obtener distintos beneficios: entender mejor los problemas jurídicos, reflexionar acerca de los principios y valores sociales que el derecho persigue, cultivar un pensamiento abierto a la diferencia y sensible a la diversidad, aprender una escritura fluida y efectiva, y desarrollar tolerancia y aceptación hacia la ambigüedad e incertidumbre del derecho. Con estos objetivos, hace un aporte decisivo a la enseñanza del derecho y, desde luego, a la enseñanza y el aprendizaje de los derechos humanos en América Latina.

Por último, en su enfoque retórico presenta el proyecto académico como una empresa crítica en la medida en que cuestiona la centralidad y la autoridad del

derecho como relato social. Esta perspectiva crítica no se limita a señalar al derecho como una especie de aparato de encubrimiento de la realidad social o como una simple expresión de la ideología de la clase dominante para hacer creer a los gobernados que tienen derechos cuando, en realidad, no los tienen. Por el contrario, señalar que el derecho es un relato social es otra manera de manifestar que es un campo social en el cual interactúan fuerzas sociales y políticas que se enfrentan, con niveles desiguales de poder, en la apropiación del sentido y significado de los textos, o, dicho de otra forma, que se enfrentan por hacer prevalecer su propia interpretación del derecho. Hablar de relato permite mostrar con mayor claridad el carácter discursivo del derecho, pues es la retórica la que construye la legitimidad, organiza los procedimientos y las formas, y justifica el uso de la fuerza cuando las reglas son incumplidas.

Los derechos humanos requieren ser interpretados, enseñados y criticados. La interpretación es necesaria porque las normas de derechos humanos, como todas las normas, son abiertas, imprecisas y ambiguas, y exigen creatividad y esfuerzo intelectual para hacerse realidad. La enseñanza es necesaria porque la educación jurídica y la conformación de una cultura de derechos humanos es la precondition de su respeto y garantía, y el requisito para contar con los jueces progresistas y humanistas que se esperan de una sociedad. Por último, la crítica es necesaria porque los derechos humanos, antes que ser universales, son creaciones profundamente contextuales que pueden ser tanto una forma de control político como un instrumento de liberación. En América Latina, sobre todo, esta crítica es importante para avanzar hacia un diálogo abierto y multicultural sobre qué son los derechos humanos en esta parte del mundo. Y para lograr esos tres propósitos, la literatura es una herramienta esencial.

Bibliografía

Aarnio, Aulis, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social: ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. P. Larrañaga, México, Fontamara, 1995.

Abeysekera, Sunila, “The High Commissioner’s promotion of universality of human rights”, Gaer, Felice & Broecker, Christen (eds.), *The United Nations High Commissioner for Human Rights: Conscience for the World*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014.

Abrams, M. H., *A Glossary of Literary Terms*, 7th ed., Boston, Heinle & Heinle, 1999.

Acosta Torres, Giovanny, *Franz Kafka y el derecho*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

Adorno, Theodor W., *Teoría estética*, trad. J. Navarro, Madrid, Ediciones Akal, 2004.

Aguiar e Silva, Joana, *A prática judiciária entre direito e literatura*, Coimbra, Almedina, 2001.

Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trad. P. Rodríguez y J. Seoane, Granada, Comares, 2005.

— *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Alpa, Guido, “Law & Literature: un inventario di questioni”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, Padova, 1997.

Anderson, Terence, Schum, David & Twining, William, *Analysis of Evidence*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Arango, Rodolfo, *Los derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de justicia y paz*, Bogotá, Norma, 2008.

— “La objetividad de los derechos fundamentales”, *Primer Congreso Internacional de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 31 de agosto a 2 de septiembre de 2006.

Ariza, Libardo & Bonilla, Daniel, “El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, Merry, Sally Engle, Griffiths, John & Tamanaha, Brian, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2007.

Arsuaga, Teresa, *Derecho y Literatura: James Boyd White y Richard H. Weisberg. Dos modelos de crítica literaria aplicada al derecho*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

— “Derecho y Literatura: Origen, Tesis Principales y Recepción en España”, *Working Papers*, AJ8-157, IE Law School, 2009.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217A (III), 10 de diciembre de 1948.

— *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 25 de junio de 1993.

— *Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*, 73º periodo de sesiones, A/73/227, 25 de julio de 2018.

Ascarelli, Tullio, “Antigone e Porzia”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXII, 1955.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

Atienza, Manuel & Manero, Juan Ruiz, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 1991.

Balkin, Jack, “The Domestication of Law and Literature”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 286, Yale School of Law, 1989.

Barthes, Roland, *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y de la escritura*, trad. C. Fernández, 2ª. ed., Barcelona, Paidós, 1994.

Bauer, Bruno & Marx, Karl, *La cuestión judía*, Barcelona, Anthropos, 2009.

Bellu, Petre, *El defensor tiene la palabra*, trad. P. Salazar, 2ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2010.

Benavides, Farid Samir (coord.), *La constitución de identidades subalternizadas en el discurso jurídico y literario colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008.

Ben-Yishai, Ayelet, "Teaching Legal Realism: A Senior Seminar on the Realist Novel and the Law", Sarat, Austin, O. Frank, Cathrine & Anderson, Matthew (eds.), *Teaching Law and Literature*, New York, Modern Language Association, 2011.

Bermejo, José Luis, *Derecho y pensamiento político en la literatura española*, Madrid, Feijóo, 1980.

Bevere, Antonio, *La giustizia in prosa e in versi. Antologia ragionata*, Ancona, Nuove Ricerche, 1996.

Bloom, Harold, *The Anxiety of Influence. A Theory of Poetry*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1997.

— *El canon occidental*, trad. D. Alou, Barcelona, Anagrama, 1997.

— *Kabbalah and Criticism*, New York, Seabury Press, 1975.

Bobbio, Norberto, "Presente y futuro de los derechos del hombre", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, 1981.

Bonilla M., Daniel, "Justicia y derecho. El engaño y la justicia de Selb", *Precedente. Anuario Jurídico*, 2005.

— "Kafka y la ley: Una visión del mundo jurídico a través de la literatura", *Revista de Derecho Privado*, 14, 1994.

Borges, Jorge Luis, *Fervor de Buenos Aires*, Buenos Aires, Emecé, 1970. "

— "Lunes, 22 de julio de 1985", *El País*, 10 de agosto de 1985.

Borges, Jorge Luis & Montenegro, Néstor J., *Diálogos (II)*, Buenos Aires, Nemont 1983.

Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Botero Bernal, Andrés, "El Quijote y el derecho: las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 20, 2009-II.

— "Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso", *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, 2, 2007.

Bourdieu, Pierre, *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, trad. T. Kauf, 5ª ed., Barcelona, Anagrama, 2011.

— "Elementos para una sociología del campo jurídico", Bourdieu, Pierre & Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*, trad. C. Morales, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2005.

— "El campo literario. Prerrequisitos críticos y principios de método", trad. D. Navarro, en *Criterios*, 25-28, La Habana, enero de 1989 - diciembre de 1990.

Boyd White, James, *The Legal Imagination*, Chicago, The University of Chicago Press, 1973.

— "The Cultural Background of *The Legal Imagination*", Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson (eds.), *Teaching Law and Literature*, New York, Modern Language Association, 2011.

— "What Can A Lawyer Learn from Literature?", *Harvard Law Review*, 102-8, 1989.

— "Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life", *The University of Chicago Law Review*, 52, 3, Summer 1985.

Broekman, Jan M., *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*, trad. H. Lindahl y P. Burgos, Bogotá, Temis, 1997.

Brooks, Peter, "Law, Literature: Where Are We?", Austin Sarat, Cathrine O. Frank & Matthew Anderson (eds.), *Teaching Law and Literature*, New York, Modern Language Association, 2011.

Brown, Wendy & Williams, Patricia, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2003.

Bruner, Jerome, *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

Buis, Emiliano J. (coord.), *Derecho griego antiguo*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2017.

Buitrago Cuéllar, Rafael, *Estudio criminológico sobre Fiodor M. Dostoyevski*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1965.

Bulygin, Eugenio, "Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos", *Doxa*, 4, 1987.

Bürger, Peter, *Teoría de la vanguardia*, 3ª ed., trad. J. García, Barcelona, Península, 2000.

Cadena Rivera, Juliana, *Jurista: El caballero de la utopía. Literatura y ley*, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

Caicedo M., Juan Pablo, "El imperio de la interpretación: Aportes de la teoría literaria contemporánea y la interpretación del derecho como integridad de Ronald Dworkin", *Vniversitas Estudiantes*, 6, 2009.

Calvo G., José, *La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho*, Granada, Comares, 2018.

— *El escudo de Perseo. La cultura literaria del derecho*, Granada, Comares, 2013.

— *Borges en el espejo de los juristas. Derecho y literatura borgeana*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

— *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

— “Desde una encrucijada junto a Borges: Sobre ciencia jurídica y producción normativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 2016.

— “*Constitutional law* en clave de teoría literaria. Una guía de campo para el estudio”, Zulmar Fachin (ed.), *Estudos de Direito constitucional*, Curitiba, Juruá, Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público, 2009.

— “Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio”, Virgilio Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, t. II, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2002.

Cançado Trindade, Antônio A., “Voto razonado”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

— “Voto razonado”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124.

Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2009.

Cárcova, Carlos María, “Cine, ficciones y derecho” *Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, 2000.

— “Derecho, literatura y conocimiento” *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1999-2000.

Cardozo, Benjamin N., “Law and Literature”, *Yale Law Review*, 14, 1925.

Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.

Castro-Gómez, Santiago, *Crítica de la razón latinoamericana*, 2ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011.

Cattaneo, Mario, *Suggestioni penalistiche in testi letterari*, Milano, Giuffrè, 1992.

— *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. Illuminismo e Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 1987.

— *L'Illuminismo giuridico di Alessandro Manzoni*, Sassari, Università degli Studi di Sassari, 1985.

Cavalaglio, Lorenzo, "Literature vs. Economics, ovvero Richard Posner e l'analisi giusletteraria", *Vita Notarile*, 39-1, 1998.

Cavallone, Bruno, "Non siete che un mazo di carte! Lewis Carroll e la teoria del processo", *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, Cedam, 1991.

Celemín Santos, Víctor, *El Derecho en la literatura medieval*, Barcelona, Bosch, 1996.

Coaguila Valdivia, Jaime, "¡Cuidado con el romanticismo jurídico! Algunas observaciones acerca de la idea romántica del texto literario patrocinada por el denominado movimiento *Derecho y Literatura* en el Perú", *Revista de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María*, 2008.

Coaguila Valdivia, Jaime, *El otro corazón del derecho*, Arequipa, Cascahuesos, 2011.

Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, 16, 2002.

Constitución de la República del Ecuador, entrada en vigor el 20 de octubre de 2008.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, entrada en vigor el 7 de febrero de 2009.

Contreras, Carlos A., "Literatura y Derecho en Jacques Derrida", *Ideas y Valores*, LXII, 152, agosto de 2013.

Correas, Óscar, "Los derechos humanos. Entre la historia y el mito I", *Crítica Jurídica*, 25, julio-diciembre de 2006.

Cortázar, Julio, *Clases de literatura: Berkeley, 1980*, Buenos Aires, Alfaguara, 2013.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita.

Cosentino, Fabrizio, "Law and Literature: bagliori italiani", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1, Bologna, 1996.

— "Analisi giuridica della letteratura. L'esperienza italiana", *Quadrimestre. Rivista di Diritto Privato*, 3, Milano, 1993.

D'Amato, Antonio, *La letteratura e la vita del diritto*, Milano, Ubezzi & Dones, 1936.

Darío, Rubén, "El triunfo de Calibán", Gullón, Ricardo, *El Modernismo visto por los modernistas*, Barcelona, Labor, 1980.

De Aguas Urrea, David, "El delito emocional en Colombia", *Revista Justicia*, 11, Universidad Simón Bolívar, 2006.

De Narváez, Santiago A., "'El mundo de mierda en el que estamos es obra del Hombre Blanco': Juan Cárdenas", *Pacifista*, 4 de febrero de 2020.

Derrida, Jacques, *Writing and Difference*, Chicago, University of Chicago Press, 1978.

— "Fuerza de ley: El «Fundamento místico de la autoridad»", trad. A. Barberá y A. Peñalver, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 1992.

Dezalay, Yves & Garth, Bryant, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia de abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos*, trad. A Barreto, Bogotá, ILSA, 2002.

Díez Gargari, Rodrigo, "Dejemos en paz a la literatura", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 29, 2008.

Dobson, Michael & Wells, Stanley (ed.), *The Oxford Companion to Shakespeare*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Dorantes, Francisco J., "Derecho y literatura. Una reflexión desde el lenguaje jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXVI, 266, julio-diciembre 2016.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992.

— *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

— *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

— “Cómo el derecho se parece a la literatura”, H.L.A. Hart y R. Dworkin, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, trad. M. Holguín, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997.

— “Law as Interpretation”, *Critical Inquiry*, 9-1, 1982.

Eagleton, Terry, *Ideología. Una introducción*, trad. J. Vigil, Barcelona, Paidós, 1997.

Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, trad. H. Lozano, Barcelona, Lumen, 1992.

— *El péndulo de Foucault*, trad. R. Pochtar, Barcelona, Lumen, 1989.

Ehrlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913.

Erlil, Astrid, *Memoria colectiva y culturas del recuerdo*, trad. J. Córdoba y T. Louis, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Espinosa Pérez, Beatriz, “Narraciones en el campo jurídico”, *Vniversitas*, 108, 2004.

Estrada Vélez, Sergio, “La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41, 114.

Falcón y Tella, María José, *Derecho y Literatura*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

Falconí, Diego (dir.), “Dossier: Derecho y Literatura en América Latina”, *Iuris Dictio*, 18, Quito, Universidad San Francisco, 2016.

Fanon, Frantz, *Piel negra, máscaras blancas*, trad. A. Abad, Buenos Aires, Abraxas, 1973.

Fehr, Hans, “Die Dichtung des Mittelalters als Quelle des Rechts”, Bussmann, K. & Grass, N. (hrsg.), *Festschrift für Karl Haff*, Innsbruck, Universitätsverlag Wagner, 1950.

— Die Dichtung im Recht", *Kunst und Recht*, Bern, 3, 1936.

— "Das Recht in der Dichtung", *Kunst und Recht*, Bern, 2, 1931.

Fernández Retamar, Roberto, *Todo Calibán*, Bogotá, ILSA, 2005.

Fernández, José M., "Ideología «brumarista» y Napoleón Bonaparte", *El Basilisco*, 17, 1994.

Fina, Albert, *Justicia y literatura*, Barcelona, Bosch, 1993.

Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, trad. M. Martínez, Madrid, Trotta, 1998.

Fish, Stanley, *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

— *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1989.

— "Response: Interpretation Is Not a Theoretical Issue", *Yale Journal of Law & the Humanities*, 11, 2, Summer 1999.

— "¿Hay un texto en esta clase?", Palti, Elías José (ed.), "*Giro lingüístico*" e historia intelectual, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 1998.

— "Will the Humanities Save Us?", *The New York Times*, January 6, 2008.

Fitzpatrick, Peter & Darian-Smith, Eve, *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1999.

Franzen, Jonathan, "Perchance to Dream. In the Age of Images, a Reason to Write Novels", *Harper's*, April 1996.

Fuller, Edmund, *Law in Action: An Anthology of the Law in Literature*, New York, Crown Publishers, 1947.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, trad. A. Aparicio y R. de Agapito, 8ª ed., Salamanca, Sígueme, 1999.

Gallo, Rosana, *Derecho y Literatura en la Antigua Grecia: El derecho natural, positivo, Mercantil, Civil y Procesal desde sus comienzos hasta nuestros días*, Buenos Aires, Dunken, 2017.

García Calderón, Francisco, *Las democracias latinas de América*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1979.

García Márquez, Gabriel, *Cien años de soledad*, Barcelona, Random House, 2017.

García Villegas, Mauricio, *Sociología y crítica del derecho*, México, Fontamara, 2010.

— “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 29, 2013-I.

Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes, *Direito & literatura. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*, Curitiba, Juruá, 2002.

González Marín, Carmen, “Presentación”, Jacques Derrida, *Márgenes de la filosofía*, trad. C. González Marín, Madrid, Cátedra, 1994.

Gratius, Susanne, “La ‘tercera ola populista’ de América Latina”, Madrid, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, octubre de 2007.

Griffiths, John, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, Merry, Sally Engle, Griffiths, John & Tamanaha, Brian, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2007.

Haberle, Peter, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, trad. E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000.

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*, trad. M. Jiménez, Buenos Aires, Taurus, 1999.

Halbwachs, Maurice, *La memoria colectiva*, trad. I. Sancho, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004.

Hart, H.L.A., *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2000.

— *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

Hiley, David R., *The Interpretive Turn: Philosophy, Science, Culture*, Ithaca, Cornell University Press, 1991.

Hirsch, F. D., *Validity in interpretation*. New Haven, Yale University Press, 1967.

Ibáñez C., Gustavo, *Abogados. De esto y aquello, de la abogacía, la literatura y el derecho*, Bogotá, Ibáñez, 2010.

— *La picaresca jurídica universal*, Bogotá, Ibáñez, 2000.

Ignatieff, Michael, *Human Rights as Politics and Idolatry. The Tanner Lectures 1999*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

Jameson, Fredric, *El giro cultural. Escritos seleccionados sobre el posmodernismo 1983-1998*, trad. H. Pons, Buenos Aires, Manantial, 1999.

Jaramillo et. al., Juan F., *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018.

Jauss, Hans Robert, *La historia de la literatura como provocación*, trad. J. Godo y J. L. Gil, Madrid, Gredos, 2013.

— *Experiencia estética y hermenéutica literaria*, trad. J. Siles y E. Fernández, 2ª ed., Madrid, Taurus, 1992.

Jelin, Elizabeth, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

Jiménez, Manuel de J. & Caballero, Rafael, “El movimiento derecho y literatura: Aproximaciones históricas y desarrollo contextual”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXV, 263, julio-diciembre 2016.

Kant, Immanuel, *Crítica del discernimiento*, trad. R. Aramayo y S. Mas, Madrid, Alianza, 2012.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, México, Universidad Autónoma de México, 1982.

— “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, trad. E. Bulygin, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961.

Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. D. López y J. Pombo, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1999.

Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. A. Contín, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

Laclau, Ernesto, *La razón populista*, trad. S. Laclau, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

Leal Buitrago, Francisco, “La doctrina de Seguridad Nacional: materialización de la Guerra Fría en América del Sur”, *Revista de Estudios Sociales*, No. 15, Bogotá, Universidad de los Andes, junio de 2003.

Lemaitre, Julieta, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009.

León, Leysser, “Derecho y literatura: la cultura de los juristas y la llamada jurisprudencia literaria”, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 2004.

Lethem, Jonathan, “The Ecstasy of Influence”, *Harper's*, February 2007.

London, Ephraim, *The World of Law. A Treasury of Great Writing about and in the Law, Short Stories, Plays, Essays, Accounts, Letters, Opinions, Pleas, Transcripts of Testimony*, 2 vol., New York, Simon & Schuster, 1960.

Londoño Hidalgo, Julio, *Literatura y ley. Reflexión sobre la teoría del estado, derecho constitucional y las instituciones políticas en la obra de Gabriel García Márquez*, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*, Bogotá, Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Legis, 2004.

— *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2001.

Magris, Claudio, *Literatura y derecho. Ante la ley*, Madrid, Sexto Piso, 2008.

Malaurie, Philippe, *Droit et Littérature. Une Anthologie*, Paris, Cujas, 1997.

Mannoni, Octave, *Psychologie de la colonisation*, Paris, Seuil, 1950.

Marí, Enrique, “Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 1998.

Martínez, Faustino, “Derecho común y literatura: dos ejemplos de los siglos XVI y XVII”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 17, 2005.

— “Derecho y literatura: Rabelais o la formulación literaria de un nuevo camino jurídico”, *Quaderni Fiorentini*, 32, 2003.

Marx, Karl, *La ideología alemana*, 5ª ed., trad. W. Roces, Barcelona, Grijalbo, 1974.

Mascitti, Matías, “El abogado y su obra artística”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 5, diciembre de 2017.

— “El universo de Borges y el mundo jurídico”, *Investigación y Docencia*, 50.

Medellín F., Carlos, *Introducción a la estética del derecho*, Bogotá, Universidad Central, 2011 (1955).

Mejía Quintana, Oscar, “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación”, Númas Gil (comp.), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Bogotá, Ibáñez, 2006.

— “El origen constituyente de la crisis política en Colombia”, Mason, Ann & Orjuela, Luis Javier (eds.), *La Crisis Política Colombiana*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2003.

Mignolo, Walter, *El lado más oscuro del renacimiento: Alfabetización, territorialidad y colonización*, trad. C. Gnecco, Popayán, Universidad del Cauca, 2016.

Mondolfi, Edgardo (ed.), "Derecho y Literatura", *Cuadernos Unimetanos*, Caracas, Universidad Metropolitana de Venezuela, 2016.

Moore, Michael S., "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?", *Stanford Law Review*, 41, April 1989.

Moreso, José Juan, "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", *Isonomía*, 19, 2003.

Moro, Oscar & González, Manuel, "El Arte por el Arte: Revisión de una teoría historiográfica", *Munibe (Antropología-Arkeología)*, 57, San Sebastián, 2005.

Mouffe, Chantal, *For a Left Populism*, London, Verso, 2018.

Nietzsche, Friedrich, *La voluntad de poder*, trad. A. Froufe, Madrid, Edaf, 2000.

Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1999.

Núñez Uribe, Andrea, *Derecho y literatura: Debates contemporáneos sobre la interpretación*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

Nussbaum, Martha C., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Buenos Aires, Katz, 2010.

— *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1995.

— *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, trad. C. Gardini, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1997.

Orjuela, Luis Javier, *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

Orler, José, "El Proceso Judicial según Jorge Luis Borges", *Crítica Jurídica*, 35, enero-junio de 2013.

Ossorio Morales, Juan, *Derecho y literatura*, Granada, Universidad de Granada, 1949.

Ost, François, *Raconter la Loi. Aux Sources de L'Imaginaire Juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004.

— “El Reflejo del Derecho en la Literatura”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2006.

— “Tiempo y Contrato. Crítica del Pacto Fáustico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002.

Paramio, Ludolfo, “Giro a la izquierda y regreso del populismo”, *Nueva Sociedad*, 205, Buenos Aires, Friedrich Ebert Stiftung, septiembre-octubre de 2006.

Pascual, Arturo M., *El lector de Jorge Luis Borges*, Barcelona, Océano, 2000.

Pérez Lledó, Juan, “Teorías críticas del derecho”, en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

Pérez Luño, Antonio E., *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

— *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1998.

Pérez Vásquez, Carlos, “Interpretation, poetry and the law”, *Mexican Law Review*, 1, 2008.

— “Los temas penales y la literatura”, Sergio García R. (coord.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Temas penales diversos*, México, Universidad Autónoma de México, 2007.

— “Derecho y literatura”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 24, 2006.

Pergolesi, Ferruccio, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna e teatrale*, Bologna, Zuffi, 1956.

— “Il diritto nella letteratura”, *Archivio giuridico*, Modena, XCVII, 1, 1927.

Piglia, Ricardo, “La memoria ajena”, *El Malpensante*, 55, junio de 2004.

Posner, Richard A., *Law & Literature*, 3rd ed., Cambridge, Harvard University Press, 2009.

Posner, Richard, Landes, William M. & Kelman, Mark G., *Análisis económico del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2011.

Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, trad. F. Forn, Barcelona, Paidós, 2002.

Quintín Lame, Manuel, *Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas*, Cali, Editorial Universidad del Cauca, 2004.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2010 (1951).

Rajagopal, Balakrishnan, *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, trad. C. Morales, Bogotá, ILSA, 2005.

Rama, Ángel, *La ciudad letrada*, Montevideo, Arca, 1998.

Ramírez, Sergio, "Los monstruos de la razón. En diálogo con *El reino de este mundo* y *El siglo de las luces*, de Alejo Carpentier", *Nueva Sociedad*, 238, marzo-abril de 2012.

Raphael de la Madrid, Lucía, *Género y literatura. Hacia una perspectiva otra del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

Rebuffa, Giorgio, "Il Trionfo del Codice Civile della Testimonianza di Honoré de Balzac", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXII- 1, 1992.

Reich, Charles A., *The Greening of America*, New York, Three Rivers Press, 1995 (1970).

— "Toward the Humanistic Study of Law", *Yale Law Journal*, 74, 1965.

Rey Ríos, Roberto, *Goethe y el Derecho Romano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960.

Reyes Mate, Manuel, *Medianoche en la historia*, Madrid, Trotta, 2006.

Ricoeur, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, trad. A. Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

— *Ideología y utopía*, trad. A. Bixio, Barcelona, Gedisa, 1997.

— *Freud: Una interpretación de la cultura*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1970.

Ríos, Carlos, “La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 22, 2005.

Robles, Gregorio, *Sociología del Derecho*, Madrid, Civitas, 1997.

Rodó, José Enrique, “Ariel (fragmentos)”, *Señal que Cabalgamos*, 61, año 4, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, noviembre de 2005.

Rodríguez Garavito, César, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

— “Teoría jurídica y decisión judicial: En torno al debate Hart-Dworkin”, H.L.A. Hart y R. Dworkin, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, trad. M. Holguín, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997.

Roggero, Jorge, “Hay ‘derecho y literatura’ en Argentina”, *Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura*, 2, n. 2, julio-diciembre de 2016.

— “Derecho y Literatura en la obra de Jacques Derrida”, *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 21, 3, 2014.

Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. A. Sinnot, Barcelona, Paidós, 2011.

— “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, Shute, Stephen & Hurley, Susan (eds.) *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998.

Rousseau, Dominique, “Questions de constitution”, *Politique et Sociétés*, 19, n. 2-3, 2000.

Ruiz, Julio Juan, "Derecho y literatura: El poder y sus límites en el teatro de Pedro Calderón de la Barca. Un acercamiento interdisciplinario", *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, XXVIII.

Said, Edward, *Representaciones del intelectual*, trad. I. Arias, Barcelona, Random House, 2007.

Salazar, Germán, *El delincuente y la justicia penal en la literatura*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950.

Sansone, Arianna, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001.

Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

— *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. C. Rodríguez, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1998.

— *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 2012 (1995).

— *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.

— "La transición postmoderna. Derecho y política", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 1989.

Santos, Boaventura de Sousa & Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, trad. C. Morales, Barcelona, Anthropos, 2007.

Sartre, Jean-Paul, *¿Qué es la literatura?*, trad. A. Bernárdez, Buenos Aires, Losada, 1976.

Schneider, Peter, *...ein einzig Volk von Brüdern: Recht und Staat in der Literatur*, Frankfurt, Athenäum, 1987.

Schwartz, Germano, *La Constitución, la literatura y el derecho*, trad. F. P. Meinero, s. l. ed., Buenos Books America, 2011.

Sófocles, *Antígona*, Madrid, Editat, 2002.

Stendhal, *Correspondance. Tome III*, Paris, Gallimard, 1967.

Stétié, Salah, "Islam y derechos humanos", en José Vidal-Beneyto (ed.), *Derechos humanos y diversidad cultural*, Madrid, Icaria, 2006.

Talavera, Pedro, *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*, Granada, Comares, 2006.

Tamm, Ditlev, "Borges for Jurister: en samtale mellem Jorge Luis Borges. Det Jurisdiske Fakultets Aula torsdag...", *Kritik*, 150, 2001.

Taruffo, Michele, *La prueba*, trad. J. Ferrer y L. Manríquez, Madrid, Parcial Pons, 2008.

Trindade, André K. & Gubert, Roberta, M., "Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho", Trindade, André K., Gubert, Roberta M. & Copetti N., Alfredo (org.), *Direito & Literatura: reflexões teóricas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Uprimny, Rodrigo & Rodríguez, Andrés Abel, *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2008.

Vallenilla Lanz, Laureano, *Cesarismo democrático y otros textos*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1991.

Van Dijk, Teun, *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, trad. L. Berrone, Barcelona, Gedisa, 1998.

Vargas Valencia, Fernando, *La realización poética de la justicia: el Derecho como paradigma literario*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Vico, Giambattista, *Ciencia nueva*, trad. R. de la Villa, Madrid, Tecnos, 1995.

Victor Hugo, *Cromwell*, trad. J. Labaila, 4ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1979.

Warat, Luis Alberto, *Territórios desconhecidos. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.

— *Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004; *Manifesto do surrealismo jurídico*, São Paulo, Acadêmica, 1998.

Ward, Ian, *Law and literature: Possibilities and perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Weber, Max, *Política y ciencia*, trad. C. Correas, Buenos Aires, Leviatán, 2006.

Weinberg, Liliana, *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, vol. 5, no. 1, enero-junio de 1994.

Weisberg, Richard H., *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992.

— *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven, Yale University Press, 1984.

— “Entering with a Vengeance: Posner on Law and Literature”, *Stanford Law Review*, 41-6, 1989.

West, Robin, *Narrative, Authority, and Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1993.

— “Literature, Culture, and Law at Duke University”, Sarat, Austin, O. Frank, Cathrine & Anderson, Matthew (eds.), *Teaching Law and Literature*, New York, Modern Language Association, 2011.

— “The Lawless Adjudicator”, *Cardozo Law Review*, 26, 2005.

— “The Meaning of Equality and the Interpretive Turn”, *Chicago-Kent Law Review*, 66, 1990.

— “Law, Literature, and the Celebration of Authority”, *Northwestern University Law Review*, 83, 1989.

— “Economic Man and Literary Woman: One Contrast”, *Mercer Law Review*, 39, 1988.

— “Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, 1, 1988.

Wigmore, John H., “A List of Legal Novels”, *Illinois Law Review*, 3, 1908.

Williams, Raymond, *Marxismo y literatura*, 2ª ed., trad. P. di Masso, Barcelona, Península, 2000.

Wolkmer, Antonio C., *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, trad. F. Cammaert, Bogotá, ILSA, 2003.

— “Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”, García Villegas, Mauricio & Rodríguez Garavito, César (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La historia de los derechos humanos en América Latina”, Olguín, Leticia (coord.), *Educación y derechos humanos. Una discusión interdisciplinaria*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

Žižek, Slavoj, “Against Human Rights”, *New Left Review*, 34, July-August 2005.