

El movimiento Derecho y Literatura: una solución para los casos difíciles

Laura Milena Morales Giraldo

Trabajo de grado para optar al título de:
Profesional en filosofía y letras

Director:

Ph. D. Leonardo Cárdenas Castañeda

Universidad de Caldas
Facultad de Artes y Humanidades
Departamento de Filosofía y Letras
Manizales, 11 octubre de 2021

Tabla de contenido

Introducción.....	4
Capítulo I Movimientos “Análisis Económico del Derecho” y “Derecho y Literatura”	11
1.1 Nociones generales e introductorias del movimiento Análisis Económico del Derecho	11
1.1.1 Características del movimiento Análisis Económico del Derecho:	12
1.1.2 Planteamientos del movimiento Análisis Económico del Derecho de Posner.....	14
1.1.3 Planteamientos del movimiento Derecho y Economía de Jesús Antonio Bejarano.....	20
1.1.4 La ciencia en el derecho	22
1.2 Nociones generales e introductorias del movimiento Derecho y Literatura	24
1.2.1 Características del movimiento Derecho y Literatura:	24
1.2.2 Corrientes del movimiento Derecho y Literatura	26
1.2.3 Taxonomía de las relaciones entre derecho y literatura según Botero Bernal	27
1.2.4 Etapas en las que se divide el movimiento Derecho y Literatura	29
Capítulo II Movimiento Derecho y Literatura: las capacidades de los jueces que se acercan a la literatura.....	32
2.1 ¿El arte crea mejores modos de percepción del mundo?.....	32
2.1.1 La capacidad imaginativa	34
2.1.2 Las emociones políticas.....	38
2.1.3 La capacidad interpretativa.....	44
2.2 El aborto: perspectivas morales y jurídicas desde el contexto de las capacidades y emociones otorgadas por el movimiento Derecho y Literatura	54
Capítulo III Aplicación del movimiento Derecho y Literatura: un caso difícil.....	73
3.1 Actos sexuales abusivos: la perspectiva del movimiento Derecho y Literatura desde la novela <i>Lolita</i> de V. Nabokov.....	73
3.2 Un caso difícil de los actos sexuales abusivos: la decisión de la Corte Suprema de Justicia .	82

3.3. Conclusiones del tercer capítulo.....	90
Conclusiones del trabajo de grado	
Bibliografía.....	100

Introducción

Las motivaciones para realizar el presente trabajo surgieron mientras me encontraba estudiando las carreras de derecho y de filosofía y letras en la Universidad de Caldas. Ambas las realicé al mismo tiempo, aunque mi formación universitaria comenzó en el programa de Filosofía y Letras. Desde entonces, me acerqué a textos filosóficos que cuestionaron y marcaron mi vida, y recuerdo con gran aprecio el *Banquete* de Platón, *La ética a Nicómaco* de Aristóteles, *Cómo hacer cosas con palabras* de John Langshaw Austin y *Las confesiones* de San Agustín. Estas lecturas me permitieron formular cuestiones que considero trascendentales para la vida de los seres humanos.

Al mismo tiempo, tuve la posibilidad de acercarme a obras literarias que me sumergieron en la vida de múltiples personajes que pasaban por momentos difíciles como Eréndira, la nieta de la desalmada abuela de la famosa historia de Gabriel García Márquez, *La cándida Eréndira*, o la historia de Inocencio Cifuentes cuando cuenta desde su testimonio lo que le pasó a su profesora Marta Amaya en la *Lección de Domingo*, un cuento del gran escritor colombiano Hernando Téllez. Cuando me acercaba a esas historias literarias, recuerdo que me sentía conmovida por el sufrimiento de cada personaje, y en muchas ocasiones llegué incluso a la conclusión de que tal como se describía en las narraciones, en el mundo también había personas que pasaban por situaciones similares. Esto hizo que en mí naciera la necesidad de buscar un camino que me permitiera cesar el sufrimiento y hacer algo por mejorar la situación de otras personas.

Esta necesidad fue uno de mis principales motivos para estudiar en el programa de Derecho. Sin embargo, cuando comencé mi plan de estudios, percibí que la dinámica de aprendizaje en este pregrado era diferente, puesto que el ejercicio de cuestionar no era una actividad frecuente, sino que se tomaban algunos conceptos, tales como la libertad, el amor, la maldad, la vida, la dignidad y la moralidad, desde las definiciones que impartía la ley, sin que hubiera lugar para cuestionar su asertividad y consistencia, a pesar de la complejidad que ellos implican. Muy rápido intuí que esa manera de comprender el derecho carecía de humanidad, al considerar que la ley era indiscutible o perfecta tal como se publicaba, y al incentivar la

idea de que los jueces solamente tenían como tarea la aplicación de esa ley que es proferida por el Congreso de la República de Colombia para resolver todos los casos.

Cuando encontré el movimiento Derecho y Literatura, pude hallar una alternativa que permitía comprender los problemas jurídicos y las necesidades de las personas más acertadamente, sin que se excluyera la aplicación de la ley, la jurisprudencia y los principios del derecho. El movimiento también le permite al juez, como director del proceso, apartarse del precedente judicial —cuando no es beneficioso para el caso específico que está conociendo en un proceso judicial—, y en su lugar, a través de la literatura, preparar el caso en concreto. La riqueza de este movimiento es desvanecer la idea de que la función judicial debe enfocarse solamente en la aplicación de la ley y la jurisprudencia sin ningún tipo de interpretación.

Antes de comenzar el trabajo de investigación, había percibido la literatura como un edificio independiente al de la filosofía y del derecho, pero paulatinamente, al irme acercando más a cada una de estas disciplinas en mis estudios de pregrado, pude crear caminos de conexión entre las tres hasta encontrar un punto donde inevitablemente convergieron gracias al movimiento Derecho y Literatura.

En un inicio sabía que el arte —y en especial la literatura— generaba en el espectador —o el lector— capacidades imaginativas y emociones empáticas y compasivas que eran útiles. Intuí entonces que en el ejercicio del derecho se requería inmiscuir esas facultades cuando conocí a varias personas que leían novelas literarias de manera recurrente y mostraban una sincera preocupación por las adversidades de otras personas, mientras que las personas que no tenían este hábito manifestaban despreocupación por el sufrimiento ajeno. Cuando descubrí el movimiento Derecho y Literatura en medio de la presente investigación, comprendí que la conexión entre las tres disciplinas —derecho, filosofía y literatura— era necesaria y que era posible y urgente humanizar el ejercicio del derecho. Asimismo, entendí que los jueces o cualquier persona que desarrollara actividades en derecho, además de estudiar la norma, la jurisprudencia y la doctrina para el operador judicial, debían ejercerlo de manera empática y no solo mecánicamente con la finalidad de cumplir su labor.

El presente trabajo de investigación está compuesto por tres capítulos. El primero expone de manera general los postulados que defienden los movimientos Derecho y Literatura y Análisis Económico del Derecho. Ambos movimientos están de acuerdo con que es necesario incorporar otras áreas del conocimiento en el campo del derecho, tales como: la economía, la literatura y la contabilidad. La divergencia entre ambos, sin embargo, se evidencia en la manera como piensan el derecho y lo practican. En el Análisis Económico del Derecho se propende por aplicar los mismos principios de la economía al derecho, esperando llegar a resultados eficientes, mientras que en el movimiento Derecho y Literatura se piensa el derecho desde una visión más humana, puesto que se toma conciencia de que cada problemática jurídica merece una atención particularizada y porque se entiende que las alternativas que propone la ley para casos excepcionales no son suficientes, de suerte que en este movimiento se buscan decisiones eficaces.

Antes de comenzar este trabajo, consideraba que el movimiento Derecho y Literatura y el movimiento Análisis Económico del Derecho no tenían puntos comunes. Sin embargo, al acercarme más a las ideas de sus principales defensores, comprendí que no era una cuestión de blancos y negros, sino que había matices y que en el fondo ambos movimientos defienden una idea compatible: considerar que el derecho no puede ser concebido como una disciplina autosuficiente, sino que debe ser comprendido en consonancia con otras disciplinas que tienen mucho que aportar para mejorar su práctica.

El segundo capítulo tiene dos divisiones importantes. La primera gira en torno al análisis de las capacidades y emociones que la literatura cultiva en el lector y que le son útiles a los operadores judiciales en la toma de decisiones, sobre todo cuando se trata de casos difíciles. Las capacidades y emociones que se analizan desde el movimiento Derecho y Literatura son: la capacidad imaginativa, la capacidad interpretativa, el principio del poder igualador, las habilidades de un lector para ser comprendido como un espectador juicioso, la empatía, la simpatía y la compasión. Por su parte, la segunda división se enfoca en el aborto, puesto que todos los casos que giran en torno a la interrupción voluntaria del embarazo son difíciles, por el contenido moral, la valoración y el análisis minucioso que debe hacer el operador judicial

para tomar una decisión adecuada con el fin de resolver el conflicto de manera que resulte conveniente para las partes y prevea los postulados legales y jurisprudenciales.

El último capítulo está enfocado en los delitos de acceso carnal abusivo y en los actos sexuales, ambos con personas menores de catorce años; sobre estos no suele hablarse con frecuencia. Inicialmente, contextualizaré el contenido de la prohibición establecida en el Código Penal colombiano para esos delitos; luego, analizaré la obra *Lolita* de Vladimir Nabokov (1991), para relacionarla con un caso decidido por la Corte Suprema de Justicia, y terminaré con la perspectiva de un juez y un fiscal respecto de dicha sentencia.

El objetivo de este capítulo es articular lo desarrollado en los dos primeros capítulos mediante un ejemplo en el que muestro cómo podría un espectador juicioso leer una obra literaria, hacerle un ejercicio hermenéutico, pensar el caso concreto desde el rol de operador judicial y, basado en sus saberes previos en derecho, analizar la historia y sus posibles consecuencias para luego contrastar todo este proceder con un caso difícil que está siendo tramitado en el despacho. Ese ejercicio es bastante interesante y considero que los operadores judiciales que se encuentran en aprietos para tomar una decisión de un caso difícil podrían actuar como en el ejemplo. El operador judicial debería poder ponerse en el lugar de las partes que intervienen en el proceso, a través de una obra literaria similar al caso concreto que esté conociendo. Este ejercicio puede ayudarle a comprender mejor —si es un juez penal como en el caso de *Lolita*— la intención del legislador al proferir una ley determinada, y si considera que el caso no puede entrar dentro de esas consideraciones, mediante ese ejercicio juicioso podría tener la gallardía para apelar a su autonomía y proferir una sentencia acertada.

El proceso de construcción de la presente investigación se basó en la consulta de textos, artículos y libros. Para el primer capítulo, realicé la búsqueda de autores que defienden el Análisis Económico del Derecho y el movimiento de Derecho y Literatura. Por eso, acudí a las obras de Richard Posner, Andrés Botero Bernal y Amalia Amaya, principalmente, con el objetivo de tener un contexto de las posturas de ambos movimientos.

Para el segundo capítulo decidí desarrollar la propuesta relacionada con las capacidades y las emociones que la literatura le brinda al operador judicial, intenté articular varias posturas

planteadas y desarrolladas por Martha Nussbaum (1997, 2014, 2016) en algunas de sus obras: *Justicia poética, Emociones políticas y El cultivo de la humanidad*. También fue necesario realizar una búsqueda exhaustiva de otros autores que han hablado de la relación entre la literatura y el derecho, y encontré gratas sorpresas como que Ronald Dworkin y Jerome Bruner han hecho aportes al respecto. En el desarrollo investigativo, también percibí que la discusión encarnaba un problema hermenéutico respecto de la interpretación para los jueces, de modo que consideré necesario incluir los aportes planteados por Hans-Greorg Gadamer para ampliar el espectro del problema de la interpretación jurídica.

Para hablar de la interrupción voluntaria del embarazo, decidí incorporar la postura que sustenta Donald Marquis (1989) en *Por qué el aborto es inmoral*, para luego contrastarla con las ideas desarrolladas por Peter Singer (1995) en su libro *Ética práctica* y por Judith Jarvis Thomson (1971) en su artículo *Una defensa del aborto*, quienes abiertamente argumentan a su favor. Por último, tuve en cuenta la sentencia T-209 del 2008 de la Corte Constitucional en la que hizo un fuerte llamado a los jueces que conocieron del caso de una menor violada que fue obligada a concebir, por no haber estudiado a profundidad la petición de la accionante, de suerte que le negaron la posibilidad de interrumpir su embarazo y la obligaron a ser madre a temprana edad.

La decisión sobre cuál obra literaria estudiar para desarrollar el tercer capítulo no fue fácil. Comencé buscando obras que estuvieran relacionadas con casos judiciales, y por eso me acerqué a algunas conocidas como *Divorcio en Buda* de Sándor Márai, *El extranjero* de Albert Camus, *El proceso* de Franz Kafka, *Crimen y castigo* de Fyodor Dostoevsky y *Los ojos del hermano eterno* de Stefan Zweig. A medida que avanzaba en mi búsqueda, encontré muchas obras literarias que en su narrativa citaban procesos judiciales de manera inesperada, tal como lo hace Mary Shelley en *Frankenstein*. Finalmente, me decidí por *Lolita*, porque cuando alguien se acerca a esta obra, desde el comienzo de la narración puede zambullirse en los pensamientos de Humbert y de Dolores, y generar inmediatamente sentimientos de empatía con la menor, al querer defenderla del abuso que está cometiendo su padrastro.

Lolita es una novela en la que el escritor hace un ejercicio juicioso para describir la conciencia que tenía el personaje principal respecto de los delitos que estaba cometiendo y, sobre todo,

para adaptar un caso real que se presentó en la época. Lo anterior evidencia que muchas veces los relatos que se immortalizan en las novelas literarias son adaptaciones de hechos reales, lo que permite plantear que la literatura no solamente relata casos fantásticos, sino que estos pueden ser la consecuencia de un hecho real.

Después de haber elegido la obra literaria, me concentré en buscar sentencias en las que hubiera fallos a personas por la imputación de cargos por acceso carnal abusivo y actos sexuales con menores de catorce años. Encontré una en la que se presentaba un caso difícil, dado que representaba una excepción para la penalización de ambos delitos, razón por la cual la Corte Suprema de Justicia profirió la absolución de un joven al considerar que el amor era un eximente de la responsabilidad por la configuración de esos delitos.

Posteriormente, hallé que los jueces y los fiscales de Santiago de Cali se estaban reuniendo en un foro virtual por motivos de pandemia. Allí, una jueza y un fiscal expusieron sus perspectivas frente al caso elegido previamente por la Corte Suprema de Justicia. Las visiones de ambos funcionarios eran aparentemente opuestas hasta que se les presentó un caso difícil, y me llamó mucho la atención porque la visión del fiscal se percibía mucho más empática que la de la jueza; lo valioso es que el fiscal en medio de su intervención hizo referencia a la novela *El proceso* de Kafka para relacionarla con el caso del imputado. En conclusión, cuando un operador judicial conoce un caso difícil, la literatura puede ser una herramienta supremamente útil para que el juez comprenda el caso concreto mediante historias literarias y, de ese modo, pueda tomar decisiones más acertadas y justas.

Agradecer sin duda alguna es la parte más difícil. A veces se agradece de más o se deja de agradecer a alguien sin querer. Muy seguramente pasará lo segundo. Por esa razón, pido disculpas de antemano si incurro en ello. En realidad, quisiera dedicar por lo menos una línea a todas esas personas que han aportado a la construcción de mi perfil profesional y personal, pero entiendo que no es posible hacerlo.

Quiero manifestar mi completa gratitud a mi familia: mi padre, un hombre valiente que luchó por mi educación y ahora su historia hace parte de esta investigación; mi madre, que siempre

ha sido un apoyo incondicional, y mi hermana, quien siempre me ha animado e inspirado profesionalmente. A quienes hoy no están, agradezco por haberlos conocido.

Deseo agradecer al programa de Filosofía y Letras, que me abrió las puertas para iniciar mis estudios universitarios y donde aprendí las lecciones más importantes para mi vida y las bases necesarias para mi formación universitaria, y al programa de Derecho, que me brindó herramientas y me impartió los conocimientos necesarios para poder estructurar esta investigación. Asimismo, agradezco a cada uno de mis profesores y a mis compañeros de ambos programas, por todas las lecciones que me dejaron y han influido mi vida personal y profesional.

Me gustaría agradecer de manera especial a Tomás David Rubio, quien me contagió de ese gran amor que tiene por la literatura; a Marcela Castillo, quien no solo me ayudó a pensar seriamente en la literatura desde la filosofía, sino que, con sus tareas experimentales, me hizo cuestionar asuntos que aún hoy no logro resolver; a Adolfo León Grisales, por haberme enseñado a ver la filosofía con rigurosidad y desde la mirada inquieta de un niño que mira todo con asombro. Finalmente, quiero extender mis más profundos agradecimientos a Leonardo Cárdenas Castañeda, quien no solo logró despertar en mí el interés por temas filosóficos que no habían captado mi atención, sino que permitió abrir canales de aprendizaje muy valiosos con sus habilidades pedagógicas que se apartan de lo pretencioso y se acercan al amor por la academia y la paciencia; estoy altamente agradecida por sus sugerencias en este proceso investigativo y, sobre todo, por arriesgarse a acompañarme en este camino.

Capítulo I

Movimientos “Análisis Económico del Derecho” y “Derecho y Literatura”

1.1 Nociones generales e introductorias del movimiento Análisis Económico del Derecho

La relación del derecho y la economía comenzó a acentuarse con mayor fuerza en 1960, y de manera progresiva se introdujo la aplicación del análisis económico en múltiples áreas del derecho como el derecho civil, el tributario, el ambiental, el agrario, el comercial, el administrativo e, incluso, el penal.

El movimiento Análisis Económico del Derecho es conocido en otras partes del mundo como Law & Economics y pretende adoptar conceptos que son propios de la economía para ser aplicados al derecho y así tener una mejor eficiencia en la aplicación del sistema normativo.

Agustín Cue y Luis Quintana (2014) aseveran que la economía le da mucha importancia al comportamiento de los individuos, de modo que los economistas deben tener en cuenta los móviles que influyen sobre las personas en cuestiones económicas para tomar decisiones determinadas. Una de las justificaciones más importantes para emprender el análisis de las acciones de las personas es que cuando se les busca dar alguna clase de incentivos, estos les son brindados a las personas de manera proporcional al esfuerzo que cada uno haya aportado para lograr materializar un propósito particular.

El Análisis Económico del Derecho pretende analizar si los costos empleados para la realización de una actividad específica satisfacen la función inicialmente planteada de manera eficiente. Si en un municipio se emprende una política pública para disminuir los embarazos adolescentes, según este movimiento, se deberá calcular su eficiencia analizando el valor económico de la campaña y si es acorde con la necesidad que se buscaba resolver desde el principio. Al respecto, Cue y Quintana (2014) mencionan que para los economistas

es muy importante revisar y tener en cuenta las fluctuaciones para calcular los resultados futuros y acercarse mucho más a las expectativas, debido a que esos cálculos hacen viables las inversiones. Por esa razón, las gráficas y las evaluaciones son fundamentales para los economistas porque con ello simulan lo que denominan *el proceso de decisión de los individuos*. Los profesionales en economía formalizan “el análisis en modelos trazando curvas y manipulando ecuaciones”, según la elección racional que haya tomado el individuo.

Jesús Antonio Bejarano (1999) considera que la relación entre el derecho y la economía se ha construido poco a poco y esa conexión ha ayudado a redefinir los fundamentos del estudio del derecho. Él también asevera que en 1994 se conformó, en América Latina, la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE), que tiene como propósito crear y promover la investigación científica en el área del análisis económico del derecho en América Latina, de manera que a través de foros se puedan incentivar investigaciones que trabajen temas relacionados con el derecho y la economía, y pongan en discusión sus trabajos investigativos generando una contribución al derecho a través de la creación de leyes, insumos para las decisiones judiciales o resoluciones administrativas que puedan resultar beneficiosas para la comunidad.

1.1.1 Características del movimiento Análisis Económico del Derecho:

1. Este movimiento pretende incorporar en el derecho herramientas que son propias de la economía para mejorar el alcance del análisis y la aplicación jurídica. Un ejemplo es la ley de la oferta y la demanda que es establecida en la economía como una regla en la regulación del mercado, en la cual, a mayor cantidad de bienes, menor el precio, y a menor cantidad de precio, hay un aumento significativo de los bienes. En el derecho, Posner (1998, p. 28) menciona una medida basada en esa regla económica, que consiste en que, si se aumenta la pena por un delito, habrá menos infractores, pero si la pena es leve, los infractores serán muchos más y la reincidencia en el delito será más frecuente.
2. En este movimiento se encuentra inmersa la pretensión de alcanzar la cientificidad en el derecho, de manera que se pueda obtener una mayor seguridad jurídica en la

práctica y así poder establecer procesos y procedimientos fijos para casos específicos cuyos resultados sean similares. En este entendido, se considera que la economía presenta un rango de error bajo al ser poco falible, y que esa disciplina puede generar aportes más exactos a las personas que ejercen el derecho desde varias perspectivas: la del legislador en el proceso de creación legislativa, la del juez cuando realiza un fallo judicial o la de una autoridad administrativa cuando elabora una resolución.

3. El valor que se aspira obtener en este análisis económico es la eficiencia en el sistema normativo, de manera que irradie todo el sistema jurídico, debido a la infalibilidad y el formalismo jurídico¹ que se encuentra inmerso en él. En el Análisis Económico del Derecho, se busca incorporar procedimientos con ayuda de la economía para poder llegar a soluciones más tangibles en el mundo real, de manera que se puedan predecir acontecimientos futuros de los individuos y, de esa manera, crear normas o adoptar políticas que ayuden a evitar la incidencia de delitos o situaciones que puedan ser adversas para otros individuos o la comunidad.
4. En el Análisis Económico del Derecho, se encuentra latente la aspiración de llegar a formular procedimientos eficaces para obtener resultados exactos, sistemáticos y “correctos” de manera similar a como sucede con los cálculos matemáticos, herramienta indispensable para la economía.

En ese entendido, si una ley establece que la manera de acceder a la pensión de vejez es con un número exacto de semanas y una edad determinada, la pensión les será reconocida solamente a los individuos que cumplan con los dos requisitos fijados y las administradoras de pensiones deben conceder la pensión de vejez a los solicitantes según los parámetros que haya determinado la ley, sin permitir que surjan

¹ El derecho formalista es definido por Daniel Eduardo Bonilla Maldonado (2013) como un sistema en el que la ley se entiende como la fuente suprema en el ordenamiento jurídico y debe ser interpretada literalmente a través del método exegético. Adicionalmente, en el derecho formalista el autor afirma que se “considera que el derecho es completo, coherente y cerrado; señala que este es capaz de dar respuestas únicas a todos los problemas que surgen en una comunidad política” (p. 262).

excepciones o diferenciaciones entre los individuos que pueden cumplir con los requisitos y con quienes, por circunstancias exógenas, no lo podrán lograr.

5. El enfoque del Análisis Económico del Derecho se encuentra guiado por atender las necesidades del mayor número de personas y no tanto por el bien particular de los individuos. Este tipo de presupuestos se encuentran estrechamente ligados al utilitarismo de John Stuart Mill.
6. En el movimiento del Análisis Económico del Derecho se justifica la limitación del uso de sentimientos morales, en la medida en que se avalan los que se encuentran relacionados de manera directa con la economía y se anulan los que no tienen una estrecha relación con esta ciencia.

1.1.2 Planteamientos del movimiento Análisis Económico del Derecho de Posner

Richard Allen Posner (1998) es uno de los principales proponentes del movimiento del Análisis Económico del Derecho. En su libro *El análisis económico del derecho*, menciona la importancia de incorporar diferentes disciplinas al campo del derecho y defiende la posición de incluir la economía dentro del estudio y ejercicio del derecho. En la primera parte del libro, el autor le brinda una contextualización al lector sobre los conceptos fundamentales de la economía con el propósito de ubicarlo en la discusión y de evitar malentendidos o rechazos al movimiento por desconocimiento de nociones puntuales de la economía o de la historia. Para Posner (1998), la economía “es la ciencia de la elección racional en un mundo —nuestro mundo— donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas” (p. 29). El autor concibe la economía como una herramienta con la que se puede administrar de manera más efectiva los recursos que se encuentran disponibles y de esa manera destinarles un mejor uso.

Uno de los objetivos de la economía es convertirse y ser considerada como una ciencia, ya que su propósito es ser capaz de pronosticar sucesos futuros de una manera razonable y con

bastante precisión. En ese sentido, Posner (1998) menciona que “la economía se ocupa de explicar y pronosticar tendencias y agregados, antes que el comportamiento de cada persona individual, y en una muestra razonablemente grande las desviaciones aleatorias del comportamiento racional normal se cancelarán recíprocamente” (p. 48). En ese sentido, las personas son comprendidas desde la colectividad y no por separado, y las propuestas que puedan ser planteadas por la economía se realizan atendiendo la necesidad de las mayorías y obviando las características particulares de los individuos.

La película *Carolina Skeletons*, dirigida por Jhon Erman en 1991, está basada en un juicio real, en el cual se acusó a George Junius Stinney de haber asesinado a dos niñas de raza blanca; fue la persona más joven en ser ejecutada el siglo pasado. La película se desarrolla en medio de un contexto social en el que predominan las confrontaciones entre individuos, la represión social y las limitaciones a la libertad por temas raciales. El juicio gira en torno a un niño de 14 años de raza negra que es acusado por materializar el homicidio de dos niñas de raza blanca.

Una de las pruebas que tiene la fiscalía para imputarle el homicidio al joven, es que el acusado confesó haber mirado a las jóvenes unos minutos antes de que se produjera el homicidio. La relevancia para el juicio y la gravedad de la confesión radica en que el joven conocía la prohibición de que las personas de raza negra les sostuvieran la mirada a las personas de raza blanca. Sin embargo, en el lugar donde se hallaron los cuerpos sin vida de las dos niñas se encontró el arma homicida, un tronco de un árbol grande y pesado, y con ese hallazgo fácilmente se podía deducir que el joven de 14 años no era el autor de los dos homicidios, debido a que con la contextura y altura que poseía el joven, no era posible levantar el tronco por sí mismo e impactar a las dos jóvenes. A pesar de que las circunstancias fácticas indicaban que el acusado no era la persona que había materializado el delito, el juez no tuvo en cuenta la evidencia encontrada en el lugar donde se ejecutó el crimen para decidir el caso, sino que basó su sentencia en la confesión del acusado, por lo que el joven de raza negra fue condenado a pena de muerte.

Poniendo de presente el contexto social, el caso que se presenta es difícil para el juez que conoce el asunto, ya que si el niño no es juzgado por el asesinato de las dos niñas

probablemente al continuar con la búsqueda del autor del delito la mayoría de personas negras tendrían que afrontar las represalias de las personas de raza blanca. En ese sentido, sería moralmente correcto acusar y condenar al joven inocente, para salvaguardar el bienestar de la mayoría. Sin embargo, encaminar una sentencia acusando al niño de cometer los homicidios es inmoral si la persona que es señalada de cometerlo es inocente².

Posner considera que el requisito que debe tener cualquier teoría es la funcionalidad, ya que para él la importancia de los planteamientos radica en que sea posible realizar la aplicación o brindar la explicación de los postulados de la teoría en la realidad, debido a que, si esta no funciona de manera consecuente con los planteamientos, es porque hay una falencia en las bases con las que fue construida. Desde una perspectiva más cercana al derecho, el autor plantea la teoría económica del derecho como la que trata de explicar el mayor número posible de fenómenos legales mediante el uso de la economía, mientras que la teoría de la eficiencia del derecho común es comprendida como la que fija un propósito económico específico en el cual está contenido un subconjunto limitado de reglas e instituciones legales. Según Posner (1998), la racionalidad es un elemento imprescindible en este movimiento, debido a que es “la capacidad y la inclinación para usar el razonamiento instrumental a fin de desenvolverse en la vida” (p. 48). La racionalidad bajo ese supuesto es definible en términos instrumentales, es la disposición que tienen las personas a escoger un medio, el cual puede ser elegido de manera consciente o inconsciente, sin embargo, la persona que se dispone a realizar la elección debe tener un propósito determinado.

Posner (1998) expone en el *Análisis económico del derecho* que la demanda es un fenómeno que además de operar en bienes que tienen precios establecidos, funciona en el campo económico y abre la brecha a otras posibilidades que se encuentran estrechamente relacionadas con el derecho. De manera específica, el autor expone que, si una persona ha cometido un delito y esta ha sido acusada por esta razón, después de un tiempo esa persona

² El dilema que tiene que resolver el juez es determinar si elige entre la corriente utilitarista juzgando al inocente o juzgar de acuerdo con la moral kantiana absolviendo al inocente independientemente de las consecuencias que puedan surgir de esa elección.

“purga” su sentencia y con el juzgamiento le “ha pagado su deuda a la sociedad” (p. 28) por el daño que causó con su actuar.

En consecuencia, Posner (1998) asevera que los economistas consideran adecuada la metáfora desde la perspectiva del delincuente y la sociedad si el castigo se comprende como una especie de multa, debido a que “el castigo es el precio que cobra la sociedad por una ofensa criminal” (p. 28). Dentro de los planteamientos del autor, también se sugiere que el economista podría calcular la probabilidad que tienen los individuos de incurrir en el delito tomando como referencia la severidad del castigo, ya que, si se aplicara el mismo fenómeno de la demanda elevando “el precio del delito”, se podría reducir la incidencia y, de esa manera, “el delincuente se sentirá estimulado para realizar otra actividad en lugar del delito” (Posner, 1998, p. 28).

En el libro de Posner (1998), es frecuente el uso de palabras que se encuentran íntimamente relacionadas con la economía, tales como: pagar, cobrar, precio, deuda, para mencionar asuntos en los que se trastocan temas inherentes y sensibles para los seres humanos. Volviendo al ejemplo presentado anteriormente, el acusado —o delincuente como lo llama el autor— debe cumplir una pena y ser privado de la libertad. Incluso, se menciona el papel de la sociedad como víctima de las actuaciones delictivas de un individuo, pero desde la impersonalidad, frivolidad e instrumentalidad de la perspectiva económica, al presumir que la persona que comete un delito tiene la voluntad de configurarlo, tal como un deudor que solicita un préstamo y se acerca a una oficina de una entidad bancaria. Esta perspectiva no tiene en cuenta los casos en los que se configuran delitos sin que medie la voluntad del individuo; en ese caso, no sería medible mediante términos económicos, sino que es necesario recurrir a alternativas más empáticas con el sujeto que configura el delito.

A pesar de que en el texto se toca un tema sensible como la pérdida de la libertad de un individuo que infringe la ley, la descripción, al estar tan cargada de palabras relacionadas con la economía, se torna fría, hasta el punto de que el lector podría considerar que de cierto modo detrás de cada infractor hay una deuda que saldar, la cual podría ser reclamada por las víctimas —directas e indirectas— del delito realizado. El autor también sugiere que se podría llegar a predecir y controlar el modo de comportarse y de efectuar las acciones delictivas de

una persona que infringe la ley, como si el actuar de los seres humanos surgiera de manera mecánica y uniforme en todos los casos, sin considerar las variaciones y matices de cada uno. Los matices son muy importantes para determinar la responsabilidad del individuo al momento de cometer un delito, porque no debería de imponérsele la misma pena a una persona que se encuentra conduciendo y confunde el freno con el acelerador y atropella a un transeúnte, que a otra que oprime el acelerador con el propósito de asesinar a su vecino.

En este punto surgen varias preguntas: ¿será que podemos equiparar la economía con la resocialización que se busca con la pena privativa de la libertad?, ¿será la economía el medio idóneo para resolver los conflictos penales que puedan surgir en la sociedad?, ¿podemos aplicar la ley de la demanda a las sanciones penales?, ¿podríamos considerar que los seres humanos podemos actuar de manera tan mecánica movidos por una ley de causa y efecto sin que medien otras circunstancias? Todas estas preguntas son determinantes a la hora de analizar la viabilidad de la economía en el derecho, de manera más específica, en la toma de decisiones de los jueces.

Uno de los conceptos relacionados con la economía que expone Posner es el utilitarismo, como ya se mencionó anteriormente. Él sugiere que dentro de esa concepción económica y moral las personas son concebidas como células de un organismo social antes que como individuos. En múltiples momentos en los que se ha adoptado esa postura, diferentes personas inocentes han resultado altamente perjudicadas con el propósito de salvaguardar el bienestar de un colectivo. Según Posner (1998), “, es posible que los sentimientos morales tengan una base pragmática, concebiblemente económica” (p. 38), pues en la concepción que avala el análisis económico del derecho, el principio más importante es la eficiencia, y sobre este principio tienen cabida los sentimientos que se encuentren en función de la economía.

En el análisis económico del derecho, el autor plantea el interrogante de si son inconsistentes la moral y la eficiencia; al respecto, él menciona que en algunos principios morales se encuentran inmersos diferentes valores económicos, tales como: la honestidad, la caridad, la veracidad, la confiabilidad, la consideración por los demás y la coerción, los cuales podrían ser incorporados en esta postura. Es importante resaltar aquí que cada uno de los principios morales se encuentran planteados para satisfacer una necesidad económica particular, tal

como lo menciona: “la honestidad, la confiabilidad y el amor reducen los costos de las transacciones” (Posner, 1998, p. 416). Ese planteamiento puede entenderse mejor si se considera una de las reglas fundantes en las pequeñas economías, y es que las bases de los negocios se mueven dentro de los parámetros de la confianza y los sentimientos, lo que facilita la realización y el fortalecimiento de las transacciones. Desde una postura paralela, el autor también asevera que el respeto por los principios morales genera un aumento en la riqueza de la colectividad cuando estos se encuentran aceptados y ordenados en la sociedad y generan efectos plausibles en el ámbito general antes que en el particular.

La perspectiva económica del derecho busca modificar el comportamiento de los seres humanos. Por eso, Posner considera que la función primordial, pero no exclusiva, de la economía dentro del derecho es la de modificar los incentivos que se les impondrán a los individuos, para que esto revele unas modificaciones directas en el comportamiento de las personas en su diario vivir y para que el derecho no haga imperativos sobre las cosas imposibles. Al respecto, Posner (1998) menciona que el requerimiento de que el derecho debe tratar de manera igualitaria a los desiguales está defendiendo la estructura racional, debido a que “es irracional tratar diferentemente a cosas que son lo mismo” (p. 421).

En ese sentido, el autor también menciona que, si hay dos personas en condiciones de vulnerabilidad, en dicha teoría económica se emplea un sistema de lógica deductiva que debe ser racional y tratar de igual manera los casos semejantes entre sí. En ese orden de ideas, si dos personas se encuentran solicitando una atención prioritaria en la EPS por padecer la misma enfermedad, según Posner, no deben realizarse distinciones sobre las dos personas, aunque el trato diferenciado sí debería de realizarse si una de las dos se encuentra sana y la otra, enferma. Las preguntas que quedan en el tintero respecto a este tema son: ¿qué pasaría si una de las dos personas presentara un cuadro clínico más agudo? y ¿hasta qué punto se debe escudriñar las condiciones de vulnerabilidad?

Posner menciona un problema hermenéutico fundamental frente a la aplicación de las leyes, y es que muchas veces son promulgadas de manera general, lo que hace más difícil la aplicación de la norma a un caso concreto, al buscar una aplicación similar para todos los

casos sin tener en cuenta los pequeños matices o contextos que se encuentran inmersos en cada uno de ellos.

El autor propone un ejemplo en el que menciona que las personas racionales son las que basan sus decisiones en el futuro y no fijan su visión en el pasado. El hecho de quedarse en el pasado se encuentra atado a una emoción del lamento que para Posner puede ser usado como una especie de evaluación personal que podría traerle beneficios al individuo, pero esa emoción debe de ser medida, porque si el individuo actúa únicamente con base en esa emoción, podría conllevarle consecuencias negativas. Para aterrizar mejor ese planteamiento, menciona un caso puntual en el que supone que “si se permite que una de las partes para quien resultó malo un contrato que celebró libremente revise los términos del contrato *ex post*, se harán pocos contratos” (Posner, 1998, p. 31). Si la persona solo se centra en la emoción del lamento, no podría avanzar y aprender de ese suceso, sino que cerraría la posibilidad de emprender nuevas acciones similares por miedo a que se vuelva a llegar a las mismas consecuencias.

1.1.3 Planteamientos del movimiento Derecho y Economía de Jesús Antonio Bejarano

Bejarano (1999) asevera que en 1973 Richard Posner publicó el manual titulado *Economic analysis of law*, donde hace un “estudio sistemático de la mayoría de los campos del sistema jurídico americano desde la perspectiva del análisis económico” (p. 157). Según el autor, desde la publicación de la obra de Posner, el análisis económico del derecho se introdujo de manera progresiva al mundo del derecho e impulsó varios cambios. El primero, se concentró en la academia del derecho, debido a la inclusión del análisis económico en la formación de abogados de diferentes universidades. El segundo, se presentó desde la concepción del derecho de los juristas a raíz de la incorporación de nuevos conceptos y temáticas que incentivaron un cambio en la manera de pensar el derecho. El tercero, según Bejarano, se produjo en el nivel práctico, desde lo jurídico y lo político, lo que conllevó a que la influencia del análisis económico generara cambios significativos en la manera en la que se crean

nuevos argumentos y contribuciones teóricas que han sido utilizados con frecuencia en los tribunales.

Bejarano (1999) considera que en el movimiento Análisis Económico del Derecho se define “un campo de aplicación de la teoría económica al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones legales” (p. 155). El autor menciona además que la inclusión de la economía en el derecho modificó la manera de concebir y practicar el derecho desde dos puntos principalmente. El primero se encuentra relacionado con el uso de la teoría económica del derecho, ya que esta se centra en el carácter de científicidad que se encuentra inmersa en la economía para lograr pronosticar los posibles efectos que se produzcan con las normas en el comportamiento de los individuos a los que se encuentra dirigida tal disposición legal. El autor propone dos ejemplos que funcionan de manera análoga como un fenómeno económico y jurídico, porque

(...) para los economistas las sanciones son como los precios, y se supone que los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden a los precios, es decir, consumiendo menos del bien más caro, de modo que, en teoría, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada. (Bejarano, 1999, p.159)

El segundo se relaciona con la aplicación, ya que la economía propone “un criterio normativo útil para la aplicación del derecho a las políticas públicas” (Bejarano, 1999, p.159). Este cometido se puede lograr, según Bejarano, en la medida en que se pronostiquen los efectos sobre las políticas públicas de una manera eficiente con ayuda de la economía, porque esta disciplina le “brinda al derecho una perspectiva más fundamentada y con mayor capacidad de predicción” (Bejarano, 1999, p.159).

Los principios pilares dentro del análisis económico del derecho son la eficiencia y la distribución, los cuales se obtienen, según Bejarano (1999), a través de la incorporación de leyes que inciten a los individuos a modificar su comportamiento y a emprender acciones para cumplir con las políticas públicas. Para Bejarano, uno de los aportes que le ha brindado la economía al derecho es la renovación de

(...) la ciencia jurídica a través de la adopción de una perspectiva interdisciplinaria, mediante la utilización de técnicas como el análisis de costo-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura del discurso jurídico a la cuestión de las consecuencias económico-sociales del derecho o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico. (Bejarano, 1999, p. 159)

En el análisis económico del derecho, tal como se menciona en la cita de Bejarano, se entiende el derecho como una ciencia, por el uso de técnicas y el interés de predecir y evitar la materialización de comportamientos contrarios a los fines del bienestar de la comunidad.

1.1.4 La ciencia en el derecho

La ciencia es una institución social que constantemente se encuentra en construcción, se caracteriza por brindar información objetiva y es considerada, como lo menciona Susan Haack (2008), “en su núcleo esencialmente la misma”, ya que las nuevas teorías se encuentran fundamentadas en los principios más básicos que sirven de soporte para las nuevas propuestas. En ese sentido, la investigación científica surge por la necesidad de entender los fenómenos naturales que los seres humanos no pueden controlar. Asimismo, se considera que la ciencia se encuentra restringida por las limitaciones cognitivas de los investigadores humanos. Por eso, Susan Haack señala que la intervención de la ciencia en el derecho se ha justificado porque se considera que los funcionarios que intervienen en el derecho, tales como los jurados, los procuradores y los jueces, son personas que tienen poco conocimiento científico y esto les impide analizar desde una perspectiva objetiva si los diagnósticos o resultados son producto de estudios rigurosos o de la charlatanería.

La autora plantea que para llegar a una verdad efectiva, es necesario recurrir al conocimiento científico; por esa razón, considera que, si el sistema legal evoluciona, aumenta su dependencia respecto del testimonio científico. Para ampliar y ejemplificar un poco más esta postura, ella menciona que en 1987 la prueba de ADN fue altamente cuestionada dentro de la rama judicial por los magistrados que pertenecían a las altas cortes. Sin embargo, en la medida en que se fue comprobando la solidez, la correspondencia con los hechos y el poder

que tenía la prueba de ADN para posibilitar justicia en casos específicos en los que el resultado de esta prueba era determinante para decidir un caso en especial, los detractores de la prueba de ADN fueron desapareciendo. Haack resalta que la prueba de ADN ha ayudado a la resolución de casos judiciales, ya que ha permitido encontrar los sustentos fácticos para condenar a muchos individuos que han sido acusados por cometer delitos como homicidios o accesos carnales. A la vez, resalta que con esta prueba también se han exonerado a muchos prisioneros de la pena de muerte, porque constituye una prueba necesaria dentro del sistema de justicia criminal.

Para Haack (2008), los sistemas legales son una respuesta a los conflictos que surgen en la cotidianidad dentro de la sociedad por hechos relacionados con la naturaleza humana y la convivencia de unos individuos con otros, y en ese sentido, asevera que los sistemas legales “son mucho más ampliamente el producto de la convención, que entra en existencia solo por las prácticas institucionales humanas; y son locales, específicos en el tiempo y en el espacio, de un modo que la ciencia no lo es” (p. 286). Frente a este punto, la autora presenta dos aspectos en los que divergen los sistemas legales y la ciencia, debido a que los primeros son incorporados a través de la invención e ingenio de los seres humanos mediante un proceso en el que intervienen las prácticas institucionales y están en constante cambio, mientras que los presupuestos en los que se mueve la ciencia permanecen en el tiempo desde la definición clásica de ley científica.

La autora plantea que el interés legal propende por que en el sistema legal se incorporen resoluciones expeditas y eficaces con ayuda de la ciencia. Sin embargo, considera que pretender esto es pedirle mucho más a la ciencia de lo que por sí misma puede brindar, pues “el sistema legal pide a veces a la ciencia más de lo que puede dar, exigiendo respuestas definitivas a cuestiones científicas cuando tales respuestas no pueden tenerse aún” (p. 290). Claro está que es importante tener en cuenta que la fiabilidad no se encuentra por sí misma en la ciencia, sino que se debe a la correspondencia que tienen los planteamientos en la realidad. Lo que le interesa al sistema legal es adoptar herramientas en sus procesos, para poder alcanzar decisiones más favorables para las personas. De acuerdo con esto, Susan Haack presenta un caso en el que intervino el juez Rehnquist, quien sugirió que

“conocimiento”, mas no “científico”, era la palabra clave dentro de los procesos en los que participaban terceros expertos en un tema particular, porque lo que realmente era relevante era si el testimonio brindado era confiable, no si era científico. El conocimiento no necesariamente se reduce a conocimiento científico. La única condición para que haya conocimiento científico en este caso es que sea confiable, de manera que se base en procedimientos cuyo testimonio sea adecuado. El propósito es que se identifiquen esos procedimientos.

1.2 Nociones generales e introductorias del movimiento Derecho y Literatura

El auge del movimiento Derecho y Literatura se da en los Estados Unidos en 1960. Según Amalia Amaya, “hasta la segunda mitad del siglo XIX, el derecho no constituía una rama de estudio autónoma” (2012, p. 1). Sin embargo, María Jimena Sáenz (2019) considera que muchos años antes de que se considerara como un movimiento, surgió el primer antecedente del derecho en la literatura, el cual aparece en 1908 con la publicación de novelas con contenido legal; el contenido del derecho en la literatura involucra el análisis de la incorporación de temáticas jurídicas en procesos legales que son relatados mediante narraciones de contenido literario.

El movimiento Derecho y Literatura nació con muchos detractores, ya que surgió con el propósito de enfrentar el formalismo y el tecnicismo que abarcaban el ejercicio y la enseñanza jurídica que se había establecido por la formación y la trayectoria del análisis económico del derecho.

1.2.1 Características del movimiento Derecho y Literatura:

1. En el movimiento Derecho y Literatura se considera que, a través de diferentes manifestaciones artísticas como la música, el cine, el cómic, las novelas literarias,

entre otras, se pueden formar y fortalecer los sentimientos morales de las personas que intervienen en la ejecución del derecho. La aplicación de ese aprendizaje puede resultar valioso si es empleado de manera adecuada en el derecho desde ámbitos en los que ha primado el legalismo.

2. No se considera que existan respuestas o decisiones correctas, sino que estas son valoradas a través de la adecuación y se encuentra en una constante variación, según el caso concreto. No hay una pretensión de establecer procesos que sean aplicables de manera igualitaria a todos los casos; por el contrario, se comprende que cada uno de los casos posee particulares.
3. El principio más importante en el movimiento es la eficacia a la hora de emprender el desarrollo de la práctica jurídica, al buscarse que el ejercicio del derecho no solo sea mucho más humano y atienda las necesidades de las personas cuando lo necesiten, sino que sea proporcional a la situación. El movimiento Derecho y Literatura no busca ser un sistema infalible que llegue a ser eficiente, sino que propende por la eficacia en las decisiones que se realizan.

El movimiento de Derecho y Literatura permite que se desarrollen principios que no persiguen un fin económico, debido a que hay un espectro más amplio en el cual se encuentran incluidas las emociones y los sentimientos.

4. El enfoque del movimiento Derecho y Literatura tiende a proveer mejores alternativas para los individuos que presenten casos particulares y de difícil resolución, y que, por ejemplo, cuenten con carencias más agudas que otras personas. No solo se piensa en el bienestar de la comunidad, sino que también hay cabida para los individuos como fines en sí mismos, de acuerdo con el credo de Kant. La resolución de los conflictos implica realizar el estudio de los casos desde el ámbito particular y analizando los casos de manera detallada, es decir, sin considerar el procedimiento de manera general o independientemente de las circunstancias.
5. María Jimena Sáenz (2019) también menciona frente al movimiento Derecho y Literatura que “uno de sus impulsos iniciales, que se mantuvo a lo largo de su

trayectoria, era enfrentar el formalismo y tecnicismo de la práctica y la educación jurídica” (p. 280). El movimiento nace para contrarrestar el formalismo jurídico, toda vez que esa es una debilidad del derecho que ha impedido el desarrollo adecuado de la justicia en diferentes áreas del derecho.

1.2.2 Corrientes del movimiento Derecho y Literatura

Según Amalia Amaya (2012), han surgido tres corrientes diferentes del movimiento Derecho y Literatura. La primera corriente es el derecho *de* la literatura, la cual se encarga de estudiar el conjunto de normas que legislan la producción literaria. Por eso, está mucho más cercana a los derechos de autor o a las normas que fijan límites a la creación y expresión literaria y artística, y toca algunos derechos constitucionales como, por ejemplo, la producción artística contra grupos raciales, religiosos, sedición, apología de actividades terroristas, entre otros.

La segunda corriente contempla el derecho *como* literatura, por lo que se estudian los aspectos que caracterizan el derecho y la literatura, destacando cualidades comunes como, por ejemplo, que ambas utilizan el texto para crear el significado o usan el análisis para estudiar la forma y la estructura de sus textos. María Jimena Sáenz (2019) menciona que el derecho *como* literatura involucra el análisis gramatical de textos legales como las normas, constituciones, sentencias judiciales y ciertos tratados académicos clásicos como si fueran obras literarias.

La tercera corriente es el derecho *en* la literatura, en la cual se analizan textos literarios que examinan elementos de gran importancia en el ámbito jurídico, como la justificación del castigo o el sentido de la justicia. Al respecto dice Amaya (2012):

Los estudios del derecho en la literatura parten de la premisa de que el análisis de estas obras literarias proporciona una perspectiva acerca de los problemas legales diferente del tipo de conocimiento jurídico que podemos adquirir a través de tratados, manuales y compendios especializados. (p. 4)

1.2.3 Taxonomía de las relaciones entre derecho y literatura según Botero Bernal

Andrés Botero Bernal (2008) propone seis taxonomías que se pueden encontrar inmersas dentro del movimiento Derecho y Literatura. La primera taxonomía es la retórica, en la cual “la disciplina jurídica hace uso de una o varias obras literarias para adornarse y embellecerse” (p. 33). En esta clasificación, el derecho toma la literatura como una herramienta estética en medio del desarrollo de la disciplina. Al respecto, el ejemplo que introduce Botero Bernal es el de los juristas del medioevo, ya que, según él, ellos “recurrían a relatos literarios famosos, buscando en ellos actos buenos y malos, justos o injustos, lícitos o ilícitos, mediante los cuales adornar las obras y las lecciones jurídicas siguiendo el criterio dominante” (p. 33).

La segunda taxonomía es el modelo expositivo de relación. Esta caracterización se identifica por “servir a la pretensión de la disciplina jurídica tratando de ejemplificar y exponer sus tesis mediante apelación a situaciones acaecidas en una obra literaria” (Bernal, 2008, p. 34). En este modelo se supone fundamentalmente la instrumentalización de la literatura, la cual, según el autor, no solo es útil para la literatura, sino que también se podría extender a otras manifestaciones artísticas.

La tercera taxonomía es la metodológica, y en ella se “convocan los discursos jurídicos que estudian la obra literaria como alternativa metodológica en sus esfuerzos investigativos” (p. 35). Según Botero (2008), “la obra es igualmente mediatizada pero no (sólo) como forma de exposición sino como método de acceso al objeto de investigación planteado” (p. 36). El mejor ejemplo de esta taxonomía, según el autor, es la práctica que se suele usar en la historia del derecho cuando se estudia el contenido jurídico de una época específica, en la cual se toman como punto de referencia las obras literarias proferidas en el periodo que es objeto de estudio con el propósito de construir una memoria forense.

La cuarta taxonomía es la analítica. En esta clasificación se percibe que el derecho no es una disciplina que se encuentra de manera externa a la obra literaria, sino que, por el contrario, se considera que en la obra se encuentra inmersa una esencia jurídica que es transversal y permanente en la obra de arte, subsiste independientemente de la realidad del jurista-

investigador y del contexto del autor. Según Andrés Botero (2008), en esta clasificación se desea incorporar los discursos que se relacionan con

(...) la disciplina jurídica [y] se interesan por el derecho que plantea una obra literaria desde y para sí, sin centrarse en el contexto de quien realiza el discurso (el investigador jurídico, por ejemplo) ni tampoco en el contexto del autor de la obra literaria. (p. 37).

La quinta taxonomía es la jurídica, y hace referencia a los discursos que desde la normativa vigente se relacionan con las consecuencias que se pueden derivar de un texto y los derechos morales y patrimoniales del autor de una obra literaria. Esta taxonomía contiene un enfoque muy ligado al derecho, en el cual se opaca más la perspectiva literaria, disciplina que se pretende conciliar con el derecho. Debido a las múltiples capacidades que aporta la literatura, considero que en esta taxonomía no se pueden explorar estos discursos porque quedan relegados ante el acervo normativo.

La sexta taxonomía es la del modelo estético de la relación. Esta última taxonomía es muy especial, porque lo estético cumple un papel protagónico, en el sentido de que los textos que pertenecen a la disciplina jurídica tienen la pretensión de ser literarios. Al respecto, Botero Bernal (2008) propone lo siguiente:

Cuando el derecho legislado se apoderó de lo jurídico en el siglo XIX. En este enfoque, se busca que el texto jurídico sirva de puente entre la literatura y el derecho en tanto se redacta con las maneras literarias en boga, al mismo tiempo que se emite como discurso (sobre lo) vinculante para la sociedad. (p. 37).

El problema de esta taxonomía es la complejidad de los textos y las malas interpretaciones que se pueden derivar al pretender adornar la retórica del lenguaje jurídico o no usarlo de una manera estrictamente literal.

Andrés Botero Bernal (2008) plantea la siguiente pregunta frente a la relación del derecho y la literatura: ¿es mejor plantear las relaciones entre derecho y literatura a través un esquema clasificatorio de taxonomías o hacerlo mediante la elección de una de las tres corrientes, es decir, el derecho *como* literatura, el derecho *de* la literatura o el derecho *en* literatura? La pregunta es relevante, ya que él considera que la clasificación del derecho *en* la literatura, el

derecho *de* la literatura y el derecho *como* literatura no permitía identificar claramente los modelos *metodológico* y *analítico*, puesto que no es fácil delimitar hasta dónde llegan las tres clasificaciones. Para Bernal, la relación entre derecho y literatura se puede dilucidar más precisamente desde las taxonomías propuestas, toda vez que estas permiten analizar el uso correcto de la relación entre ambas disciplinas.

1.2.4 Etapas en las que se divide el movimiento Derecho y Literatura

María Jimena Sáenz (2019) se pregunta por la manera como se configura la relación entre el derecho y la literatura. Por un lado, si “esa relación es una de asimilación y colonización del ‘otro’ disciplinar” (p. 274), se configuraría la aceptación de que el derecho no es una ciencia ni una disciplina que pueda funcionar por sí misma sin la colaboración de otras disciplinas; por otro lado, si se pudiera “partir de la diferencia y se [pusiera] a funcionar un diálogo entre ambos puntos que no trae grandes marcos analíticos, sino pequeños encuentros que pueden iluminar aspectos sobre ambos interlocutores” (Sáenz, 2019, p. 274), entonces se aceptaría que el derecho no es autosuficiente y que no hay fórmulas exactas que puedan ayudarle a solucionar los problemas, sino comprender que la aplicación de otras disciplinas podría colaborar en asuntos concretos para obtener resultados más adecuados en casos particulares.

Según Sáenz (2019), el movimiento Derecho y Literatura se divide en cuatro etapas:

La primera es la humanista y se relaciona con la taxonomía metodológica propuesta por Botero Bernal. En esta clasificación se pretende contrarrestar la rigurosidad y el formalismo que se ha construido en la práctica, la educación y la investigación jurídica, al tener una preocupación constante por incluir solamente recursos doctrinales, dejando de lado las investigaciones que tienen por objeto indagar problemas que se relacionan, sobre todo, con las necesidades de los seres humanos.

La segunda etapa es la hermenéutica, que se enfoca en el problema de la interpretación de los textos jurídicos. Sáenz (2019) menciona que esta etapa “se centró en el problema de la interpretación en el derecho y acompañó cambios más drásticos en el panorama jurídico” (p.

277). Desde la perspectiva hermenéutica, se planteó una manera de analizar y pensar el derecho con la que se pudiera establecer un método jurídico de interpretación para poder obtener una interpretación adecuada y concordante con el contenido del texto.

La tercera es el momento narrativo, en el cual se vuelve a considerar la posición humanista que la literatura le puede brindar al derecho. Sin embargo, esta se encuentra más enfocada a asuntos políticos. Sáenz (2019) asevera que “este nuevo modo narrativo de relación del derecho y la literatura se afirma también como una reacción ante los excesos de la ‘teoría’, apareciendo como una perspectiva casi auto explicativa” (p. 278).

En la cuarta etapa se encuentran los estudios culturales. Para explicarlo mejor, Sáenz (2019) plantea lo expuesto por Nussbaum y considera que en esta etapa se despliegan “maneras más obvias en las contribuciones históricas de las obras literarias al derecho: estas representan situaciones jurídicas de formas que muestran el funcionamiento de la ley en tiempos y espacios específicos” (p. 277). En esta etapa, se busca armonizar el derecho con la literatura y ubicarlas en un campo más general de la cultura. En este sentido, es importante considerar que “los textos literarios pueden ser mejor entendidos si se los estudia en conexión con su contexto jurídico” (Sáenz, 2019, p. 278).

El movimiento Derecho y Literatura permite pensar y ejercer el derecho desde perspectivas menos formalistas, y que este sea aprendido, ejecutado, legislado y decidido de un modo más humanitario. Este movimiento tiene en cuenta las necesidades de los seres humanos y hace que el derecho esté irradiado de sentimientos morales que ayuden a que las acciones de carácter jurídico tiendan a garantizar, en la práctica, el bienestar de los intervinientes; además, entiende que el derecho no es un sistema acabado que ofrece alternativas únicas y “exactas”, sino que se debe propender a la eficacia de los postulados jurídicos.

Para el caso específico de los jueces, el movimiento Derecho y Literatura es muy importante, porque la literatura puede proveerles capacidades que les permitiría proponer alternativas más adecuadas para las partes en un proceso judicial, mediante interpretaciones normativas pragmáticas y no exegéticas. Es necesario entender entonces que el derecho no es un sistema exacto y cerrado, sino que, a medida que pasa el tiempo, las sociedades se van transformando

y con ello cambian las perspectivas frente a casos concretos, de modo que estos no pueden ser decididos de la misma forma en la cual se decidió en el pasado. En efecto, puede suceder que aparecen casos cuyas situaciones fácticas no se han decidido antes, y por eso no hay una fórmula preestablecida que indique cómo dictar una sentencia. En ambos casos, es necesario que el juez pondere principios, haga uso de su discrecionalidad como juez, realice una interpretación guiada por sus sentimientos morales y decida el caso concreto de manera eficaz para las partes involucradas.

En el movimiento Derecho y Literatura se han planteado diferentes divisiones que permiten puntualizar de una mejor manera el enfoque del movimiento, ya que el espectro puede variar y ser bastante amplio. No obstante, el enfoque que se adoptará en este trabajo es el del derecho *como* literatura (Amaya, 2012), que se encaminará por la etapa humanista y por la hermenéutica (Sáenz, 2019).

Capítulo II

Movimiento Derecho y Literatura: las capacidades de los jueces que se acercan a la literatura

2.1 ¿El arte crea mejores modos de percepción del mundo?

En el movimiento Derecho y Literatura se reconoce que el arte tiene facultades excepcionales que le permiten al individuo que interactúa con diferentes expresiones artísticas convivir en el mundo de una manera diferente a como lo hace una persona que no tiene contacto alguno con el arte.

Cuando una persona tiene un acercamiento estrecho con el arte, adopta aptitudes simultáneas desde el momento que comienza a interactuar con las expresiones artísticas. Es importante precisar que esas aptitudes pueden ser mejor aprovechadas si el individuo es consciente de esas capacidades que está adquiriendo y si adopta métodos que le permitan fortalecerlas y usarlas. Por lo tanto, si una persona no tiene contacto con el arte, o si su contacto es poco frecuente, podría no contar con las mismas capacidades que sí tiene la persona que se relaciona con este o cuyo contacto con el arte es constante, debido a que esas aptitudes estarían ausentes o muy poco desarrolladas. El propósito de este capítulo es defender la idea de que las novelas literarias pueden otorgarle al lector capacidades que son útiles para los jueces, toda vez que les ayuda a tener una mejor práctica judicial al momento de proferir decisiones relacionadas con casos difíciles.

La primera pregunta que suele surgir sobre el movimiento Derecho y Literatura es: ¿por qué se elige la novela como medio artístico y no otras expresiones artísticas? En primer lugar, hay que entender que si bien existen otras formas artísticas como el teatro, el cómic o el cine, la novela cuenta con propiedades más cercanas al derecho, toda vez que la novela y el derecho son disciplinas textuales, en las que es necesario que el lector haga un ejercicio hermenéutico

que ayude a la comprensión del texto que está dotado de intencionalidad para emitir un mensaje a la persona que disfruta de una historia o se acerca a una disposición legal.

De manera similar a la literatura, el cómic o las novelas ilustradas son otras expresiones artísticas que pueden aportar mucho al derecho, puesto que su narración es completamente gráfica y, por lo tanto, las situaciones y los sentimientos de los personajes que intervienen en la historia son transmitidos al lector de una manera acertada. Esta es la razón por la cual el lector siente una simpatía fuerte con el personaje y puede sumergirse de manera profunda en la narración y la situación. Sin embargo, por motivos prácticos, he decidido escoger solamente una expresión artística: la novela.

Martha Nussbaum (1995) fue profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y dictó el curso de derecho y literatura. Ella afirma que con el tiempo comprendió que sus estudiantes buscaban con ese curso acercarse a “la investigación y defensa fundamentadas de una concepción humanista y pluralista de la racionalidad pública, que tiene un ejemplo elocuente en la tradición del derecho consuetudinario” (p. 17), y contrarrestar las concepciones científicas de los seguidores del movimiento Derecho y Economía³.

Es importante tener en cuenta que, pese a que el propósito de Nussbaum es alejarse del movimiento Análisis Económico del Derecho, esto no implica que ambos movimientos sean incompatibles o que la autora no tenga en buena estima la ciencia. El reproche de la filósofa es considerar que únicamente mediante una actitud científica o positiva del derecho se puede comprender la justicia.

La idea principal que busca defender Nussbaum en diferentes obras como *El cultivo de la humanidad* (2016) y *Justicia poética* (1995) es que el arte en general tiene la facultad de darle al espectador la capacidad de transformación moral. En *Justicia poética*, ella se refiere

³ Es importante tener en cuenta que, pese a que el propósito de Martha Nussbaum es alejarse del movimiento del Análisis Económico del Derecho, esto no implica que ambos movimientos sean incompatibles o que la autora no tenga la ciencia en buena estima. El reproche que hace la filósofa se centra, más bien, en evitar que se considere que únicamente mediante una actitud científica o positiva del derecho se puede comprender la justicia.

específicamente a las capacidades que las novelas realistas⁴ pueden forjar en el juez; además, considera que la narrativa tiene las facultades necesarias para hacer grandes contribuciones al derecho y al razonamiento público en general.

Martha Nussbaum (1995) plantea tres aspectos esenciales dentro del movimiento Derecho y Literatura, los cuales serán desarrollados en el presente capítulo. En primer lugar, se encuentra la capacidad imaginativa; en segundo lugar, las emociones políticas, y, en tercer lugar, la capacidad interpretativa.

2.1.1 La capacidad imaginativa

Las personas que leen literatura, a medida que van leyendo y avanzando en la historia, recrean en su mente lo que acontece en la narración; en medio de esa práctica, la persona va desarrollando la capacidad imaginativa.

Si una persona tiene desarrollada esta capacidad, tiene mayor habilidad para comprender la realidad de otros seres cuando se encuentran en situaciones o modos diferentes de los de la persona que se encuentra en el ejercicio imaginario. Por esa razón, la capacidad imaginativa se encuentra íntimamente ligada al poder igualador. Este tipo de poder es definido por Andrés Botero Bernal como el deseo que siente el operador judicial de convertirse en un actor que se inclina por generar una igualación social, equilibrando la carga de los actores del proceso si hay una desproporción entre ellas que surge de una desigualdad injustificada.

Para Martha Nussbaum (1995), la buena literatura es la que perturba al lector, en el sentido de que genera en él emociones poderosas; es aquella con la cual los espectadores en medio de la narración se pueden sentir desconcertados, intrigados y desconfiados, o aquella que les genera una confrontación con los pensamientos e intenciones que han tenido los personajes frente a determinados aspectos.

⁴ El concepto de “novela realista” es definido por Nussbaum en *Justicia poética* como el tipo de novela que “presenta formas persistentes de necesidad y deseo humanos encarnadas en situaciones sociales específicas” (1995, p. 32). Por eso, para la autora, la novela realista está dotada de un alto contenido social y político.

La novela tiene un interés particular por la individualidad de las personas, ya que el propósito no está en la descripción de los hechos que le conciernen a una persona desde la perspectiva externa y desde un distanciamiento (Nussbaum, 1995), como si fueran actos y movimientos de piezas mecánicas. Por el contrario, en las novelas hay una búsqueda por relatar la intencionalidad del individuo de manera directa, de forma similar a como lo hace un narrador en primera persona, que, a medida que narra una situación, menciona cómo se siente el personaje al respecto, o como lo hace un narrador de tercera persona, que cuenta los hechos que hacen que las acciones de los personajes que intervienen en la historia tengan una justificación.

En el género de la tragedia, Nussbaum (1995) resalta que Platón consideró que los poetas épicos y trágicos cautivaron al público presentando a unos héroes como personas semejantes a los espectadores. Estos sufrían ante cualquier calamidad que irrumpiera ante ellos, porque no eran autosuficientes, sino que eran seres frágiles como las personas que se acercaban a los relatos. A su vez, esto hacía que se formaran vínculos de compasión e identificación que inducían al lector o al espectador a experimentar piedad y miedo por el trance que padecían los personajes; además, los espectadores sentían temor por sí mismos al ver reflejadas sus posibilidades de manera similar a como eran trastocadas por los personajes.

La novela realista es concebida por Nussbaum (1995) como un género literario en el que se presentan las necesidades y los deseos humanos encarnados en situaciones específicas. En este tipo de novelas, se encuentra presente “la interacción entre las aspiraciones generales humanas y ciertas formas particulares de la vida social que alientan o frustran dichas aspiraciones, modelándolas en el proceso” (1995, p. 32). Para esta pensadora, la literatura realista también desarrolla habilidades imaginativas, como Platón consideraba que lo hacía la tragedia, en el entendido de que para ella la novela realista “inspira compasión en los lectores, instándolos a preocuparse intensamente por el sufrimiento y la desgracia ajena, y a identificarse con los demás de maneras que les revelan posibilidades para sí mismos” (Nussbaum, 1995, p. 99).

El principal argumento que justifica esta aseveración es que esa literatura tiene un efecto directo en el lector en el entendido de que, cuando una persona se acerca a una narración en

la que uno de los personajes está pasando por un momento difícil de manera injustificada, el lector puede sentirse avergonzado de las injusticias que lee en la ficción. Al tener esta sensación, el lector buscaría adoptar una actitud semejante a eliminar la injusticia, de manera que se igualen las relaciones sociales. Nussbaum afirma que la novela realista es la que más incentiva y estimula el cultivo de la imaginación, porque en los relatos realistas se puede ver con mayor compromiso la relevancia moral que implica seguir la vida en medio de un contexto concreto.

Para la autora estadounidense, si en un relato se presenta la vida de una población específica en la que se realiza una serie de distinciones cualitativas y complejas respecto de las descripciones individuales concernientes al funcionamiento en un contexto concreto y si adicionalmente se plasma la información adecuada para evaluar la calidad de vida de esa comunidad en la esfera pública y en privada, el lector se sentiría comprometido a realizar una valoración sobre la concepción que tiene de dicha población. En ese sentido, ella considera que la comprensión literaria “promueve hábitos mentales que conducen a la igualdad social en la medida en que contribuyen al desmantelamiento de los estereotipos en que se basa el odio colectivo” (1995, p. 130). Es decir, si en una narración se recrea una historia en medio de un contexto de una comunidad indígena, se pueden conocer mejor las costumbres de dicha comunidad, la forma en la que suelen relacionarse y las tradiciones familiares, y una vez comprendido esto, el lector puede entrar a valorar. Cuando los lectores de las novelas se conectan con el relato, atestiguan el trance de los personajes, dependiendo de las circunstancias y del contexto donde viven, y precisamente en ese momento se le permite al lector ser cómplice de lo que sucede y entender la manera de actuar y de vivir de las personas que pasan por situaciones similares a las de la narración.

La imaginación no es una capacidad útil solamente para los lectores de literatura o los escritores, sino que esa facultad se extiende a varias disciplinas como el derecho, especialmente para los jueces, debido a que estos constantemente deben acercarse a los relatos que construyen las partes y conocer muy bien la historia relatada a la hora de tomar decisiones. De acuerdo con esto, si un juez durante su vida ha contado con la capacidad económica para sufragar gastos esenciales de salud, educación, servicios públicos y

alimentación, y si ha vivido en lugares donde la violencia común no es una problemática, entonces es necesario que él haga uso de su capacidad imaginativa para comprender la situación de las personas que carecen de esos servicios esenciales. Así, a pesar de no haber vivido circunstancias similares, si el juez lee literatura y ha fortalecido un poder igualador adecuado que le permita situarse en el lugar del otro que sufre, puede tener más habilidades imaginativas para enfrentar un caso difícil, las cuales le permiten ofrecer alternativas que lleven a la solución del conflicto de manera viable y eficaz, o a soluciones más acertadas que las del juez que no se ha acercado a la literatura y no ha tenido la posibilidad de pensar en las capacidades que esta disciplina fomenta.

De otro lado, si un juez que ha tenido una formación literaria se topa con una injusticia — por ejemplo, con una persona que padece una situación arbitraria injustificada—, entonces podrá sentirse más comprometido y motivado para buscar un método o tomar una decisión que le permita alcanzar un principio igualador que neutralice o desaparezca la desigualdad. Esa cualidad es reconocida en los espectadores juiciosos.

La figura de espectador juicioso es tomada de la filosofía de Adam Smith (1997) desarrollada en su libro *Teoría de los sentimientos morales* (1997), aunque él la denomina “espectador imparcial”. A pesar de tener una preocupación por los intervinientes, el individuo es primordialmente un espectador, debido a que no es un partícipe directo de los hechos que presencia. Esto hace que sea distinguido por poseer la habilidad de no tener emociones ni tendencias a garantizar pensamientos o acciones personales. Cuando una persona adopta la disposición de ser espectador en una situación específica, deberá procurar ubicarse lo más que le sea posible en la posición del otro y asumir hasta las mínimas consecuencias que lo puedan llegar a afectar, para que de ese modo haya una correspondencia de sentimientos de ese individuo y el espectador. Smith aclara que las emociones del espectador pueden ubicarse lejos de la persona que sufre. El espectador juicioso tiende a filtrar las emociones que se encuentran centradas en el yo. Entonces, si un juez adquiere las capacidades de un espectador juicioso, podría hacer uso de sus historias personales o de las historias que conoce para encarar los sucesos; sin embargo, tendrá que tener cuidado de que esa examinación no se encuentre parcializada de tal modo que favorezca sus intereses particulares.

Smith considera que para la vida ciudadana es necesario cultivar las emociones apropiadas que nos ayuden a dilucidar lo que debemos hacer. Nussbaum (1995) considera que no todas las emociones son buenas guías, porque para ella las emociones deben surgir de una visión verdadera de lo que sucede. En ese caso, el juez debe hacer una búsqueda e hilar los hechos con ayuda de las pruebas que le fueron presentadas por las partes, para que, a partir de ello, el operador judicial pueda tener una perspectiva más fiel de lo acontecido. La autora menciona que “los datos del caso, su significación para los actores y todas las dimensiones de su sentido o importancia (...) [pueden] resultar elusivas o distorsionadas en la conciencia de los actos” (Nussbaum, 1995, p. 109). Como se ampliará a continuación, esta anotación es importante, porque los agentes pueden sentir emociones más fuertes si la otra persona que sufre se encuentra en medio de circunstancias difíciles generadas por un infortunio y su padecer es injustificado.

2.1.2 Las emociones políticas

Estas emociones son muy importantes dentro del movimiento Derecho y Literatura, y en la filosofía de Martha Nussbaum, ya que ella considera que una sociedad que esté dotada de emociones puede ser promotora de una crítica abierta; si bien esta situación no facilita la vida en comunidad (por la diversidad de pensamientos contrarios e incompatibles), es necesaria dentro de una sociedad.

Las naciones constantemente buscan desarrollar las emociones políticas que más se acoplen a los propósitos de cada Estado, y por eso las emociones tienen la facultad de servir como sustento a los principios políticos que se encuentran positivizados en los ordenamientos jurídicos de los países. Esas directrices políticas se plasman comúnmente en forma de valores en las constituciones de cada país.

Según Nussbaum (1995), la literatura se relaciona con las emociones, en el entendido de que las obras literarias generan en el lector emociones que provocan sentimientos respecto del ser humano individual. Para ella, las obras literarias se acercan a lo que sugería Adam Smith,

y son contempladas como elaboraciones artificiales que contienen elementos cruciales para una norma de racionalidad pública y como valiosas guías para una respuesta acertada.

La primera emoción relevante es la empatía. Esta emoción es comprendida como la capacidad que tienen los individuos de imaginar una situación placentera o desagradable que vive o ha vivido otra persona diferente a sí mismo, de tal manera que la persona que imagina puede adoptar la perspectiva del otro para poder comprender lo que está sucediendo. Es importante tener en cuenta que la empatía no es pensar cómo se sentiría uno en el lugar que ocupa otro individuo, sino que es la facultad de entender lo que le acontece a una persona similar a uno mismo. Para que la empatía pueda ser sentida adecuadamente, es necesario que el espectador se involucre en la vicisitud de la otra persona.

Si quien lee es un juez con capacidad imaginativa, se podrá ubicar más fácil en la perspectiva de los intervinientes en el proceso, ya sea del acusado, el demandado, el demandante o la víctima, y podrá mediante una emoción empática comprender cabalmente los hechos y el conflicto, y mejorar sus decisiones como juez poniendo en práctica sus conocimientos judiciales y su creatividad para imaginar cómo serían los efectos para las partes con la decisión que tomará en un caso concreto.

La segunda emoción se relaciona con la capacidad empática. Como se dijo anteriormente, la persona que lee literatura puede colocarse en el lugar del otro para comprender el conflicto central, y el individuo que desarrolla esa habilidad, pese a que hace un cambio de rol, comprende que es un espectador externo a los hechos narrados. Andrés Botero Bernal (2012) afirma que esta capacidad formulada por Nussbaum respecto a adoptar la posición del personaje y retomar su propia perspectiva permite que el lector adquiera una neutralidad activa, en la cual el sujeto sabe que no está dentro de la trama, pero sí puede sentir de manera cercana lo que sienten las personas que están padeciendo el drama. Esta habilidad es de gran utilidad para los jueces, porque conserva la neutralidad al reconocer su rol, sin dejar de lado la búsqueda de la empatía. En ese entendido, el juez que adquiere la habilidad de la neutralidad activa, al momento de juzgar, podrá sentirse como un agente externo del conflicto central que se está debatiendo, de suerte que garantizará la independencia judicial, pero

también la cercanía y la sensibilidad por lo que se está debatiendo; es, en últimas, la capacidad de conservar los límites.

Para lograr lo anterior, es necesario contar con neutralidad judicial, en el sentido de que no se acomoden los principios a las exigencias de ciertos grupos o individuos, buscando favorecerlos de acuerdo con sus creencias personales.

Nussbaum (2008) afirma que los seres humanos adquieren la capacidad de leer el pensamiento de otros individuos luego del primer año de vida, y por eso el niño puede diferenciar las características que lo dividen de sí mismo y de otras personas que interactúan con él. Esta capacidad es trascendental, debido a que les permite a los humanos comprender el mundo desde un punto de vista empático, de un modo tal que se pueda asimilar y entender la perspectiva del otro.

La tercera capacidad es la compasión, que es concebida por Nussbaum como una emoción dolorosa que se encuentra dirigida hacia el sufrimiento grave que padecen una o varias criaturas (Nussbaum, 2014, p. 199). Este sentimiento implica que el tercero o espectador reconozca que otra persona está padeciendo un dolor del cual no es directamente culpable (Nussbaum, 2016, p. 124).

La compasión requiere que el espectador tenga la creencia de que la otra persona está sufriendo de manera grave y de que ese sufrimiento no surge por su propia intencionalidad, sino por circunstancias exógenas a él. Las personas que sienten compasión deben considerar de algún modo que la realidad que sufre la otra persona puede ser similar a la de la persona que siente compasión (Nussbaum, 1995, p. 108). Para Nussbaum, el lector que se acerca a la literatura realista puede sentirse avergonzado por las malas situaciones que padece uno de los personajes, debido a la cercanía que esos relatos tienen con la cotidianidad y los temas tratados en las narraciones realistas.

La compasión que describe Nussbaum está compuesta por tres matices. El primero es el *pensamiento de gravedad*, que se presenta cuando una persona experimenta compasión y considera que el otro sufre de un modo importante. El espectador hace la valoración del sufrimiento, aunque la persona que padece la dificultad no se percate de su infortunio.

El segundo es el *pensamiento de la no culpabilidad*, y al respecto Nussbaum asevera que, por lo general, las personas no sienten compasión por los individuos que han propiciado intencionalmente una dificultad, a no ser que el origen del padecimiento surja de un factor externo. El sentimiento de compasión se diluye si la persona que sufre ha sido la causante directa de la mala situación que la aqueja. Sin embargo, esa generalidad no parece ser absoluta, dado que Nussbaum afirma que en algunos casos podemos sentir compasión por las personas a quienes podemos atribuirles la culpa de lo que les acontece. Por esto, la compasión y la atribución de culpa se dirigen a un ámbito colateral de la situación del individuo. La intensidad del sentimiento de compasión se encuentra determinada por el grado en que se presente la culpa del agente.

El tercero es el *pensamiento de la similitud de posibilidades*, y en este se analiza la manera como la persona que siente compasión por otro concibe que el ser que sufre tiene posibilidades similares a las que se le podrían atribuir a él mismo. No obstante, es posible que una persona sienta compasión por una calamidad que no se parezca a ninguna que ese individuo pueda experimentar.

Si el lector se topa con una historia en la que se narra una situación complicada —por ejemplo, la de una persona que padece una dificultad, de suerte que emprende actuaciones para mejorar y resolver aquello que la aqueja—, entonces se verá trastocado por emociones que permiten sentir compasión y empatía por la situación que padece la otra persona. En ese sentido, como lo menciona Nussbaum, la literatura que perturba es la que hace repensar al lector respecto de una posición que ha adoptado sobre un tema o un grupo de personas, en el entendido de que si una persona se acerca a una historia relatada de manera adecuada y ese individuo ha tenido unas condiciones de vida diferentes a las de un personaje que interviene en una historia, entonces puede comprender la vida del personaje de una manera cercana, e incluso ponerse en su lugar y entender por qué otras personas que poseen similares características actúan de la misma manera en la que se describe en la historia.

Para Nussbaum, la compasión y la simpatía son sentimientos diferentes, porque no siempre que una persona siente empatía por otra puede transformar ese sentimiento en compasión, debido a que la empatía puede sentirse frente a acontecimientos placenteros o difíciles,

mientras que la compasión requiere únicamente de una mala situación. Para que la empatía pueda llegar a ser comprendida como compasión, Nussbaum considera que es necesario que un individuo tome el lugar del otro que sufre, teniendo presente que no es él quien padece una calamidad, sino un individuo ajeno a él.

La capacidad para separar la visión del que sufre y la perspectiva del espectador es uno de los elementos que permiten relacionar la empatía con la compasión, dado que, al experimentar un sentimiento de compasión por una persona, es necesario comprender suficientemente las particularidades cualitativas de la vida del otro que resultan ser determinantes para el acontecimiento del infortunio del afectado. La tarea fundamental para el espectador es saber tomar la distancia adecuada que le permita diferenciar que quien está acongojado es el otro y no él, de manera que no experimente un dolor propio por una desgracia ajena, sino que comprenda el dolor desde la perspectiva del que padece la adversidad (Nussbaum, 2008).

El movimiento Derecho y Literatura ha tenido que enfrentar varias acusaciones. En efecto, algunas visiones tradicionales del derecho como el positivismo jurídico, por ejemplo, tildan las emociones como impulsos irracionales, y por eso no las consideran una buena herramienta en el debate público. Esta crítica se ha fortalecido dentro de la práctica judicial, debido a que se ha pensado por mucho tiempo lo siguiente:

Un buen juez (...) es alguien estable, alguien que no se deja mecer por las corrientes de la fortuna ni de la moda (...) En cambio, la gente que es presa de las emociones, al encontrar importantes elementos de su bienestar fuera de sí misma, cambia con los vientos de la fortuna y es tan veleidosa como el mundo. (Nussbaum, 1995, p. 90).

La figura del juez se ha construido tradicionalmente desde una perspectiva lejana a las emociones, pues se considera que los sentimientos pueden dar cabida a perspectivas nebulosas y llevar al juez a tomar decisiones caprichosas y arbitrarias dentro del juicio.

Por lo general, se ha sostenido que los sentimientos no son útiles, porque “las emociones son irracionales en un sentido normativo, y en consecuencia inadecuadas como guías en la deliberación pública” (Nussbaum, 1995, p. 88). Sin embargo, en medio de esa discusión, se

han pasado por alto no solo las facultades que deben ser adquiridas por los individuos para aprovechar las emociones, sino también las maneras en las que estas pueden obtenerse. Y como se ha dicho, una podría ser la literatura, cuando el lector se acerca a narraciones que le permiten sentir emociones en medio de la lectura.

Adicionalmente, se suele considerar que las emociones son irracionales y que, por lo tanto, deberían de ser excluidas de las deliberaciones. Los jueces conocen múltiples situaciones en medio de los procesos judiciales que son planteadas como problemas jurídicos que necesitan una resolución. Las emociones son disposiciones con las que cuentan los seres humanos independientemente de su profesión, y no son facultades que se encuentren por fuera de los individuos. Por esta razón, siempre estamos movidos por los sentimientos, sobre todo cuando tocamos temas que son inherentes a la condición humana —como los asuntos que deben conocer los jueces—; por ejemplo: la libertad, la autonomía reproductiva y el desarrollo de la personalidad.

En estos casos, en vez de propender por la eliminación de las emociones en medio del ejercicio profesional, se debe procurar por aprender a sacar provecho de ellas y utilizar de manera adecuada los sentimientos que puede generar en el juez una guía adecuada respecto de la resolución de un “caso difícil”⁵; el propósito es que las partes puedan encontrar soluciones prácticas y acertadas en el proceso.

Sobre lo anteriormente expuesto, es importante resaltar lo que Nussbaum (1995) menciona: “el intelecto sin emociones es, por así decirlo, ciego para los valores: no capta el valor de la muerte de una persona, una captación que es inherente al juicio basado en las emociones” (Nussbaum, 1995, p. 102). De acuerdo con esto, no es suficiente con tener jueces capacitados

⁵ Este término será ampliado posteriormente. En términos generales, los casos difíciles están enmarcados en medio de situaciones fácticas que no son comunes y, por lo tanto, las normas aplicables para el caso concreto no son suficientes para tomar una decisión, o no existe disposición que ayude a resolver el conflicto. En este trabajo de investigación, la relevancia de los casos difíciles implica que, para resolver procesos en los que hay un caso difícil, el juez debe ser más estudioso, empático y cuidadoso al momento de proferir una sentencia, porque de su decisión depende la garantía de los derechos fundamentales de una persona o de un grupo de personas; además, con su fallo puede formar un precedente con el que puede ayudar a otros jueces a que conozcan sobre un asunto similar.

a los que se les han sustraído las emociones, es necesario un juez que sepa captar las realidades y ponga en práctica sus conocimientos jurídicos de mano con las emociones.

2.1.3 La capacidad interpretativa

Desde una perspectiva general, la interpretación es concebida por Hans-Georg Gadamer (2003) como la recreación de una obra que puede estar representada de diferentes maneras; todo depende del modo como sea percibida y del sentido que le imponga la persona que se disponga a interpretarla. La interpretación es la manera de expresar lo dicho por un tercero en una obra de arte, una manera diferente a la propuesta original, de suerte que la persona que la interpreta le incorpora un nuevo elemento a la obra, pero conservando su esencia. Esta noción de interpretación se puede comprender mejor si pensamos una interpretación de una pintura famosa. *El retrato de Giovanni Arnolfini y su esposa* es una pintura creada en 1434 por Jan van Eyck, pero en 1997 Fernando Botero creó una interpretación de ese cuadro conservando no solo su estilo como pintor, sino también la esencia de la escena del cuadro.

Desde una perspectiva más específica, relacionada con la interpretación de los textos, Gadamer menciona que la persona que desea comprender un texto comienza haciendo una proyección del contenido, de manera que cuando en este se devela un sentido determinado, el intérprete cuenta con la posibilidad de articular y proyectar el sentido en su conjunto.

Ronald Dworkin (1989), en *Los derechos en serio*, define la interpretación jurídica como un proceso de descubrimiento de lo que diferentes autores —tales como miembros de congresos, consejos, asambleas, jueces o funcionarios administrativos— tenían en mente. Este filósofo del derecho asevera que en el derecho se puede mejorar la comprensión si se compara la interpretación jurídica con la interpretación de otras disciplinas, en particular, con la literatura. Para Dworkin, la interpretación de un texto literario dirige la lectura, para marcar cuál es el sentido, la voz o la dirección que debe develar el texto como una verdadera obra de arte.

El filósofo Joseph Raz (1996) expone que la interpretación es posible cuando lo que será objeto de interpretación no es claro ni obvio. Según él, la interpretación toma importancia cuando se acepta que el derecho no es un sistema perfecto, sino que tiene vacíos debido a que se basa en proposiciones que carecen de valor de verdad. La valoración de una interpretación se centra en el éxito de esa interpretación, de modo que las interpretaciones pueden ser calificadas como correctas o incorrectas dependiendo de qué tan razonables sean y de cuál es su habilidad para hacer que la gente entienda el sentido que le está dando el operador judicial (Raz, 1996).

Uno de los elementos más importantes para la comprensión de un texto es la disposición que el lector tiene frente al contenido de la lectura, ya que este es un requisito esencial para que se pueda generar una real comunicación entre el lector y el autor, y conocer mejor las propuestas que se encuentran plasmadas en el texto. Para el caso del derecho, depende de la disposición que tenga el ciudadano, el juez, el funcionario público o el abogado que lee una norma específica, porque de ello dependerá la interpretación que este haga del imperativo plasmado por el legislador. Sobre la actitud de las personas frente al texto, Gadamer menciona que “el que quiere comprender un texto tiene que estar en principio dispuesto a dejarse decir algo por él. Una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio para la alteridad del texto” (Gadamer, 2003, p. 170).

La ley puede ser entendida en consecuencia con su validez jurídica. Entenderla adecuadamente depende no solo de la intención que quiso plasmar quien la creó, sino de las pretensiones que tiene el lector en una situación determinada, en la cual cabe la posibilidad de que la ley sea entendida de una manera nueva y distinta. Por ejemplo, una misma ley puede servir a dos personas para fines diferentes: a una para demandar a su deudor y a la persona demandada para defenderse. En este sentido, Dworkin (1989) considera que si una ley o la constitución no es clara sobre un aspecto por contener una disposición vaga o ambigua, en ese caso es necesario hacer uso de las técnicas de interpretación jurídica. Para el jurista, el derecho es entendido como una herramienta que permite resolver asuntos colectivos e individuales.

Dworkin (1989) también declara que la descripción que ofrece de la interpretación no da vía libre a “cada juez para encontrar en la historia de la doctrina jurídica lo que quiera o lo que él o ella cree que debe encontrar” (p. 169). En este punto, hay que tener presente que la interpretación no da cabida a que las personas puedan realizar abstracciones amañadas del sentido de un texto; por eso, los jueces deben usar la interpretación de la mano con las capacidades literarias anteriormente expuestas, a fin de evitar que en los juicios haya interpretaciones caprichosas. En otras palabras, a pesar de que puedan existir varias interpretaciones, de ahí no se sigue que no pueda haber interpretaciones mejores que otras, o por lo menos que haya una interpretación objetiva.

Uno de los problemas más comunes al realizar interpretaciones es la falta de objetividad que podemos poseer los individuos cuando analizamos un texto, debido a que las personas pueden tener una creencia radical frente a un asunto específico y parcializar la comprensión por sus concepciones previas. Por esta razón, es importante tener en cuenta que la comprensión “sólo alcanza sus verdaderas posibilidades cuando las opiniones previas con las que se inicia no son arbitrarias” (Gadamer, 2003, p. 33).

Frente a este asunto, Gadamer (2003) plantea que una persona que se acerca a un texto puede tener una receptividad real del contenido. Sin embargo, para que el lector pueda tenerla, es necesario que se disponga a comprender y matizar sus propias opiniones y prejuicios para complementarlos según lo planteado por el autor del texto, la situación propuesta por la novela o el imperativo contemplado en la norma. Por eso, es importante que las personas tengan una conciencia hermenéutica que les permita ser mucho más receptivas frente a lo esbozado por un autor.

Para Gadamer, la interpretación se encuentra estrechamente relacionada con la comprensión, debido a que la interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión, sino que interpretar y comprender son actos que se realizan de manera concomitante. Gadamer (2003) aseveró que pensar esos dos actos de manera separada es un error frecuente dentro de la interpretación jurídica, dado que el conocimiento de un texto de carácter jurídico y su aplicación a un caso concreto son percibidos como dos actos separados y no como una unidad.

La comprensión del texto es paulatina, porque la persona que se dispone a comprender debe hacer una constante revisión de lo que va deduciendo del escrito y de la manera como va entendiendo, poco a poco, la propuesta que se encuentra en el texto. El sentido es determinante para la comprensión de los textos, aparece progresivamente y puede variar entre los lectores, porque cuando el lector se acerca a un texto, se encuentra dotado de un cúmulo de expectativas y experiencias previas que se van relacionando e imbricando con el sentido del texto.

Ronald Dworkin menciona que los espectadores de una novela pueden hallar detalles no advertidos por su autor en el proceso de creación. Esos hallazgos nutren la obra de arte, en el entendido de que un texto no tiene una única interpretación, sino que podrían haber nuevas interpretaciones de un mismo texto. Sin embargo, ese proceso se torna eficaz únicamente si las personas desligan sus intenciones y preceptos, y si se deja abierta la posibilidad de que el texto hable por sí mismo.

De esta manera, se puede cuestionar si el legislador promulga una ley de manera abstracta y luego un juez la interpreta y la aplica a un caso o grupo poblacional a los cuales dicha disposición legal no estaba dirigida en principio. En ese momento, el juez está viendo una aplicabilidad mucho más amplia que la del legislador cuando estaba en su proceso de creación. De modo semejante, otro juez puede elegir la misma norma y aplicarla a un caso nuevo y a una comunidad diferente, haciendo uso de la adecuación de la norma en el caso concreto y no eligiendo subjetivamente la norma que más beneficie a una persona, sino porque las razones demuestran que es la más conveniente para resolver el conflicto.

La persona que crea la norma o la obra de arte realiza dos acciones, porque, a la vez que se encuentra en el proceso de creación, debe interpretar lo creado. El segundo intérprete de esa obra sería la persona que se acerca a la norma o a la obra de arte, y al igual que el creador, debe hacer un trabajo doble. Según Dworkin, uno de interpretación y otro de creación de la obra de arte; la creación a partir de lo interpretado. Si hay un tercer intérprete que se acerca a la interpretación del segundo intérprete, no se puede ver afectada la intencionalidad del texto, ya que ninguna interpretación es decisiva después del segundo intérprete, es decir, cada participante debe asumir su rol con responsabilidad e interpretar de manera tal que la

intencionalidad del autor o creador se conserve. Para ejemplificar, Dworkin menciona el caso de los chistes; cuando estos son contados, la narración debe ser precisa y adecuada para provocar la risa en los individuos.

Es imprescindible tener en cuenta que la visión que construye el lector juicioso no es infalible. Las emociones, como se ha argumentado, cuentan con la posibilidad de contribuir de manera positiva a los individuos. Sin embargo, Nussbaum asevera que, para evitar la falibilidad, el espectador debe poseer un juicio crítico cuando selecciona la novela y se sumerge en ella. Además, propone que las personas no se deben quedar con sus propias conclusiones, sino que es necesario mantener un escrutinio crítico del pensamiento moral, deliberando y teniendo en cuenta el juicio de otros, porque, en últimas, se trata de una actividad constante de retroalimentación.

2.1.3.1 Los límites de la interpretación

Para Heidegger, la interpretación debe tener límites. Sin duda, “toda interpretación correcta tiene que protegerse contra la arbitrariedad de las ocurrencias y contra la limitación de los hábitos imperceptibles del pensar, y orientar su mirada a la cosa misma” (Gadamer, 2003, p. 332). El intérprete debe ser consciente no solo de que hay límites dentro de la interpretación, sino de que esas restricciones deben ser consideradas y respetadas para que la interpretación no pierda su contenido esencial; así, evita la tergiversación de la obra por una mala interpretación.

La aplicación de lo interpretado tiene tanta importancia para Gadamer (2003) como la interpretación y la comprensión en el proceso hermenéutico, ya que el propósito de la comprensión va encaminado a la aplicación de algo general a algo más específico o determinado. Los jueces conocen disposiciones generales que surgen a partir de leyes que son proferidas por el legislador para resolver problemas en diferentes ámbitos. La tarea del juez es aplicar la ley a casos particulares. Por eso, el operador judicial debe comprender e interpretar previamente la ley para poder aplicarla adecuadamente en un caso concreto; si

esto no fuera así, las decisiones judiciales serían arbitrarias y podrían resultar bastante perjudiciales para las personas que se encuentran en medio del litigio.

Cuando se aproximan a una historia, los lectores de literatura deben comprender muy bien los hechos que plantea el escritor, si el propósito es entender bien el drama central de la novela. Esa capacidad es similar a la comprensión que requieren los jueces cuando se acercan al expediente de un proceso en el que las partes aportan su versión de los hechos y las pruebas que dan fe de lo ocurrido; en ese momento, el juez debe comprender la posición de cada parte y el conflicto que se desea resolver. En ese sentido, Nussbaum afirma que los jueces que leen mucho mejoran su capacidad interpretativa de los hechos y eso les ayuda a ser mejores jueces, debido a que tienen más cercanía con el expediente.

Según Dworkin (1989), los casos difíciles son una teoría del positivismo jurídico que se presenta cuando en un litigio no se puede subsumir una norma jurídica; dado este caso, el operador judicial puede hacer uso de la discrecionalidad judicial para decidir el caso del que conoce. Para Dworkin, la diferencia entre casos fáciles y difíciles radica en que los primeros gozan de una interpretación única, mientras que los segundos poseen múltiples interpretaciones, imprecisiones, conflictos entre principios y desacuerdos.

Dworkin (2005) menciona que en derecho los casos difíciles se parecen a un extraño caso literario. Para él, el parecido surge cuando el juez debe ponderar y pronunciarse sobre el precedente jurisprudencial que se crea teniendo en cuenta las decisiones que han tomado otros jueces que han conocido casos similares. Ese estudio lo debe de hacer el juez, debido a que las normas que se encuentran escritas no son relevantes para el caso que está conociendo, y para poder decidir, el operador judicial debe incorporar los principios que fueron relevantes en otras decisiones. Cuando el juez comienza a leer e interpretar las sentencias de otros jueces, el operador judicial se convierte en un novelista en la cadena, porque mientras va conociendo el precedente, también va formando una opinión sobre cómo se han trazado las soluciones para los casos que se encuentran relacionados con ese problema jurídico. Además, para el jurista, cada vez que se profiere un fallo, se crea una historia nueva y un modo de resolver el asunto que puede respetar la manera como deciden los otros jueces o, por el contrario, puede apartarse de ese precedente; no obstante, el juez que se dispone a decidir

respecto de un caso sabe que tiene bajo “su responsabilidad continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy” (2005, p. 167).

Para el filósofo Herbert Lionel Adolphus Hart (2000), los casos difíciles son aquellos en los que el juez no está de acuerdo con las soluciones que presenta el derecho, o aquellos que, a su parecer, se encuentran incompletos o para los cuales no existe regulación alguna por parte del legislador. En ese sentido, para tener una decisión adecuada, los jueces que conocen del proceso deben hacer razonamientos que sean apropiados para la resolución del conflicto que están conociendo, y a este ejercicio Hart lo denomina “discrecionalidad judicial”.

Hay casos que tratan problemáticas nuevas a las que el legislador no ha ofrecido una regulación. A pesar de no contar con normas específicas, el juez puede hacer uso de los principios y valores estatales para decidir el caso concreto, y con ayuda de otros jueces que conozcan casos similares, crear un precedente judicial. Sin embargo, hay que aclarar que los jueces en medio de esta práctica no suplen la tarea del legislador. Para Hart (1961), las normas siempre tienden a tener zonas de penumbra porque son disposiciones generales que son usadas para resolver situaciones particulares. Por eso dice lo siguiente:

Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. (Hart, 1961, p. 159).

Las normas jurídicas son creadas para regular comportamientos de manera general. Sin embargo, en medio de este propósito suelen dejarse abiertas múltiples posibilidades para su aplicabilidad, debido a que se emplea un lenguaje impreciso o indeterminado. Hart menciona que, si el mundo donde vivimos estuviera condicionado a un número determinado de acontecimientos, podríamos elaborar reglas con las que no se necesitaría una elección para su aplicación y se conocería de antemano la solución del problema específico. Pero eso solo podría suceder, como él lo afirma, en un lugar donde pudiera adecuarse una teoría jurídica mecánica. Para el jurista, ese mecanismo nunca podría ser viable en el mundo que

conocemos, porque “los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar” (Hart, 1961, p. 160).

La realidad muestra que la gran mayoría de procesos judiciales son fáciles, pero de manera eventual surgen casos difíciles, dado que todos los días acontecen sucesos trascendentales en la vida de las personas. De estos, posiblemente se derivan problemas jurídicos que son producto de un tercero, de una fuerza incontrolable, del azar o de un acontecer político. Para estos casos difíciles, es necesario que el juez que conozca el caso esté suficientemente preparado para emitir una buena decisión.

Es importante tener en cuenta que la interpretación es una de las facultades más importantes que tienen los jueces. Efectivamente, cuando una ley es ambigua o hay lagunas legales porque el caso no se puede adaptar a un proceso de solución previamente establecido por el legislador, el juez puede determinar, a través de la interpretación legal, cómo debe ser entendida o decidida una ley particular, de manera que puede encontrar una alternativa para solucionar eficazmente un caso difícil.

Para Gadamer (2003), la capacidad de juicio de los jueces se guía a través de la jurisprudencia, en la cual la hermenéutica ayuda a la complementación de la concreción del derecho. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que hay casos específicos en los que no basta con que se decida un caso haciendo uso de un principio general para solucionarlo, pues en constantes ocasiones el operador judicial debe incluir elementos diferentes a las normas o principios para tomar una decisión adecuada. Por ejemplo, realizar una valoración minuciosa del conflicto que se presenta y decidir según razonamientos apropiados, de manera que sean favorables para las partes o según las costumbres que se desarrollen en la sociedad.

Por definición, la capacidad de juicio se encuentra estrechamente relacionada con la capacidad de juzgar. Para Hans-Georg Gadamer (2003), la primera capacidad consiste en subsumir algo particular en una generalidad, de manera que se pueda reconocer lo específico desde un imperativo general que es entendido como regla. Por ejemplo, Mateo deberá tener capacidad de juicio al decidir si castiga o no a su hijo Roberto por pegarle a su compañero del jardín que le había robado el lápiz. En ese momento, Mateo deberá hacer una valoración

del caso particular teniendo en cuenta la dualidad de dos principios sociales: por un lado, rechazar la violencia y, por el otro, no tomar los objetos de los demás sin su consentimiento.

Cuando el juez se aparta de los mandatos legales para proferir decisiones judiciales, está creando derecho, debido a que la sentencia que decide un caso particular puede servirles a otros operadores judiciales en un futuro como posible guía para decidir casos en los cuales el problema que se discute y los hechos son similares. Por lo anterior, tiene mucho sentido lo que dice Gadamer: “El juez no sólo aplica el derecho concreto, sino que con su sentencia contribuye por sí mismo al desarrollo del derecho” (Gadamer, 2003, p. 71).

Según Dworkin, cuando los jueces deciden casos específicos que implican la interpretación de una situación o de una ley concreta, crean sobre la marcha una nueva legislación de tal manera que el operador judicial la considere mejor. Jerome Bruner (2003) menciona que las historias brindan a los lectores modelos de mundo y que los casos judiciales del pasado pueden ser utilizados como modelos para confrontar la jurisprudencia actual en lo concerniente a los precedentes.

La interpretación jurídica es una interpretación de la voluntad del pueblo que fue materializada por el legislador a través de una ley. El propósito de la interpretación es concretar las normas en los casos particulares a través de la aplicación. Como se ha mencionado anteriormente, la autoridad competente para realizar complementaciones o modificaciones al derecho se encuentra bajo la figura del juez. Cuando este hace un esfuerzo por comprender e interpretar una ley, está buscando conocer y reconocer el sentido social que se encuentra vigente y se manifiesta en los individuos de una sociedad de manera particular. Sin embargo, es importante precisar que este servidor público puede ser disciplinado si su actuar no es acorde con las normas jurídicas del ordenamiento.

Según Gadamer (2003), para Aristóteles “(...) toda ley se encuentra en una tensión necesaria respecto a la concreción del actuar, porque es general y no puede contener en sí la realidad práctica en toda su concreción” (p. 199). Ese problema es uno de los más frecuentes dentro de la hermenéutica jurídica, porque la norma está pensada para abarcar la mayor cantidad de casos posibles en una situación general. Sin embargo, es posible que un caso particular no

pueda ser solucionado con ese modelo prefabricado de solución propuesto por el legislador y, en consecuencia, el juez no pueda aplicar la norma en ese momento. En ese sentido, Gadamer tiene una posición similar a la de Aristóteles, dado que para él la ley es deficiente en la medida en que la realidad humana es deficiente y no permite una aplicación simple.

En Colombia, los jueces no suelen apartarse de las normas jurídicas para decidir casos difíciles en los que la norma no es una herramienta efectiva para la solución del conflicto, aunque cuenten con la posibilidad de crear nuevas fuentes de derecho, como, por ejemplo, la jurisprudencia. La razón más fuerte que tienen los jueces para no apartarse del ordenamiento normativo se encuentra en el artículo 413 del Código Penal colombiano, ya que en esa ley se incluyó un delito denominado prevaricato, y sancionado de la siguiente manera:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis (66,66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses. (Ley 599, 2000)

Como se puede evidenciar, la sanción por el delito de prevaricato castiga al infractor desde tres esferas: la libertad, el patrimonio y la posibilidad de hacer parte del Estado como funcionario público. Estas normas tienen el propósito de conservar la obligatoriedad de las normas, y propenden a que no se elimine la fuerza impositiva que poseen las leyes. Sin embargo, podrían limitar demasiado el actuar de funcionarios públicos que deben tomar decisiones trascendentales, en las que posiblemente la ley no prevea las alternativas para solucionar el problema jurídico.

El mismo temor que sienten los jueces para apartarse de las normas jurídicas se extiende a los operadores judiciales cuando optan por mantener un precedente jurisprudencial fijo en la resolución de casos difíciles en los que hay opiniones divergentes dentro de la sociedad. Ellos se enfrentan al miedo que producen las investigaciones disciplinarias por defender de manera arbitraria sus propias concepciones, dejando de lado el rol que deben asumir como jueces y evitando realizar análisis objetivos que les permita a las personas que lo necesitan llegar a una solución adecuada del caso concreto. Un ejemplo de lo anteriormente expuesto es la

decisión que tomó la Corte Constitucional colombiana respecto al aborto, situación que será analizada posteriormente.

Una manera que podría ayudar a atenuar el miedo que pueden sentir los jueces frente a esa limitación es incentivar mucho más el uso y la aplicación de la hermenéutica jurídica y fortalecer mediante el arte —específicamente a través de la literatura— las capacidades que mejoran las decisiones de casos difíciles. Con esta propuesta, los jueces pueden proferir fallos mucho más razonables que se adapten a las necesidades de las personas y no sentencias arbitrarias que se adecuan a la norma y evitan a toda costa configurar el delito de prevaricato sin pensar en quién pueda salir perjudicado.

Para Gadamer, “la idea de un ordenamiento jurídico está contenido en que la sentencia del juez no obedezca a arbitrariedades imprevisibles sino a una ponderación justa del conjunto” (Gadamer, 2003, p. 204). Por esto, es importante que el juez haga un ejercicio pertinente de hermenéutica jurídica, aplicando la interpretación, la comprensión y la aplicación de normas, así como los principios generales y la costumbre, de tal manera que las decisiones no sean tomadas caprichosamente, sino que correspondan a una valoración y una decisión adecuadas que minimicen al máximo los daños de las personas.

2.2 El aborto: perspectivas morales y jurídicas desde el contexto de las capacidades y emociones otorgadas por el movimiento Derecho y Literatura

En este apartado, desarrollaré las posturas sobre el aborto desde una perspectiva moral, incorporada a los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional de Colombia. Puesto que los casos relacionados con el aborto no deben ser tratados todos de un modo igualitario, el juez debe estudiar cada caso concreto de manera integral, con el fin de impartir una sentencia adecuada para las partes que intervienen en el proceso judicial.

Para hablar del aborto, tomaré tres posturas que asumen la discusión desde perspectivas diferentes. En primer lugar, Donald Robert Perry Marquis desarrolla una postura contra el aborto y sostiene que este es inmoral; en segundo lugar, está la postura de Judith Jarvis Thomson y de Peter Singer, quienes lo defienden; finalmente, se complementa la discusión teniendo en cuenta la concepción que sobre el aborto tiene la Corte Constitucional colombiana.

Donald Robert Perry Marquis (1989) defiende la idea de que el aborto es inmoral, principalmente, porque se encuentra dentro de la misma categoría que dar muerte a un ser humano adulto inocente. El texto donde sostiene esa tesis está dividido en dos posiciones: la proabortista y la antiabortista. Las dos posturas fundamentan sus creencias sobre el aborto en supuestos contrarios, y que en el fondo se encuentran sustentados o basados en similares cuestiones, como tendremos la oportunidad de verlo más adelante.

En la discusión sobre el aborto entran en conflicto los valores o bienes jurídicos relevantes que supuestamente tiene el feto y los derechos que la mujer tiene cuando se encuentra en estado gestacional. Thomson (1971), por ejemplo, menciona que en las discusiones relacionadas con el aborto se suele poner como punto de partida el reconocimiento de derechos que se encuentran en conflicto, tales como el derecho a la vida y el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo.

El hecho de terminar con la vida de un inocente constituye una de las razones por las cuales el aborto es considerado como incorrecto. Pero este argumento hace más grande el problema, porque si está mal matar a seres inocentes, entonces es necesario incluir, además de los animales humanos, a algunos animales no humanos a los que habría que preservarles la vida. Para que un ser sea sujeto de derechos, no se requiere que sea consciente de poseer derechos, sino que la protección se encuentra en la calidad del sujeto. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano las plantas y los animales no humanos son protegidos de manera diferente que los animales humanos.

Una de las defensas más fuertes del aborto se centra en la especie, al considerarse que está mal practicarlo porque se termina con la vida de un ser humano. Sin embargo, no se califica

del mismo modo el hecho de terminar con la vida de un animal no humano, incluso luego de su nacimiento, o mofarse de su sufrimiento, como es el caso de las peleas de perros o los procesos de experimentación con primates. Al respecto, Singer (1995) considera que el movimiento “provida” se ha autodenominado de manera errónea, debido a que, al no estar de acuerdo con procedimientos abortivos, eso no quiere decir que se estén defendiendo todas las vidas; de hecho, hay personas que se denominan “provida” y comen habitualmente alimentos cárnicos, y por eso es posible comprender que la preocupación de este movimiento se centra en la vida de las personas de la especie humana y no en la vida de los seres vivos en general. Lo que constituye un evidente caso de especismo.

Singer (1995) propone que se ponga en el mismo nivel la vida de los animales no humanos y la del feto, debido a que muchos animales demuestran tener niveles de racionalidad, conciencia de sí mismos, conocimiento e incluso capacidad de sentir emociones; algo que no podría afirmarse de un feto de tres o menos meses de formación. Por lo tanto, si se considera que terminar con la vida de un feto es inmoral, terminar con la vida de un animal con características similares a las de los seres humanos también debería de serlo.

Marquis (1989) menciona que, al percatarse de esa ambigüedad, podría perfilarse un poco más ese argumento de la posición antiabortista y reformular su supuesto diciendo que es moralmente incorrecto finiquitar una vida humana. Para el autor, esta última posición también es bastante amplia, porque se le da el mismo trato al feto sin tener en cuenta el estado de desarrollo en el cual se encuentra. Para explicar la amplitud del argumento antiabortista, el autor menciona que aceptar ese supuesto implica que es “moralmente incorrecto acabar con la existencia de un cultivo de células vivas cancerígenas humanas en razón de que el cultivo es a la vez de células vivas y humanas” (Marquis, 1989, p. 3). El problema con el argumento de la terminación de la vida de un ser humano es que debemos preguntarnos desde cuándo podemos considerar que el no nacido es un ser humano, si desde la fecundación, la implantación o la formación del embrión, o si después de varias semanas de la fecundación, precisamente cuando es considerado feto, o si después del parto, al nacer con vida.

Para establecer cuál es la línea divisoria entre el óvulo fecundado, el feto y el recién nacido, Singer (1995) expone cuatro etapas: el nacimiento, la viabilidad, el movimiento del feto y el

inicio de la conciencia. Además, menciona que el embrión en su primera etapa no es un ser humano, ya que en ese momento ni siquiera es un individuo. Dice: “La diferencia entre el óvulo y el espermatozoide, por una parte, y el embrión por otra, es de grado, y está relacionada con la probabilidad de llegar a ser persona” (Singer, 1995, p. 198).

Singer dice que el nacimiento es el momento más visible del proceso gestacional, porque es posible ver directamente al recién nacido. Por esa razón, “nos sentimos menos molestos por la destrucción de un feto que no hemos visto que [por] la muerte de un ser que todos podemos ver” (Singer, 1995, p. 171). Esta podría ser esa una de las razones por las cuales el legislador colombiano plasmó una diferencia significativa entre el aborto, el homicidio y el asesinato llevado a cabo por la madre cuando el hijo se encuentra recién nacido. Dicha diferencia será abordada más adelante con mayor profundidad.

La viabilidad, por su parte, hace referencia al periodo en el cual una persona puede sobrevivir por fuera del útero de manera autónoma. Como el feto es un ser que necesita de otro cuerpo para sobrevivir, ese rasgo es distintivo del recién nacido, porque este último es un ser independiente y no instrumentaliza el cuerpo de otro ser para vivir.

Singer resalta, además, que la viabilidad del feto va cambiando a medida que lo hacen los procedimientos médicos. En este punto, el autor menciona que hace treinta años los fetos que nacían antes de los nueve meses no podían sobrevivir con los recursos médicos disponibles en la época, mientras que actualmente los fetos que nacen a los seis meses de gestación tienen mejores posibilidades de sobrevivir gracias a la evolución de los procesos médicos. Entonces, se podría sostener que la viabilidad de la vida del feto varía dependiendo del desarrollo médico. Es importante aclarar que el movimiento del feto comienza cuando la mujer que se encuentra en estado gestacional puede sentir las contracciones, razón por la cual Singer menciona que para la teología católica el feto ganaba su alma en ese momento.

La última etapa es la conciencia. De nuevo, Singer plantea que el movimiento tiene indirectamente importancia moral, debido a que es un indicador de conciencia, al igual que la capacidad de sentir placer o dolor. Para complementar lo expuesto, el autor menciona que

hay estudios que demuestran que el movimiento ocurre después de seis semanas de la fecundación, mientras que la actividad cerebral es producida pasada la séptima semana.

El Código Civil colombiano, por su parte, establece que la existencia legal de las personas comienza cuando el individuo es separado por completo de la madre y sobrevive por lo menos por un instante. Sin embargo, si el feto muere en el vientre materno, antes de ser separado por completo de la mujer, se entiende que no existió jamás; de ahí, la importancia de que la interrupción del embarazo se realice antes de que el feto en desarrollo nazca con vida.

Respecto del dilema que implica establecer en qué etapa gestacional se puede hablar de persona, Judith Thomson (1971) ofrece una explicación en el texto *Una defensa del aborto*. Ella resalta que es bastante difícil trazar una línea para determinar en qué etapa gestacional se puede comenzar a hablar de ser humano. La autora argumenta que el proceso de transformación gestacional es similar al de las bellotas, en el entendido de que no podemos sostener que sean robles, ni que los robles sean bellotas. Los razonamientos de este tipo son bastante escurridizos, de modo que, para superar la dificultad, Thomson opta por considerar que la vida del ser humano comienza desde la fecundación.

Anudado a lo anterior, es importante tener en cuenta que la personalidad legal en Colombia se le otorga al individuo cuando es un sujeto al que se le pueden asignar derechos y obligaciones. Sin embargo, para continuar el desarrollo del texto, se adoptará la misma posición de Judith Thomson, y se considerará hipotéticamente que desde la primera etapa gestacional, en el vientre de la mujer se encuentra una persona, para que de esta manera se puedan ponderar en el mismo rango los derechos, los bienes y los valores que se encuentran en conflicto cuando se debate sobre el aborto.

Para comenzar, es necesario revisar lo que Thompson denomina “la postura extrema”, la cual —según ella— está en contra del aborto, y sostiene que no es permisible bajo ningún supuesto, incluso aunque la vida de la madre se encuentre en peligro. Si la madre cuenta con una enfermedad que compromete su vida y se encuentra en un periodo gestacional, en la postura extrema se consideraría que tanto el feto como la madre tienen derecho a vivir; pero como la vida del feto es la de un ser inocente, estamos en la obligación moral de protegerla.

La autora sugiere que el argumento de la prohibición de la postura extrema se puede usar para considerar que no es aceptable la realización del aborto porque priva la vida de un inocente, y eso es inadmisibile, pues se estaría cometiendo un asesinato. Esta postura puede llegar a ser tan radical que implicaría que, en caso de estar en conflicto el derecho a la vida de la madre y el del feto, se debería preferir la vida de la persona inocente, que dentro de esa lógica sería la del feto. Pese a lo anterior, la autora resalta que cuando se encuentran en peligro ambas vidas, no es posible entender el aborto como un asesinato, debido a que la madre no tiene el ánimo de matar y estaría en medio de una legítima defensa sometiéndose a procedimientos médicos que le permitan salvar su vida. Por lo tanto, en este caso, tanto la vida de la mujer gestante como la del feto son vidas de dos seres inocentes.

Un caso difícil surgiría bajo la siguiente situación hipotética: una mujer está embarazada y al quinto mes de gestación descubre que padece cáncer. En ese momento, si la mujer decide someterse a un tratamiento con quimioterapias, podría afectar de manera grave al feto y poner en riesgo su vida. En la postura extrema, la madre debería dejar que las células cancerígenas se expandan por su cuerpo y no someterse al tratamiento médico, aun cuando esto pueda poner en riesgo la vida del feto y la de la madre.

Marquis (1989) pasa a otro punto de la discusión preguntando por qué es incorrecto que se acabe con la vida de los seres humanos, y responde la pregunta de diferentes maneras. Una de ellas es que la incorrección se encuentra en que le quita la posibilidad a una persona de realizar actividades o proyectos. El autor concluye planteando que dar muerte a un feto “normal” generaría la pérdida de su futuro y que esa situación resulta tan gravosa como ocasionar la pérdida de futuro a un adulto “normal” al que se le produce la muerte. Según esta posición, la muerte priva a una persona de disfrutar el futuro.

El autor también deja escapar una situación adicional, y es que no solo la muerte puede impedirle a una persona desarrollar su futuro. En efecto, cuando una mujer es adolescente, queda embarazada, no puede acceder a una interrupción voluntaria y debe concebir a su hijo, su futuro cambia de manera drástica, toda vez que el tiempo que destinaba para estudiar lo debe centrar en su hijo, y eso hace que las metas que tenía trazadas se modifiquen a raíz de la cantidad de responsabilidades que conlleva la maternidad.

Para Marquis (1989), lo más gravoso del aborto es interrumpir o impedir el futuro del individuo, pues se le priva su realización potencial como humano. Con esta línea de razonamiento, él quiere demostrar que “existe una presunción de que el aborto es gravemente incorrecto (...) tan fuerte como la presunción de dar muerte a otro ser humano” (p. 12). Según él, ese razonamiento es suficiente para equiparar el aborto con el homicidio de un ser humano, dado que ambos actos impiden que el individuo cuente con la posibilidad de realizar su futuro.

Según lo planteado por Marquis (1989), otro motivo para rechazar el aborto, además de la interrupción y el impedimento de disfrutar el futuro, es que con él se le trunca la posibilidad al feto de tener experiencias que le harían desear vivir y darle sentido a su vida; no obstante, el autor reconoce que este planteamiento tiene una debilidad, y es la imposibilidad de atribuirle al feto estados mentales tan complejos como tener el deseo de vivir.

De acuerdo con Marquis (1989), la justificación del futuro se encuentra por encima de ese segundo argumento, porque es aplicable a todos los seres vivos independientemente de si cuentan con la capacidad de anhelarlo, toda vez que se presumirá que deberían poder contar con la posibilidad de vivir un futuro. El autor sostiene que para que sea válida dicha postura, es necesario que se modifique la teoría del deseo, ofreciendo una condición que no sea necesaria, pero sí suficiente, para que sea compatible con la teoría del valor del futuro. Si se considera un cambio en la argumentación como lo sugiere Marquis, en ese punto se podría concebir que es moralmente incorrecto terminar con la vida de un feto del mismo modo que es incorrecto terminar con la vida de un ser humano adulto.

El problema es que el valor del futuro es un argumento que también presenta problemas porque, como lo dice el autor, “una condición para que el propio futuro sea valioso es que uno lo valore” (Marquis, 1989, p. 15). Y aunque los fetos no poseen las facultades para valorar su futuro, tampoco se debería considerar que no es grave terminar con su vida, y este planteamiento implicaría el problema de que, si reprochamos el aborto, entonces deberíamos reprochar cualquier conducta que tienda a causarles dolor o muerte a los animales no humanos.

Marquis (1989), además, sostiene que los liberales casi siempre sustentan que se puede matar a un embrión o a un feto, pero no a un bebé, y que la razón que ofrece el utilitarismo para preferir respetar la vida de una persona no puede aplicarse a la de los recién nacidos porque estos no tienen la capacidad de concebirse a sí mismos como seres que podrían tener o no futuro. Por esa razón, no pueden desear, por lo menos de manera genuina, continuar viviendo.

La diferencia entre homicidio y aborto en el ordenamiento jurídico colombiano está contemplada en el Código Penal contenido en la Ley 599 del 2000, donde se encuentra tipificada⁶ la disposición que prohíbe el aborto de la siguiente manera:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior. (Ley 599, 2000)

Con este artículo, la persona que practica el aborto y quien solicita la interrupción del embarazo se someten a la misma pena. Asimismo, al crear el Código Penal, el legislador decidió brindarles una protección mayor a las personas ya nacidas, y tipificó el delito de homicidio de la siguiente manera:

Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años. (Ley 599, 2000)

Pese a que el artículo 122 es vago por no especificar qué se debe entender por “otro”, la disposición está dirigida a prohibir el asesinato de un ser humano y se penaliza con una pena mayor o inferior dependiendo de las circunstancias. Además, es notable que el homicidio tiene que castigarse de manera más severa en comparación con el aborto. No obstante, en el Código Penal se previó un delito que se encuentra a medio camino entre el homicidio y el aborto, y surge precisamente cuando la persona que efectúa el homicidio es una mujer que ha sido víctima de acceso carnal violento o abusivo, así como de inseminación artificial o

⁶ En el artículo 10 de la Ley 599 del 2000, se plantea que la tipicidad se produce cuando la ley penal establece “de manera inequívoca, expresa y clara las características” del tipo penal, entendido este último como las acciones u omisiones que son comprendidas como delito.

transferencia de óvulo fecundado (obviamente, sin su consentimiento). Para casos como estos, la ley penal contempla:

Artículo 108. *Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.* La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años.

Para el caso establecido en el artículo anterior, hay que tener en cuenta que la madre es la única persona que puede cometer el delito, dentro del plazo establecido y bajo las situaciones establecidas. De acuerdo con esto, para el ordenamiento jurídico colombiano no es equiparable el homicidio con el aborto.

Por la manera como se plasma la prohibición del aborto, su realización configura un delito, y tanto la mujer que permite el procedimiento como la persona que lo produce están llamadas a responder penalmente por cometer un delito que está tipificado. Sin embargo, es necesario plantear si la prohibición del aborto es consecuente en todos los casos, o si se debiera limitar a casos particulares, o si por el contrario debería despenalizarse por completo. Para analizar el caso concreto, se citará uno de los ejemplos más emblemáticos expuesto por Thomson (1971) en la discusión sobre el aborto.

En este punto es necesario usar las capacidades literarias mencionadas en la primera parte de este capítulo, para poder ubicarnos imaginariamente dentro del contexto planteado en la situación y para comprender el lugar del otro conservando una posición neutral. Para desarrollar el ejemplo de Thomson (1971), usaremos la segunda persona del singular, tal como lo hace la autora, para facilitar la aplicación de las facultades imaginativas.

Suponga que un día despierta y se encuentra en la misma habitación con un famoso violinista, quien está inconsciente. Luego descubre que el violinista padece de una enfermedad mortal y que usted es la única persona que puede ayudarlo a sobrevivir, razón por la cual a usted lo han privado de la libertad llevándolo a un hospital. Adicionalmente, se da cuenta de que en un lapso de tiempo usted estuvo inconsciente y que durante ese periodo le conectaron a su

cuerpo equipos médicos para purificar su sangre y la del violinista, de suerte que si decidiera realizar la desconexión de los equipos médicos el violinista moriría. Tiempo después de estar conectado, un médico se le acerca y le comenta que el procedimiento al que fue sometido tiene una duración aproximada de nueve meses y que posteriormente podría ser desconectado.

Con el anterior ejemplo, la pregunta que surge es si deberíamos permitir que se continúe con el procedimiento del violinista, aunque no queramos hacerlo, o si deberíamos reprochar la postura de las personas que se opongan a prestarle la ayuda al violinista, o si deberíamos de limitar la elección y solamente permitirles la desconexión a las personas que fueron conectadas al violinista sin su consentimiento.

Para Thompson (1971), la situación antes esbozada se asemeja a la de una mujer que se encuentra gestando un feto producto de un acceso carnal o de una fecundación *in vitro* no consentida. Evidentemente, la mujer no ha autorizado al feto para que use su cuerpo. La autora abre un poco más la discusión y menciona que el ejemplo también se puede extender a la mujer que es consciente de tener relaciones sexuales y conoce que al hacerlo tiene la posibilidad de quedar en embarazo, porque incluso en esta situación, ella no está autorizando al feto a que use su cuerpo.

Sin embargo, Singer (1995) arguye que no es admisible sugerir que la dependencia del feto dé el derecho a matarlo. Para ejemplificar este argumento, el autor pone el caso de una persona adulta que requiere la ayuda de otra para sobrevivir, de la misma manera que un recién nacido necesita los cuidados de la madre. Puesto que ninguno goza de independencia, no se puede aseverar sin más que terminar con la vida de ese ser sea correcto moralmente y, en consecuencia, se pueda dar por terminada la vida de una persona.

Peter Singer (1995) asevera que, si en el ejemplo del violinista consideramos que podemos desconectarnos de él, al mismo tiempo deberíamos aceptar bajo ese supuesto que la mujer que se encuentra en gestación podría acceder a un procedimiento para la interrupción voluntaria en cualquier etapa del embarazo.

Singer desarrolla una variación al ejemplo de Thompson, y pone al lector a que imagine la siguiente situación: suponga que un día decide visitar a un conocido en un hospital; luego de entrar en el ascensor, usted se equivoca al seleccionar el piso donde está la persona que quiere visitar, de suerte que resulta en un piso diferente que es frecuentado solamente por voluntarios que ofrecen su ayuda para asistir a pacientes que necesitan de otras personas para sobrevivir. Mientras se encuentra en la sala de espera para que sea habilitada la visita, un grupo de médicos infiere que usted es un voluntario que está esperando ser intervenido, razón por la cual el equipo médico le aplica la anestesia para después conectarlo al paciente enfermo.

El ejemplo de Peter Singer es bastante acertado, porque ayuda a ejemplificar un poco más la perspectiva de la mujer que queda en embarazo, a pesar de estar usando un método de planificación que no tuvo la efectividad que esperaba por una circunstancia externa a la mujer, por ignorancia con respecto a su sexualidad o por un simple descuido.

Hasta este punto de la discusión, se ha sostenido que el feto no ha contado con la autorización de la mujer para hacer uso de su cuerpo. Thompson afirma que “tener derecho a la vida no garantiza que se tenga derecho a usar o disponer de forma continua del cuerpo de otra persona, aunque se necesite para la vida misma” (1971, p. 20). Por consiguiente, para Thompson no es posible obligar a una persona a que se sacrifique para mantener con vida a otra persona, máxime en una situación en la que la madre no deberá responder por esa persona únicamente hasta el parto, sino que la obligación se extenderá por el resto de su vida. En efecto, permitirle a un individuo vivir no es solo brindarle la posibilidad a un feto de desarrollarse en el cuerpo de la mujer, sino que la tarea va más allá, porque es necesario que la persona nacida desarrolle su vida en condiciones dignas, cuente con un mínimo vital y con una persona que la cuide muchos años después de su nacimiento.

Peter Singer (1995) plantea tres argumentos liberales que refuerzan la idea de que, a pesar de que el feto es un ser humano —aunque sea en potencia— inocente, es permisible la interrupción voluntaria del embarazo. El primero, llamado por el autor “consecuencias de una legislación restrictiva”, tiene en cuenta que las leyes que prohíben el aborto no evitan su realización, y lleva a que los abortos se practiquen de manera clandestina, debido a la

imposibilidad de acceder a un procedimiento médico adecuado para abortar, lo cual pone en riesgo la vida de las mujeres. En este caso, muchas mujeres se automedican o acuden a lugares cuyas condiciones sanitarias para realizar un aborto no son las mejores; ambas situaciones ponen en riesgo la vida y la salud física y mental de las mujeres, y pueden producir alteraciones en los fetos cuando hay errores en el procedimiento de interrupción del embarazo.

Singer (1995) resalta que el argumento de la legislación restrictiva está centrado en la legislación sobre el aborto y no en la ética. Los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo están “(...) en contra de las leyes que prohíben el aborto, y no en contra del punto de vista que sostiene que abortar está mal. Esta distinción es importante y a menudo se ha dejado a un lado en la polémica sobre el aborto” (p. 177).

Este planteamiento es importante, porque permite ampliar el enfoque de la discusión y entender no solo el problema del aborto desde la postura proabortista cuando expone su preocupación por la salud mental y física de la mujer, sino también el dilema moral que quieren demostrar los antiabortistas cuando manifiestan que terminar con la vida del feto es inmoral. El choque entre las dos partes —la del feto y la de la mujer— está presente permanentemente y no siempre las personas que están de acuerdo con el aborto defienden la idea de que no sea inmoral la interrupción de la gestación; sí puede ser considerado moralmente incorrecto, pero este no debe ser el único razonamiento para prohibirlo, debido a que los derechos de la salud física y mental de la madre siempre se ven involucrados, incluso cuando el embarazo es el resultado de una relación sexual consentida por la madre.

El segundo argumento es denominado por el autor como “¿es competencia del derecho?”. Su tendencia es más legal que ética, y sugiere que el aborto es concebido como un delito sin víctimas. Surge entonces uno de los problemas más espinosos con respecto al aborto, en el sentido de que es necesario tomar partido sobre si el feto es realmente una víctima. La discusión implica diferentes factores como, por ejemplo, la posibilidad de que feto pueda sentir dolor o, si tal vez, puede vivir de manera independiente sin necesidad del cuerpo de la madre.

El tercero el autor lo llama “un argumento feminista”. Este no niega que el feto sea un ser humano inocente, supuesto que es aceptado. Sin embargo, la argumentación se centra en que la mujer tiene derecho a elegir lo que ocurre en su cuerpo. Para desarrollar ese punto, Peter Singer (1995) retoma el argumento de Thomson (1971) y menciona sobre el uso del cuerpo de otra persona lo siguiente: “Thomson cree que si nos viéramos inmersos en esa situación inesperada, no estaríamos moralmente obligados a permitir que el violinista utilizara nuestros riñones durante nueve meses. Ayudar al violinista sería un acto generoso y amable de nuestra parte” (Singer, 1995, p. 181).

En consecuencia, nadie debería ser obligado a prestar su propio cuerpo para el interés de otro ser humano. En este sentido, el argumento con respecto a la posibilidad de que las personas tengan derecho a disponer de su propio cuerpo no guarda relación con el argumento que sostiene que el violinista es un ser humano inocente con el mismo derecho a la vida que cualquier otra persona, ya que, como lo expone Singer (1995), “tener derecho a la vida no implica el derecho de usar el cuerpo de otra persona, incluso aunque no utilizarlo suponga la muerte” (p. 181).

La Corte Constitucional, en la sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 122, 123 y 124 de la Ley 599 de 2000, en la que el legislador decidió que se debía condenar a la mujer gestante que cause el aborto o que permita que un tercero lo realice. El Congreso de la República tiene las facultades de crear leyes que busquen proteger la vida, pero dentro del ordenamiento jurídico la vida puede ser entendida desde varias esferas: como un derecho fundamental, como un principio, como un valor o como un bien jurídico tutelado. Sin embargo, ninguna de las cuatro es absoluta, y cuando entran en controversia con otros bienes jurídicos, valores o derechos, es necesario ponderarlas para tomar una decisión sobre cuál deberá prevalecer.

En la sentencia citada, la Corte Constitucional mencionó que considerar la prohibición total del aborto era inconstitucional, porque pueden presentarse situaciones en las que la interrupción voluntaria no debería configurar un delito. Por lo tanto, la prohibición del aborto en todos los casos es una violación flagrante a los derechos de las mujeres, ya que no le da ningún tipo de valor a la voluntad que puedan tener estas sobre sí mismas, aun cuando es

bastante claro que la decisión de la continuación o interrupción de la gestación influye de manera directa en los derechos a la libre personalidad y autonomía de las madres gestantes y, por lo tanto, las decisiones de interrupción deben ser elegidas por la misma persona que se encuentra afectada.

Cuando una mujer es obligada a tener un hijo, es constreñida a procrear y se le imponen responsabilidades económicas, sociales y psicológicas que no terminan con el parto, en cuanto ella debe velar por el sustento de su hijo para el resto de su vida. No obstante, la decisión de someterse a un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo no es un asunto privado de las mujeres, sino que el Estado también se encuentra inmiscuido al estar trastocado por connotaciones públicas. En efecto, la Corte Constitucional menciona un punto de partida que considero primordial:

En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. (Sentencia C-355/06, 2006)

La Constitución Política de Colombia establece que la atención en salud es un servicio público que se encuentra a cargo del Estado y, por ende, las instituciones estatales son las que determinan la viabilidad del procedimiento médico; además, las entidades territoriales son las encargadas de vigilar e inspeccionar la manera en la que son practicados los abortos, cerciorándose de que los lugares cumplan con la asepsia y los profesionales médicos tengan la experticia para practicar el procedimiento.

El argumento de que el aborto tiene una relevancia estatal sostiene la posibilidad de que los jueces tengan la injerencia para opinar y decidir sobre un aspecto íntimo de las mujeres. Para decidir respecto a la posibilidad de permitir que se practique un procedimiento de la interrupción de un embarazo, los jueces constitucionales deben realizar el test de proporcionalidad para evaluar y sopesar el bien jurídico de la vida del feto respecto de los derechos de las mujeres, entre los que se encuentra el derecho a la vida de la mujer, su dignidad y salud.

Uno de los derechos que entra en juego con el aborto es el derecho a la igualdad. En primer lugar, la Corte Constitucional resalta que a los hombres nunca se les ha prohibido el acceso a ninguna atención médica, y que al ser las mujeres las únicas que tienen la capacidad de quedar en embarazo, la prohibición de los procedimientos de interrupción del embarazo generaría una discriminación hacia ellas. En segundo lugar, la Sala consideró que la concepción de las mujeres no puede reducirse a su capacidad de procrear, sino que debe entenderse en un sentido más amplio. Por eso dice:

Imponerle a la mujer el rol, de ser, exclusivamente reproductivo constituye una discriminación y en consecuencia su derecho a la igualdad. Penalizar el aborto consentido por la mujer es considerarla sólo como máquina reproductora, olvidando que ella puede querer y decidir otras cosas para su vida. Obligarla a llevar un embarazo sin su consentimiento es imponerle un proyecto de vida que puede sacrificar todas sus expectativas. (Sentencia 355/06, 2006)

Este argumento resultaría suficiente para sostener que el aborto debería ser permitido para todos los casos en los que la mujer desee interrumpir su embarazo, independientemente de la manera como se produjo la fecundación, de los meses del feto o de si la vida de la madre corre peligro. Sin embargo, la Corte no despenaliza por completo el aborto, sino que establece las situaciones específicas en las que las mujeres pueden interrumpir el aborto, las cuales serán abordadas en párrafos posteriores.

En tercer lugar, respecto al derecho a la igualdad, el alto tribunal consideró que la prohibición del aborto también genera discriminación entre las gestantes, porque las mujeres que posean los recursos suficientes pueden viajar a otros países en los que la interrupción voluntaria del embarazo sea permitida, mientras que la mujer que no posee los recursos suficientes para hacerlo solo contaría con la posibilidad de continuar con el embarazo.

La Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 ha considerado varias situaciones para que sea viable la interrupción del embarazo. Para el alto tribunal es determinante la manera en la que se produce la concepción: si ocurrió con consentimiento de la madre o no, si es viable que el individuo sobreviva de manera autónoma y sana, y si la vida de la madre corre peligro con el parto o en medio del desarrollo del embarazo. Todas esas situaciones

determinan la legalidad del aborto; no se tiene en cuenta la moralidad o inmoralidad del procedimiento, sino la ponderación de los derechos de los involucrados y las cargas aplicables a los intervinientes.

La Corte, después de realizar un ejercicio de ponderación de los derechos, estableció en la sentencia C-355/06 que no se configuraba el delito de aborto en situaciones puntuales: la primera, es cuando un médico certifica que el feto tiene una malformación que hace inviable la vida de ese ser; la segunda, es cuando se encuentra en peligro la vida o la salud física o mental de la madre (igual que la anterior), y deberá estar certificada por un médico; la tercera, se produce cuando el embarazo es el resultado de una conducta que ha sido denunciada ante la autoridad competente, porque la mujer ha sido víctima de un acceso carnal o sexual sin consentimiento, abusivo, incesto, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

En la segunda situación, cuando la vida de la mujer gestante corre peligro, la interrupción del embarazo es entendida como un procedimiento médico necesario dentro de las políticas de salud pública porque, según la Corte Constitucional, el aborto terapéutico⁷ es necesario para garantizar el derecho a la igualdad en el acceso a la salud. Dicha atención debe ser garantizada sin distinción alguna, y la prohibición del aborto, cuando se trata de un procedimiento médico, constituirá una discriminación y vulneración del derecho a la salud y a la vida de las mujeres.

En el tercer caso, tanto el feto como la mujer se encuentran sanos. Sin embargo, la Corte considera que en esos casos debe hacerse un estudio que conlleve a un trato diferente, porque se entiende que el embarazo fue producto de un suceso involuntario para la mujer y la gestación es el producto de un hecho punible. Entonces, para conceder la interrupción voluntaria del embarazo es necesario que la mujer denuncie el suceso; asimismo, el alto tribunal constitucional fue enfático en considerar que a las mujeres no se les podrá exigir

⁷ El *aborto terapéutico* es la interrupción del embarazo que se realiza por razones médicas, si la gestación configura riesgo para la vida y la salud física o mental de la mujer o del feto.

requisitos adicionales a la declaratoria del hecho punible ante la autoridad competente, debido a que en esos casos se debe presumir la buena fe y la responsabilidad de las gestantes.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-209 del 28 de febrero de 2008, analizó un caso difícil relacionado con lo esbozado anteriormente. Los hechos de la acción de tutela son relatados por la madre de una menor de edad que tiene 13 años. La accionante manifestó que el día 16 de febrero su hija fue víctima de acceso carnal violento y que debido a ello quedó en embarazo y fue contagiada con una enfermedad de transmisión sexual. La madre, además, mencionó que su hija se encontraba tan afectada psicológicamente que a esta le fue difícil conciliar el sueño e incluso intentó ponerle fin a su vida. La agente oficiosa de la menor también relató que ambas recibieron amenazas que buscaban coaccionarlas para que no reportaran lo ocurrido.

El hecho punible fue denunciado ante la fiscalía por la víctima y su representante legal. Con ello, la menor cumplía con los requisitos para acceder al procedimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, según lo había establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006. No obstante, la acción de tutela fue interpuesta porque, pese a que la EPS le realizó el apoyo psicológico luego del acceso carnal, se negó a realizar el procedimiento de la interrupción voluntaria del embarazo, aun cuando fue ordenada por el Centro de Atención Integral a Víctimas de Agresión Sexual (CAIVAS) de la Fiscalía.

La menor fue valorada en el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta y la Defensoría del Pueblo mediante un oficio realizó la solicitud formal para que se le permitiera a la menor la interrupción de la gestación. Sin embargo, según los relatos que realiza la Corte en dicha sentencia, el Departamento de Ginecobstetricia del hospital emitió una comunicación en la que se exponía que el motivo de la negación de la interrupción del embarazo fue que los galenos invocaron la objeción de conciencia. La Corte menciona en la sentencia T-209 del 2008 que los médicos afirmaron que el feto se encontraba sano y que no había graves malformaciones que justificaran la inviabilidad de la vida, y en ese sentido también se resaltó que las valoraciones médicas daban fe de que la paciente se encontraban en un buen estado mental.

En la sentencia C-647 de 2001, la Corte Constitucional contempló que cuando una mujer es sometida a una inseminación artificial o violación no consentida, se le vulnera sus derechos fundamentales si se la obliga a continuar con el embarazo, puesto que:

(...) no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni [ser] objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación. (Sentencia C-647, 2001)

Sin embargo, hay muchos más casos en los que se puede producir un embarazo de manera involuntaria, sin que sea producto de una decisión libre y consentida, como, por ejemplo, una falla en el método de planificación empleado por la mujer. En esos casos, aun cuando las mujeres no quieren tener hijos o no se encuentran preparadas económicamente, el Estado las obliga a actuar como heroínas ante un hecho que modifica por completo la manera en la que se relacionan y desarrollan su vida. Por lo anterior, es considerable que los mismos argumentos que usa la Corte para justificar el embarazo dentro de la tercera causal son aplicables para todos los casos en los que la mujer no desee continuar con la gestación.

El magistrado Jaime Araújo Rentería presentó salvamento de voto con respecto a la sentencia emitida en el proceso C-355 de 2006, al no estar de acuerdo con la decisión que habían proferido los otros magistrados de la Corte. En su intervención, el magistrado mencionó, contrario a como se esboza en la sentencia, que las decisiones sobre si una persona desea tener hijos o iniciar métodos de planificación son íntimas e individuales, y esa es la razón por la cual el Estado no debería entrometerse en la esfera privada de los individuos.

Adicionalmente, el magistrado recurre al argumento de la protección de la especie para justificar el derecho a la vida, arguyendo que la protección de la vida no es viable para todos los casos, sino para las personas que cuentan con personalidad jurídica, y que esta facultad es dable en el ordenamiento jurídico únicamente a las personas que cuentan con derechos que son otorgados a las personas que ya nacieron. La posición de Araujo es más consecuente que la adoptada por la mayoría de los magistrados de la Corte Constitucional, porque al reconocer que no es posible asignarle derechos al feto, contrario al caso de la mujer, pues esta sí es una persona que cuenta con la capacidad jurídica de adquirirlos, no es posible hablar de un conflicto de derechos ni de su ponderación, debido a que se encuentran en medio de supuestos que son totalmente diferentes.

En diferentes momentos, el Estado colombiano ha incumplido con la obligación de proteger la vida de las mujeres, debido a que se les ha negado el acceso a la interrupción del embarazo, aun cuando se han configurado las situaciones fácticas que esbozó la Corte Constitucional para solicitar dicho procedimiento. En el caso de la menor de edad que fue víctima de acceso carnal, el alto tribunal constitucional decidió revocar los fallos de los jueces de primera y segunda instancia, y ordenó la investigación disciplinaria de los jueces que conocieron el caso.

A todas luces el caso plasmado en la acción de tutela era un caso difícil; sin embargo, a los operadores judiciales les faltó conocer el trasfondo ético, moral y político del aborto, y realizar un análisis más profundo de los pronunciamientos de la Corte sobre los casos en los que es permitido el aborto; así, habrían tenido claros los requisitos exigidos jurisprudencialmente para acceder a la autorización de la interrupción. También debieron prestar más atención a los presupuestos fácticos esbozados en la acción de tutela y, sobre todo, haber sentido mayor empatía por la situación a la que se vio sometida la menor. Con la decisión que se tomó se revictimizó a la adolescente, dado que ella se vio obligada a gestar y llevar a cabo su embarazo. Entonces, por la falta de asertividad en la decisión de los jueces, se materializó la vulneración de sus derechos fundamentales y se la obligó a afrontar una maternidad no planeada ni deseada por el resto de su vida.

Capítulo III

Aplicación del movimiento Derecho y Literatura: un caso difícil

3.1 Actos sexuales abusivos: la perspectiva del movimiento Derecho y Literatura desde la novela *Lolita* de V. Nabokov

Las novelas de literatura frecuentemente giran en torno a casos difíciles. Las situaciones presentadas al lector pueden ser proyectadas desde perspectivas en las que influye no solo la personalidad de los personajes que se encuentran inmersos en esas historias, sino también sus intereses, pasiones y maneras de concebir el mundo. Dependiendo de tales perspectivas, la historia narrada en la novela puede generar en el lector sentimientos de diferente índole que lo pondrán a prueba en distintas situaciones que deberá analizar con detenimiento para poder tomar una posición con respecto a la situación ante la que es puesto.

En este capítulo, incluiré una novela conocida que despierta emociones fuertes en los lectores cuando se acercan a la narración, por tratar uno de los delitos más reprochados del derecho penal; posteriormente, presentaré un caso difícil que fue conocido por la Corte Suprema de Justicia en el que se juzga a una persona por cometer el mismo delito que se desarrolla en la novela. Lo anterior tiene el propósito de mostrar que la literatura puede ayudar en el ejercicio judicial a tomar decisiones más acertadas, de acuerdo con las necesidades de las partes que intervienen en el proceso judicial en el marco de las capacidades indicadas en el capítulo anterior.

Ahora bien, es necesario diferenciar los siguientes conceptos: pedofilia, hebefilia y efebofilia, puesto que son importantes para el desarrollo del presente capítulo. En primer lugar, la pedofilia es definida como “(...) la atracción hacia niños en edad prepuberal” (Romi y García, 2004, p. 94), o sea, es el placer sexual que presenta un adulto al tener o materializar fantasías sexuales con niños o niñas menores de doce años; en segundo lugar, la hebefilia es el interés

sexual o físico por personas que están iniciando la adolescencia⁸ y se encuentran entre los doce y los trece años; finalmente, la efebofilia es el deseo sexual hacia adolescentes, cuyo rango de edad oscila entre los catorce y los diecinueve años.

En Colombia, está permitida la efebofilia siempre y cuando la otra persona presente su consentimiento para la materialización de las relaciones sexuales; no obstante, se castiga la pedofilia y la hebefilia al considerarse que las personas menores de catorce años no cuentan con la capacidad de discernir con respecto a su propia sexualidad. Para esos casos, el Código Penal establece dos tipos penales o delitos, los cuales se plasmaron de la siguiente manera:

Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años. (Ley 599, 2000)

Para desarrollar las conductas delictivas anteriormente descritas en el contexto del movimiento Derecho y Literatura, es pertinente incorporar la narración realizada por el escritor Vladimir Nabokov (1991) en *Lolita*, una novela publicada en 1955 cuya historia es contada por Humbert Humbert, uno de sus protagonistas. La característica narrativa de esta novela es relevante, porque el modo como se desarrolla la historia le permite al lector comprender y establecer un estrecho vínculo con la manera de pensar del protagonista. En efecto, la narración le permite al lector fortalecer su capacidad imaginativa, y por eso cuenta con la posibilidad de recrear lo narrado como si fuera un testigo de los acontecimientos.

Humbert nació en París en 1910, es profesor de literatura, está divorciado y no tiene hijos. Para cuando acontecen los hechos de la narración, tiene treinta y siete años. Él cuenta que tuvo un amor que no pudo ser en su infancia, suceso que al parecer lo marca por el resto de

⁸ En la Ley 1098 de 2006, mediante la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, se precisó que debe entenderse por adolescente a las personas que se encuentran entre los doce y dieciocho años.

su vida, porque a partir de entonces, confiesa el protagonista, nace en él un interés sexual por las niñas y adolescentes que tienen entre nueve y doce años.

Lolita es el apodo que Humbert le pone a Dolores Haze —el otro personaje principal de la novela de Nabokov—. Ella es una niña de doce años que vive con su madre Charlotte, y se caracteriza por ser una persona alegre y extrovertida. El señor Humbert y la adolescente se conocen cuando el profesor de literatura renta una habitación de la casa de Charlotte Haze, la misma casa donde residía la menor. Después del tiempo, la madre de Dolores le confiesa su amor al señor Humbert, quien acepta casarse con ella con la única intención de poder pasar más tiempo cerca de Lolita, sin levantar sospecha de su interés por la menor.

Charlotte muere por un presunto accidente automovilístico, mientras que la adolescente se encuentra en un campamento. Humbert pasa a recoger a Lolita bajo la excusa de que su madre se encontraba grave en el hospital. Él describe que cuando volvieron al automóvil, la besó en el cuello, ante lo cual ella le dijo: “—No hagas eso (...). No me babeas, puerco”, y relata que ella “se restregó el lugar donde acababa de besarla levantando el hombro” (Nabokov, 1991, pp. 142-143). Estos gestos son descritos por el profesor de literatura como un suceso sin relevancia que él recuerda; no obstante, son señales que emplea Nabokov en medio del relato para que el lector comprenda la perspectiva de Dolores y evidencie desde el principio de la novela que ella no se sintió cómoda con esa supuesta demostración de afecto.

Acto seguido, en la novela se relata la manera en la que Humbert lleva a la menor de edad a una cabaña que se encontró en el camino, pagó una habitación para los dos y se fue con ella al restaurante del hotel donde fingió tomarse unas píldoras —situación que había preparado con anterioridad— que llamaron la atención de Lolita, por lo que al verlas dijo:

—¡Azul! —exclamó—. Azul violeta. ¿De qué son esas píldoras?

—De Cielos estivales —dije—, ciruelas e higos, y uvas rojas como la sangre de los emperadores.

—No, en serio... por favor...

—Oh, simplemente, píldoras para papá. Vitamina X. Te ponen tan fuerte como un buey o un hacha. ¿Quieres probar una?

Lolita asintió vigorosamente y me tendió la mano. (Nabokov, 1991, pp. 150-151)

Después de haber incitado a que Dolores ingiriera el somnífero, Humbert relató que “seguía esperando que mi nínfula se sumergiera en una plenitud de estupor que me permitiera gozar de algo más que de un vislumbre de su cuerpo” (Nabokov, 1991, p. 161). Por lo tanto, es evidente que él había planeado meticulosamente la manera de tener relaciones sexuales con Lolita, al llevar consigo una sustancia que haría que ella perdiera su conciencia, y al ensayar la manera en la que le haría creer que él había ingerido la misma píldora. Con ello, se puede aseverar que estaba dispuesto a hacer lo que estuviera a su alcance para abusar de Lolita aun cuando ella no le hubiera dado su consentimiento o siquiera le hubiera manifestado su voluntad.

Es importante mencionar que en el relato es claro que Humbert era consciente y conocía que su actuar estaba prohibido por las leyes penales, y también sabía que era moralmente incorrecto lo que realizaba; de lo contrario, no se podría explicar consistentemente que estuviera actuando con sigilo y premeditación. En otras palabras, si no fuera consciente de estar cometiendo un delito o una acción inmoral, no tendría sentido tenderle una trampa o señuelo a Dolores.

Posteriormente, en el relato se describe cómo Humbert y Dolores sostuvieron relaciones sexuales. Según la narración que él hace, no parece que la relación hubiera sido producto de un acceso carnal violento, sino como si hubiera sido consentida. Pero hay que recordar el relato en su integralidad y poner de presente que Dolores estaba bajo los efectos del somnífero que él le incitó tomar. Por lo tanto, para leyes como la colombiana el delito se enmarca en un acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir⁹, sumándole que ella era una adolescente de doce años, lo que agrava la conducta delictiva que había cometido. Para llegar a esa conclusión, es necesario que el lector se sumerja en la historia y preste atención a sus detalles, para que pueda comprender la situación completamente y evitar, de ese modo, hacer interpretaciones erróneas o sesgadas.

⁹ En Colombia, este delito se encuentra positivizado en el Código Penal de la siguiente manera: “**Artículo 210.** Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años” (Ley 599, 2000).

Un ejercicio similar deben realizar los jueces dentro de un proceso judicial, principalmente cuando realizan un interrogatorio a las partes del proceso o a los testigos. En ese momento es necesario que, en primer lugar, el operador judicial vaya recreando en su mente la historia que es contada para saber qué preguntas formular con el ánimo de conocer desde otros puntos de vista los hechos y, de esa manera, poder saber si algunos supuestos fácticos que están siendo presentados ante él han sido modificados, inventados o si son concordantes entre sí, lo que haría presumir que son fieles y consistentes con lo acontecido. En segundo lugar, el juez, después de haber escuchado a los interrogados, debe valorar las pruebas aportadas en el proceso de manera integral, es decir, como director del proceso y como parte neutral del mismo debe conocer a profundidad el caso, y poner especial atención en los aspectos más sutiles que se revelaron dentro del proceso y que pueden ser útiles para tomar una decisión acertada sobre el caso concreto.

Por otro lado, pese a que Humbert es quien relata la historia, a partir de ella es posible inferir la perspectiva de Lolita. Por eso, esta novela cobra gran importancia para el movimiento Derecho y Literatura, toda vez que Nabokov deja una zanja narrativa en la que se pueden entrever los sentimientos de Dolores y los de Humbert. En efecto, el lector cuenta con la posibilidad de tomar partido desde las escenas que son presentadas en el relato, y sobre la persona que se encuentra indefensa y está siendo sometida de manera injustificada, pero sin que esto sea sugerido o inducido por el autor, debido a que los sucesos son presentados a los lectores como acontecimientos sin juicio de valor¹⁰; de este modo, al acercarse a la historia, el lector activa sus sentimientos de compasión con el autor, y esta es una de las interpretaciones que más ha ganado terreno en el mundo de la literatura.

Lo anterior sucede cuando Nabokov introduce los sentimientos de Lolita en los recuerdos del protagonista. Un ejemplo de esto surge cuando el autor narra, después de la noche del abuso sexual del señor Humbert, que en ese momento Dolores estaba poseída por una actitud histérica al expresarle a Humbert lo siguiente: “¡Puerco! —exclamó sin dejar de sonreírme dulcemente—. ¡Criatura repugnante! Yo era una niña pura como una perla, y mira lo que has

¹⁰ Obviamente, este tipo de saltos de los hechos a los juicios de valor han sido permitidos desde un punto de vista lógico (Searle, 1978).

hecho de mí, debería llamar a la policía y decirle que me has violado” (Nabokov, 1991, p. 172). Esta situación deja ver que Lolita estaba en un estado de indefensión, y por eso no tuvo la oportunidad de resistirse al acceso carnal, a los actos sexuales abusivos de los que fue víctima. Esa situación se corrobora casi al final de la novela cuando Dolores encara a su padrastro y le pregunta:

—¿Recuerdas —dijo— el nombre de aquel hotel... ya sabes —frunció el ceño—, venga claro que no lo sabes... con aquellas columnas blancas y un cisne de mármol en el vestíbulo? Oh, tienes que recordarlo... —ruidosa aspiración— el hotel donde me violaste... (Nabokov, 1991, p. 249)

En ese apartado se puede concretar que lo que ella recuerda no es un encuentro sexual en el que medió la voluntad de ambos; todo lo contrario, se configuró un acceso carnal abusivo no consentido al haber sido puesta en una situación de incapacidad para resistirse, aparentemente por el efecto de las pastillas que él la indujo a consumir y con posterioridad por las amenazas de las que era víctima.

En la narración se indicó que después de la muerte de la madre de la menor, Humbert tomó el cuidado y custodia personal de Dolores por ser el padrastro de ella, lo que facilitó que ambos pudieran pasar largo tiempo juntos e incluso compartir la misma habitación sin levantar sospechas de las personas que los conocían o que estaban a su alrededor, debido a que se presumía que la relación que sostenían ambos era solamente de índole paternal.

En la narración también se describe que Dolores sintió en varios momentos el impulso de denunciar a su padrastro con la policía; pero ella no se atrevió a hacerlo, debido a que Humbert la constriñó para que no lo denunciara, diciéndole hasta convencerla de que, si él paraba en la cárcel, al ser ella huérfana y no tener familiares que se encargaran de su custodia y cuidado personal, sería llevada por el Departamento de Bienestar Social y, por tanto, también se vería afectada.

Otra situación muy importante en la novela es la siguiente: se narra que Lolita lograba conseguir algo de dinero cada semana por cumplir los deseos sexuales de Humbert. Esta situación es descrita así:

Su paga semanal, entregada a condición de que cumpliera con sus obligaciones esenciales, era de veintiún centavos al principio de nuestra estancia en Beardsley, y había ascendido a un dólar y cinco centavos antes de que terminara. Era ese un arreglo más que generoso, si se considera que Lo recibía constantemente toda clase de regalillos y sólo tenía que pedir cualquier dulce o película que se le antojara (aunque, desde luego, yo no dejaba de pedir un beso ocasional y hasta una colección entera de caricias surtidas cuando subía que codiciaba fervientemente una determinada diversión juvenil). (Nabokov, 1991, p. 226)

Dolores estaba obligada a convivir y sostener relaciones sexuales con su padrastro, quien le proveía sus necesidades básicas. Además, Humbert describe momentos en los que él abusa de su posición dominante para evitar que Lolita contara con los medios económicos suficientes para alejarse de él. Este ambiente de servilismo se percibe cuando comenta:

Una vez encontré ocho billetes de un dólar en uno de sus libros (...) y en otra ocasión un escondite en la pared detrás de una reproducción de la madre del artista de Whistler, resultó contener nada más y nada menos que veinticuatro dólares y algunas monedas —veinticuatro con sesenta, digamos—, que me quedé tranquilamente. (...) Y es que lo que más temía no era que acabara arruinándome, sino que reuniera el dinero suficiente para marcharse de allí. (Nabokov, 1991, p. 228)

Dolores no era una adolescente feliz, y fue obligada a sostener relaciones sexuales con su padrastro, una persona adulta y con un largo recorrido sentimental. Él era una persona por quien nunca sintió amor; era notorio que Lolita estaba desdichada con su vida y Humbert lo sabía, porque él menciona que “cada noche —todas y cada una de las noches— Lolita se echaba a llorar” (Nabokov, 1991, p. 217).

Después de conocer esos detalles que han sido planteados previamente y siendo conscientes de la desdicha de Dolores, seguramente el lector se sentirá abocado a adoptar acciones efectivas con las que se desprenda el poder igualador, mediante el que se haga todo lo posible por detener la injusticia de la que ha sido víctima la menor de edad. De ese modo, si un juez es quien conoce la historia de Lolita en un proceso judicial, necesitaría recurrir a ese poder igualador para detener esa situación arbitraria; se sentiría movido, desde el momento en que

conoce el caso, a emprender acciones para cesar la vulneración de los derechos de la adolescente que está siendo sometida a tener relaciones sexuales abusivas.

Así mismo, si el juez ha fortalecido la capacidad de poder igualador a través del acercamiento a obras literarias como *Lolita*, el operador judicial conocerá el sentido de ese delito que fue dispuesto por el legislador, estará preparado para afrontar casos de semejante envergadura y sentirá el deber de tomar decisiones más asertivas en las distintas etapas del proceso, de manera que se involucren alternativas creativas en las que se pueda apartar del precedente judicial.

Sin embargo, es importante que esas alternativas sean apropiadas al momento de emitir la sentencia, para que de esa manera se den soluciones encaminadas a detener las vulneraciones y resolver el problema jurídico de manera beneficiosa para las partes. Lo anterior deberá ser realizado por el juez dentro del marco probatorio presentado, en el cual deberá hacer uso de su autonomía como juzgador, poniendo de presente las particularidades de cada caso en concreto, conociendo a profundidad las normas, la jurisprudencia y la doctrina que sea adecuada para tomar la decisión, y, sobre todo, aplicando las capacidades que son otorgadas por la literatura.

Se pueden presentar momentos en los que la descripción del narrador-protagonista puede generar confusión en el lector y convencerlo de situaciones equivocadas. En el caso de *Lolita*, un lector despistado podría considerar que en algún momento ella estuvo enamorada de Humbert. Sin embargo, para evitar esas confusiones es necesario que el lector comprenda de manera amplia los sucesos esbozados por el escritor a través de sus personajes, y trate de neutralizar sus concepciones personales disponiéndose a escuchar y comprender la escena que está siendo presentada ante él, para después tomar una postura moral y jurídica correcta a partir de los acontecimientos. En ese momento, el lector o el juez deben acudir a sus capacidades creativas para ser un espectador de la situación que ha sido puesta ante ellos, y comprender así la situación de la otra persona que está pasando por un momento difícil o viviendo un suceso injustificado.

La novela tiene una relación con los procesos judiciales, ya que los relatos de Humbert son narrados mientras él se encuentra involucrado en uno de esos procesos. No es muy claro el delito por el que fue acusado, debido a que él no lo expresa de manera concreta en la narración. Sin embargo, en lo confesado, el protagonista revela sus pensamientos pedófilos mientras que se justifica y se convence a sí mismo de que el trato que tuvo con Lolita no debía ser reprochado.

Pese a lo anterior, el autor le sugiere al lector que contemple la posibilidad de comprender la posición de Dolores, y le conceda también el espacio de autonomía para tomar una postura respecto de quién es la parte débil de la relación. Además, en la narración se puede percibir que en realidad la historia que se está narrando no es una de amor entre dos personas con edades abismalmente diferentes —pese a que el protagonista quiera mostrarla de esa manera—, sino la historia de un abuso de autoridad de una persona mayor hacia una menor para accederla y sostener actos abusivos, pues Lolita es una persona que no cuenta con la posibilidad de resistirse.

Por lo tanto, el lector cuidadoso que se acerque a la novela de Nabokov y conozca a Lolita, comprenderá que ella tuvo que pasar por numerosos momentos difíciles al estar coaccionada por su padrastro cuando la obligaba a mantener relaciones sexuales no deseadas. Aunado a esto, el haber tenido que afrontar la muerte de su madre en su adolescencia desencadena un abandono familiar que la obliga a pensar en la manera de subsistir por sí misma. Estas situaciones llevan al lector a fortalecer su capacidad empática recreando esas escenas y comprendiendo la perspectiva de esa adolescente constreñida a asumir su desafortunado destino.

El delito que se encuentra tipificado en el Código Penal colombiano busca que se castiguen conductas similares a las desplegadas por el protagonista de la historia de Nabokov, en las que se emprendan acciones de pedofilia o hebefilia, y se cause la materialización de conductas sexuales abusivas. Esto es muy importante, puesto que la pretensión es cuidar a los niños y adolescentes de ser reprimidos, utilizados sexualmente, intimidados u obligados a asumir una paternidad o una maternidad que no es deseada y para la cual no están preparados física, mental y económicamente.

Si un juez leyera la novela de Nobokov, comprendería mejor el alcance del tipo penal que castiga tanto la pedofilia como la hebefilia, debido a que con el caso de Dolores se pueden dilucidar las conductas específicas que la norma desea evitar, y ayudar al operador judicial a reconocer los casos en los que no es necesaria la intervención del derecho penal. En efecto, la conducta que se comete no está ceñida al delito cuando en el contexto social se configuran relaciones románticas voluntarias entre adolescentes, en las que haya una diferencia de edad y los tratos sexuales sean consentidos y producto de conductas sociales aceptadas, de modo que sería injustificado imputar una pena cuando no hay conocimiento ni voluntad por el sujeto activo a la hora de configurarse el delito. Para ampliar la presente posición, a continuación, presentaré un caso difícil que fue conocido por la Corte Suprema de Justicia.

3.2 Un caso difícil de los actos sexuales abusivos: la decisión de la Corte Suprema de Justicia

El día 6 de mayo de 2020, se profirió la sentencia con radicado 50889, conocida por Gerson Chaverra Castro, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en la que procedió a revisar la sentencia emitida el 17 de mayo de 2017 por el Tribunal Superior de Manizales.

En la sentencia referenciada, se realiza el estudio de la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Manizales en el mes de noviembre de 2014, y que condenaba a catorce años de prisión a un joven que tenía diez y ocho años para el 2009 —año en el que ocurrieron los hechos—.

Dos fueron los delitos por los cuales el joven fue condenado por el Tribunal Superior de Manizales: el primero se denominó acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y el segundo, actos sexuales con menor de catorce años. Los padres de la menor, quien era pareja sentimental del acusado, lo denunciaron por realizar dichas conductas con su hija. En los fundamentos fácticos se mencionó que el sujeto activo¹¹ era un joven de dieciocho años que se encontraba cursando el grado undécimo de bachillerato, quien tenía una relación

¹¹ Persona que está siendo acusada de cometer el delito.

sentimental de noviazgo con el sujeto pasivo¹², una adolescente de trece años y siete meses para el momento de los hechos.

En la sentencia se relató que el joven era una persona que vivía con sus padres y no contaba con muchos amigos. En cuanto a la esfera afectiva, se mencionó que la menor era su primera pareja sentimental y que con ella inició su vida sexual. Las circunstancias fácticas son determinantes para el análisis del caso, porque en los delitos por los que fue condenado el joven es necesario que este se valga de su superioridad económica y social o de la inmadurez psíquica de la menor para que se consuman o materialicen el acceso carnal abusivo o los actos sexuales abusivos.

La prohibición de esas conductas pretende proteger el bien jurídico de la libertad sexual de los niños, niñas y adolescentes hasta que tengan una edad cuya madurez mental les permita disponer de su propio cuerpo e iniciar su sexualidad con libertad y responsabilidad. Para el ordenamiento jurídico colombiano, se contempló que después de los catorce años una persona puede decidir sobre su propio cuerpo e iniciar su sexualidad.

El magistrado Gerson Chaverra de la Corte Suprema de Justicia menciona en la sentencia que, al crear la prohibición para evitar la ocurrencia de actos sexuales y accesos carnales abusivos con personas menores de catorce años, el legislador está presumiendo que hay una falta de capacidad del menor para comprender el significado del acto, al considerar que no se encuentra preparado para asumir las consecuencias que puedan surgir de dicha conducta, como un embarazo adolescente o el contagio de enfermedades de transmisión sexual.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra la presunción de derecho que indica que los menores de catorce años no pueden consentir ni decidir sobre su propio cuerpo, porque no cuentan con la capacidad de discernimiento para afrontar las implicaciones que dichos actos sexuales pueden acarrear. Esa presunción es absoluta y no admite prueba en contrario, es decir, no es posible desacreditar ese presupuesto normativo, incluso con una

¹² Persona sobre la que recaer un daño o se pone en peligro por la conducta del sujeto activo.

prueba en la que, por ejemplo, sea evidente que el menor sí tenía plena voluntad y conciencia de sostener dichas relaciones sexuales.

El joven condenado en el proceso que es objeto del presente apartado, desde el principio del proceso arguyó que para el momento en que ocurrieron los hechos, él no estaba pensando en que con su actuar estaba incurriendo en actos prohibidos por la ley penal de Colombia; por el contrario, él concebía que hacía lo correcto al sostener una relación afectiva con su pareja de la cual nunca pretendió sacar provecho; incluso, en la audiencia del juicio oral, el acusado evocó una frase que marcó y fue determinante dentro del proceso: “No sabía que fuera delito amar”.

El aspecto señalado anteriormente es muy significativo para el estudio del caso concreto, porque en el derecho penal existe una figura jurídica que exime la responsabilidad penal de la persona que incurre en un delito, denominada “error de prohibición”, la cual se presenta cuando el sujeto activo concibe erróneamente que su actuar es lícito y el mismo no está prohibido y, por ende, no constituye un delito.

Existen dos variantes del error de prohibición: puede ser vencible o invencible. El primero sucede cuando la persona que cometió el delito podía (de acuerdo con sus circunstancias personales) emprender acciones para evitar la ocurrencia de la conducta que es prohibida. Para esos casos de error de prohibición vencible, si se llega a acreditar, se debe disminuir o atenuar de la pena.

En el segundo evento, se entiende que el error de prohibición es invencible cuando el autor no contaba con los medios para comprender la ilicitud de su actuar y no tenía los medios para actualizar su conocimiento. Si se comprueba este tipo de error invencible, se entiende que hubo ausencia de culpabilidad y, por lo tanto, no hay responsabilidad penal.

En la sentencia, el magistrado menciona que es necesario realizar un estudio del caso concreto de manera articulada con las pruebas que fueron allegadas a lo largo del proceso, para poder determinar las circunstancias particulares que componen el problema jurídico que es presentado por las partes. Esto se puede abstraer cuando él señala en la sentencia lo siguiente:

En cada caso particular y concreto, a partir de la prueba incorporada en el juicio oral, corresponde establecer la existencia del error bajo el cual obró y su invencibilidad, siempre que haya sido insinuada por él y alegada a su favor. (Sentencia SP921, 2020)

De manera consecuyente, para poder determinar la ocurrencia del error de prohibición, es necesario que el operador judicial revise lo que se encuentra acreditado en el expediente, particularizando las circunstancias que justifican dicha eximente de responsabilidad para decidir si bajo el caso estudiado es posible aplicarlo. En ese sentido, no es posible determinar que para otros procesos —en los cuales se esté acusando a una persona de cometer dichos delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años— sea posible, sin análisis alguno, aplicar el mismo error de prohibición sin que se examine si el mismo sujeto activo se encontraba en una situación que lo acredite.

La importancia del análisis particularizado de los hechos que se presentan dentro de los casos conocidos por los jueces o magistrados es, precisamente, que de esa manera se logra el análisis de los pormenores que componen el proceso, de suerte que se pueda resolver el problema jurídico buscando alternativas que sean pertinentes para la situación concreta, sin que haya una afectación con la decisión producto de un exceso de la pena al momento de imponer una sanción o en la que, por el contrario, se revictimice a la persona que se vio afectada con el actuar delictivo.

Después de que el magistrado realiza el estudio del caso de manera particularizada, en la sentencia se puede abstraer que, luego de revisar las declaraciones del joven de dieciocho años, encuentra justificado considerar que el condenado, durante el tiempo en el que se materializaron las relaciones sexuales con su novia, concibió que las mismas estaban validadas bajo un actuar lícito que lo brindaban el consentimiento de ella, la relación que entre ellos dos se había consolidado y el amor que él le tenía por la adolescente. Para llegar a esa conclusión, el operador judicial debió recrear mentalmente los hechos haciendo uso de la imaginación narrativa.

Para el magistrado, a partir del estado de enamoramiento del acusado con la menor, se logró justificar el error de prohibición invencible en el que se encontraba el joven, puesto que él concebía que hacía lo correcto al sostener una relación afectiva con su pareja a quien nunca

forzó; por el contrario, siempre manifestó que la relación con la adolescente se había caracterizado por el afecto y las manifestaciones de amor que él consideraba aceptadas y usuales entre novios. Por consiguiente, se logró concluir que el trato sexual se produjo en el marco del afecto y con el debido consentimiento de su pareja, por lo que creyó que el consentimiento de ella tenía validez jurídica independientemente de la edad de la adolescente. El juez consideró, en consecuencia, que el estudiante de último grado de bachillerato estaba en medio de un error que le era invencible, y por eso lo exoneró de una responsabilidad penal.

Basado en lo anteriormente descrito, el magistrado Chaverra decide casar el fallo del Tribunal Superior de Manizales y deja en firme la primera sentencia, en la que se le exonera la responsabilidad penal de la conducta al joven mayor de edad, al considerar que el joven actuó bajo un error de prohibición invencible que le impidió comprender la ilicitud de la conducta, poniendo de presente que el procesado actuó bajo el convencimiento de que el trato sexual que fue consentido por la menor era producto de la relación amorosa y estable que tenía con ella.

El magistrado que estudió el caso realizó un análisis de las normas que han regulado casos similares y menciona que el Acta n.º 75 de la Comisión de 1974 —previamente a la expedición del Decreto 100 de 1980— con respecto al abuso y los delitos contra la libertad sexual plantea lo siguiente: “Cuando una persona se aprovecha de la inmadurez, de las condiciones de inferioridad psíquica, o de la inconsciencia de otra, no está ejerciendo violencia ni engaño. Simplemente está usando mal esto abusando de su relativa superioridad natural o accidental” (citada en la Sentencia SP921, 2020).

En el caso decidido por la Corte Suprema de Justicia, no es posible establecer que el joven mayor de edad se estaba aprovechando de la inmadurez de su pareja para sostener tratos sexuales abusivos, porque estos fueron llevados a cabo mediante unas manifestaciones afectivas en las que el joven adujo no tener experiencias sexuales previas, ni tener la voluntad de aprovecharse de la menor.

Respecto de la sentencia conocida por la Corte Suprema de Justicia, la Asociación del Colegio de Jueces y Fiscales de Santiago de Cali invitó a la jueza Helena Hernández y al

fiscal Enrique Arteaga Córdoba para que expusieran sus perspectivas en relación con el alcance de los delitos de actos sexuales y el acceso carnal con persona menor de catorce años, además del trasfondo jurídico enmarcado en el caso difícil que se presentó en la sentencia tratada anteriormente.

Para la jueza en los delitos de abuso sexual, el consentimiento del sujeto pasivo es inválido, debido a que se presume que por ser menor de catorce años no tiene las capacidades suficientes para decidir sobre su sexualidad, lo que la ubica como una persona que es incapaz de resistir. Al respecto, Hernández (2020) señala que con los delitos que involucran actos sexuales con personas menores de catorce años, se castiga el aprovechamiento o la intromisión a temprana edad en la sexualidad, porque se está hablando de niñez y adolescencia de la persona. Según la operadora judicial, se genera un aprovechamiento por la edad, toda vez que la persona mayor de edad se ubica en una situación de superioridad que produce una relación desigual.

Adicionalmente, ella hace énfasis en que frecuentemente las niñas y las adolescentes son particularmente vulnerables, ya que cuando se indica que son más maduras o se encuentran más desarrolladas biológicamente, se les impone una exigencia de adulto, se les quita protección, se les resta esa prevalencia como sujetos de especial protección y, finalmente, se les niega su calidad de víctimas. Con su intervención, se puede concluir que ella ubica la defensa desde el punto de vista de la menor, sin tener en cuenta la perspectiva del joven que estaba siendo acusado.

En el encuentro virtual, una persona le pregunta a la jueza si para ella puede existir un caso en el que no haya necesidad de imponer una pena porque la conducta no debería enmarcarse como un delito, puesto que la misma por sí sola no se contempla para ser objeto de sanción. Con el objetivo de ejemplificar mejor ese aspecto, la persona le preguntó si el derecho penal debía ocuparse de eventos en los cuales, por ejemplo, una pareja tiene vocación de conformación de hogar. La cuestión planteada es relevante porque, si bien la jueza estaba haciendo su presentación basada en el delito de abusos sexuales con menores de manera general, en ese caso es fácil comprender la regla general y su aplicación en los casos en los que se enmarca un abuso, puesto que la pena debe ser impuesta al sujeto activo que

materializa la conducta; sin embargo, la cuestión estriba en qué se debería de hacer en los casos difíciles en los cuales una persona no tiene el conocimiento de que la conducta está prohibida y no tiene la voluntad de querer abusar de esa persona que aún no cuenta con la edad que la ley permite para desarrollar sus derechos sexuales y reproductivos de manera autónoma.

La respuesta de la jueza fue la siguiente:

Cuando se presentan esas antinomias en el punto de protección de menores, se debe analizar el propósito de la conformación del hogar y verificar que no se configuró una relación de abuso previamente a la conformación del hogar. Si se evidencia que el menor se encuentra en un estado de vulnerabilidad, abuso o es víctima, es necesario imponer una pena, puesto que se configuraría la necesidad de una sanción y en esas circunstancias se requiere la injerencia del derecho penal. (Hernández, 2020)

En la intervención, la jueza Helena Hernández brinda muy buenos argumentos para considerar por qué no en todos los casos se debería despenalizar el acceso carnal abusivo ni los actos sexuales con una persona menor de catorce años. Sin embargo, las posturas de la señora Hernández no son empáticas respecto del joven condenado, y enfoca su argumentación en la importancia de la prohibición para las mujeres adolescentes; adicionalmente, lo argüido tampoco es suficiente para resolver los casos difíciles, como uno en el que el propósito de las relaciones sexuales sea la conformación de un hogar o el caso planteado dentro de la sentencia anteriormente analizada.

Por otra parte, en el encuentro virtual de la Asociación del Colegio de Jueces y Fiscales de Santiago de Cali, el fiscal Enrique Arteaga (2020) planteó una postura según la cual el sentimiento de amor —en los delitos que son denominados como accesos carnales o actos sexuales abusivos con menores de edad— podría generar una exclusión de la responsabilidad penal bajo la figura del “error de prohibición”, postura que se encuentra sustentada bajo los mismos fundamentos del magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Arteaga sostiene que en Colombia el Estado es el que determina desde qué edad puede comenzar una persona a ejercer su sexualidad. Según él, se les debería conceder a los

individuos la posibilidad de desarrollar su sexualidad de manera libre, porque cuando se fija una edad para el ejercicio de la sexualidad, se produce una arbitrariedad, en cuanto hay menores que por el contexto de vida inician sus relaciones sexuales de manera anticipada a lo pretendido por el Estado colombiano o mucho tiempo después de la edad fijada por los legisladores.

El fiscal mencionó que no es posible equiparar las consecuencias y el marco legal que prohíbe la ocurrencia de actos sexuales cometidos a un infante con los actos sexuales dirigidos a un adolescente que se encuentra entre los doce y catorce años, debido a que las situaciones deben ser asumidas de manera diferente por la gravedad del delito y el grado de indefensión del menor. Empero, el fiscal se enfocó en desarrollar su postura respecto a los adolescentes que se encuentran dentro de los doce y los trece años.

Enrique Arteaga menciona que cuando una persona mayor de edad tiene una relación afectiva, estable, en la que hay un lazo físico y emocional con una persona adolescente entre los doce y los catorce años, lo que hay que plantearse es si hay un dolo cuando se configura la conducta prohibida. Es decir, si el sujeto activo o quien comente la conducta delictiva tiene la intención de cometer el delito, conoce de la existencia de esa prohibición y si se está analizando la concurrencia de un acceso carnal abusivo. Si esa persona mayor de edad se está valiendo del abuso de su autoridad para acceder al menor (en caso de que eso suceda), es posible imputarle la responsabilidad del actuar delictivo. No obstante, si la relación sexual está dentro del contexto de una relación sentimental entre un mayor de edad y un menor de edad, y si esas relaciones están vinculadas a sentimientos del amor, es un deber analizar si hay un abuso en el caso concreto, de acuerdo con el principio de objetividad. En ese aspecto se relacionan las posturas de la jueza y la del fiscal.

El fiscal muestra tener capacidades empáticas y compasivas respecto del joven mayor de edad, pues resaltó todo el suplicio que tuvo que pasar el acusado por la morosidad del sistema penal colombiano, ya que el hecho había ocurrido en el 2009 y el proceso culminó once años después, cuando fue conocido por la Corte Suprema de Justicia. La mayoría de las personas ven estos datos como datos procesales sin importancia. Sin embargo, él profundiza más en ese aspecto y se compadece del muchacho por el suplicio que tuvo que vivir, aun cuando no

tenía impuesta una medida de aseguramiento que le restringiera su libertad. El fiscal, en ese momento, recurre a un ejemplo literario para destacar la necesidad de adoptar medidas penales más expeditas y menos agresivas para las partes cuando se trata de delitos en los que no hay una necesidad de la pena. Eso sucedió al equiparar el caso difícil conocido por la Corte Suprema de Justicia con *El proceso* de Franz Kafka. Enrique Arteaga (2020) mencionó lo siguiente:

En ese caso, el proceso en toda su extensión se demoró diez años y esos diez años traducen una pena de banquillo, este joven estaba como Josef K. en *El proceso*, estaba en medio de absoluciones y libertades aparentes, estaba preso en una situación en la que él en su fuero interno era plenamente consciente de que jamás quiso extender actos sexuales abusivos hacia su novia.

Si el joven hubiera sido señalado como responsable y, por lo tanto, condenado a asumir una pena de doce años, esa decisión no habría sido conveniente, puesto que no repara ningún tipo de daño causado, máxime que en el proceso la víctima no alegó en ningún momento que se sintiera maltratada, agredida, abusada, ultrajada, violentada o que el joven hubiera abusado de su indefensión para realizar dichos actos sexuales. La pena, por el contrario, habría llevado al extremo el poder sancionador del derecho penal sin ningún propósito, al no tener en cuenta las intenciones y creencias del joven que estaba iniciando sus relaciones afectivas.

3.3 Conclusiones del tercer capítulo

Volviendo a la novela de Nabokov, si Humbert fuera acusado por haber incurrido en el delito penal de acceso carnal abusivo con persona menor de catorce años, de acuerdo con lo plasmado en el relato, y si se compara con los hechos presentados en la sentencia conocida por la Corte Suprema de Justicia, probablemente el profesor Humbert hubiese sido condenado por dicho delito y no hubiera sido posible alegar que estaba bajo un error de prohibición. Lo anterior, puesto que él tenía plena conciencia de la antijuridicidad de dicha

conducta punible, es decir, el protagonista sabía perfectamente que sostener relaciones sexuales con lo que él llamaba “nínfulas”¹³ es considerado delito por la ley penal.

La anterior aseveración se infiere cuando Humbert describe: “Me consumía en un horno infernal de reconcentrada lujuria por cada nínfula que encontraba, pero a la cual no me atrevía a acercarme, pues era un pusilánime respetuoso de la ley” (Nabokov, 1991, p. 26). Incluso, el narrador dedica una parte de su relato para explicarle al lector que el estado en cual se encuentra el personaje es determinado legalmente como la edad en que deben entenderse los conceptos “niña” y “joven”. Esta situación la explica así:

Con la ley de protección a la infancia y la juventud promulgada en Inglaterra en 1933, se considera “niña” a toda criatura del sexo femenino que tiene más de ocho años, pero menos de catorce (después, desde los catorce años hasta los diecisiete, legalmente es una “joven”) (Nabokov, 1991, p. 26).

Desde otra perspectiva, de acuerdo con lo relatado en la sentencia con radicado 50889, tanto el joven mayor de edad que sostuvo relaciones sexuales con su pareja menor de edad como Humbert en la novela de Nabokov incurrieron en el mismo delito, denominado “actos sexuales abusivos” y “acceso carnal abusivo” con persona menor de catorce años; esto, bajo la mirada general del derecho penal.

Si un juez lee la novela de Nabokov y se acerca a la confesión de Humbert, comprenderá cuál fue el propósito y la necesidad de la prohibición de los actos sexuales y el acceso carnal con persona menor de catorce años, debido a que Humbert encarna la figura de un hombre que se aprovecha de la posición de ingenuidad e inferioridad de Lolita para satisfacer sus deseos sexuales, situación que coacciona a la persona adolescente para iniciar su vida sexual bajo engaños.

La situación presentada entre los jóvenes protagonistas de la sentencia es diferente a la que se narra en la novela de Nabokov entre Humbert y Dolores. En el último caso, es claro que

¹³ El autor define como nínfulas a: “Muchachas entre los nueve y los catorce años, que revelan su verdadera naturaleza que no es la humana, sino la de las nínfulas (es decir, demoniaca), a ciertos fascinados peregrinos, los cuales, muy a menudo, son mucho mayores que ellas (hasta el punto de doblar, triplicar o incluso cuadruplicar su edad)” (Nabokov, 1991, p. 24).

él abusó de su amplio conocimiento sexual y sentimental, de su superioridad económica, del abandono al que se vio sometida Lolita cuando murió su madre, y de la excusa de ser su padrastro con el fin de tener relaciones sexuales con ella. A esto se le suma el hecho de que él engañó y constriñó a Lolita con las consecuencias que podrían ocurrir si ella hablaba con alguna autoridad, y el miedo al que fue sometida con la idea de abandono e indefensión si Dolores no estaba con él.

De otro lado, entre la joven pareja manizaleña se vivía un romance adolescente en el que los tratos sexuales se produjeron como manifestaciones afectivas en las que mediaba el consentimiento de los dos —aun cuando para el derecho la voluntad de la menor de edad no tenga plena validez, esa situación es relevante para determinar el grado de afectación que se produjo con la realización de la conducta—, situación que no busca ser prohibida por el derecho penal, en cuanto no hay un abuso del joven para consumir dichas relaciones sexuales.

La diferencia entre los dos eventos debe ser representativa cuando el juzgador tome una decisión frente a la condena y la responsabilidad penal. En cuanto a la afectación causada a la víctima con la concurrencia de los hechos, en el caso de *Lolita*, cuando Humbert retira a la adolescente del campamento, la constriñe a tener relaciones sexuales con él y la obliga a viajar constantemente a su lado, le impide estudiar y desarrollar su vida como las demás personas de su edad. Por lo tanto, la pregunta que surge es si la ley penal debería castigar del mismo modo a Humbert y al joven de dieciocho años por cometer las mismas conductas penalmente reprochables ante la ley.

Es claro que la ley penal busca evitar y penalizar a las personas mayores de edad que mediante maniobras abusivas o engañosas pretendan abusar sexualmente de los menores de catorce años, debido a la indefensión a la que estarían sometidos si dichas conductas no estuvieran prohibidas. No obstante, es importante revisar en cuáles situaciones debería intervenir el derecho penal y en cuáles estaría excediéndose el poder punitivo al intervenir en esferas personales en las que no siempre este es necesario.

A todas luces, en el caso presentado, se obligó al juez a hacer un estudio juicioso del mismo, aplicando conocimientos jurídicos que pudieran ser viables y ayudaran a la resolución adecuada del problema jurídico y, sobre todo, era necesario que la persona que conociera el caso mostrara sentimientos compasivos con la situación que atravesaba el joven, puesto que, si no se ponía en su lugar ni comprendía los motivos que lo llevaron a configurar el delito y la ignorancia del individuo respecto de la ilicitud de su conducta, no habría comprendido la dificultad del caso presentado ante él, dando lugar a la aplicación de la ley penal al condenar al joven y emitiendo una pena injustificada.

Conclusiones del trabajo de grado

Para el presente trabajo de investigación comencé por preguntarme cuál era la relación entre la literatura y el derecho, posteriormente busqué las implicaciones que generaba la incorporación de la literatura en el derecho específicamente en el ejercicio judicial. No obstante, la pregunta que subyace a la investigación es mucho más grande, puesto que la pregunta también se relaciona con la influencia que tiene el arte en disciplinas que se han considerado autosuficientes y rara vez admiten la participación de otras áreas en su ejercicio teórico y práctico.

En un estudio posterior podría ampliar el tema de la investigación desde dos perspectivas. En primer lugar, podría investigar cómo el arte en general u otras manifestaciones artísticas que no son tomadas en serio —como el cómic o las novelas gráficas— pueden generar capacidades valiosas para los espectadores que tienen cercanía con el derecho, como legisladores, estudiantes de derecho, servidores públicos o jueces. Incluso, también podría realizar una comparación respecto de las capacidades que puede brindar el arte a los operadores judiciales que tienen un acercamiento con el cómic para conocer cuáles otras capacidades pueden adquirir.

En segundo lugar, se puede analizar de manera más específica los argumentos que son emitidos en las sentencias judiciales por los jueces que tienen acercamiento con el arte cuando se enfrentan a casos difíciles. Para posteriormente contrastarlos con las decisiones de otros operadores judiciales que no se interesan por la literatura o el arte.

Hace un tiempo tuve la posibilidad de tener acercamiento a un caso difícil que se presentó en una acción de tutela instaurada por parte de un servidor público llamado Marino Morales Giraldo. El comienzo de la vulneración de los derechos fundamentales de él inició en el año 2018, cuando el Municipio de Manizales adelantó una convocatoria para proveer varias vacantes de dicha entidad, entre las cuales se ofertó el cargo ocupado por el señor Marino. En la convocatoria, la entidad nunca preparó una alternativa para proteger los derechos de las personas que se encontraban en condición de vulnerabilidad o en condiciones de estabilidad laboral reforzada.

En la acción constitucional el servidor público mencionó que laboró para la Alcaldía de Manizales por un lapso de quince años ininterrumpidos y que para el momento de los hechos contaba con sesenta años de edad, sumado a ello, manifestó que tenía un problema de visión en su ojo derecho, y como preparación académica contaba únicamente con un estudio técnico de dibujo arquitectónico.

En Colombia los requisitos para que los hombres puedan acceder a la pensión de vejez, son dos. El primero es contar con sesenta y dos años, y el segundo es haber cotizado por lo menos mil trescientas semanas en un fondo de pensión. Al señor Marino solamente le faltaban dos años para pensionarse, puesto que ya había cotizado las semanas legalmente requeridas.

Para el momento de la desvinculación del señor Morales, en la legislación colombiana no había una ley que lo protegiera, puesto que para ese momento se habían proferido un par de sentencias que reconocieron que debía realizarse de nuevo la vinculación solamente a las personas que les faltara semanas de cotización. El argumento se basaba en que el hecho de estar desempleados impedía completar la cotización de las semanas que les quedaban faltando. Sin embargo, no se amparaban a las personas que únicamente les faltaban la edad para pensionarse; debido a que, para los magistrados de la Corte Constitucional las personas de la tercera edad que fueran desvinculadas podrían cumplir con el requisito de edad con el paso del tiempo independientemente de que permaneciera o no la vinculación laboral.

El señor Marino presentó una acción de tutela narrándole al juez su situación familiar, laboral y estado de salud. El propósito del accionante fue contextualizar al juez respecto de la situación que estaba viviendo de una manera que el operador judicial pudiera acercarse y sentir empatía por el caso que le estaba presentando. La solicitud del accionante buscaba que le permitieran reintegrarse de nuevo a la Alcaldía de Manizales, por lo menos hasta cumplir con la edad para adquirir su pensión de Vejez.

La actuación del juez es valiosa en ese caso específico porque a pesar de no tener una ley para aplicar al caso concreto y de no contar con un precedente jurisprudencial que le sirviera para emitir sentencia; el operador judicial decidió reconocerle al señor Marino Morales el

reintegro a la Alcaldía en un cargo con similares características y remuneración, incluso apartándose del precedente jurisprudencial de las altas cortes.

En la sentencia, el juez demuestra ser una persona que en su quehacer diario busca cumplirle a la ciudadanía que reclama la intermediación judicial mediante justas reivindicaciones de sus derechos fundamentales. El operador judicial comprendió en el caso particular que lo que estaba en disputa no era una discusión por un cargo público, sino que en realidad lo que estaba en juego eran los derechos fundamentales del accionante que le habían sido arrebatados después de entregar su vida para asumir labores dentro de la entidad.

Después de proferida la sentencia los funcionarios de la Alcaldía hicieron caso omiso de la orden judicial. En repetidas ocasiones el accionante de manera paciente solicitó a los funcionarios del Municipio que materializaran la orden impartida por el juez, pero los abogados de la entidad se mostraban renuentes e inventaron impedimentos para no cumplir la sentencia. Al no encontrar respuestas efectivas, el señor Morales puso en conocimiento del mismo juez que conoció de la tutela el desacato de los funcionarios de la Alcaldía de su decisión y las maniobras evasivas usadas para no cumplirla. El juez después de analizar la solicitud del desacato, decidió nuevamente amparar al accionante y sancionar al representante legal de la entidad y el encargado de recursos humanos por el desacato de la orden judicial.

El caso expuesto es un caso difícil, por varias situaciones: (i) la calidad del accionante, al ser una persona de sesenta años, lo ubica en la población que pertenece a la tercera edad, (ii) al encontrarse tan cerca de obtener la edad mínima para acceder a la pensión de vejez y haberse puesto en peligro su mínimo vital y el de su familia (iii) al ser un servidor público y al no contar con una ley específica que indique qué hacer en esos casos concretos de desvinculación de una persona que está próxima a pensionarse. Todas esas características tuvieron que ser valoradas y sopesadas por el juez que conoció la acción de tutela.

Para la resolución de ese problema jurídico, el juez debió hacer uso de la capacidad imaginativa para recrear en su mente los presupuestos fácticos narrados por el accionante. En un primer momento debió comprender los hechos que originaron la vulneración al

momento de crear el proceso de selección de las vacantes y el retiro del accionante como funcionario de la entidad. Acto seguido, tuvo que imaginar la vida laboral del accionante antes y después de haberse interpuesto la acción de tutela, valorar si el despido estaba justificado e imaginar las facilidades o impedimentos que pudo tener el señor Morales si hubiera necesitado conseguir un nuevo empleo, puesto que el accionante manifestó que contaba únicamente con un estudio técnico de dibujo arquitectónico, —estudio que con las actualizaciones tecnológicas se encuentra obsoleto, situación que dificultaría el acceso a un nuevo empleo antes de cumplir la edad para obtener su pensión—. Adicionalmente el operador judicial debió valorar la situación económica de su núcleo familiar para analizar si con la desvinculación se ve afectado el mínimo vital de él y sus seres queridos.

Posterior a tener pleno conocimiento de los hechos expresados por el accionante Marino y por la Alcaldía de Manizales como accionada en el proceso, el juez debió analizar cuál de las dos partes se encontraba en indefensión y debía ser protegida para que cesaran las vulneraciones. Para lograr comprender a cabalidad lo anteriormente expuesto, el juez debió haber acudido a su capacidad empática y compasiva.

Una vez realizado dicho ejercicio, haciendo uso del poder igualador, el operador judicial debió imaginar una alternativa que se ajustara a la necesidad de la parte vulnerada y que la parte vulneradora pudiera cumplir para proceder a emitir una decisión que resuelva el conflicto jurídico.

Después de analizados los argumentos expuestos en el transcurso del presente trabajo de investigación, he considerado que las capacidades que son otorgadas por la literatura al lector, son muy útiles para otro tipo de funcionarios que incluso, se encuentran por fuera de la rama judicial. Las capacidades literarias son necesarias también para los servidores públicos de la rama ejecutiva, puesto que para el caso particular del señor Marino Morales, si desde el inicio de la convocatoria, los abogados que hacen parte de la oficina de recursos humanos hubieran sido empáticos y compasivos con los compañeros que iban a ser despedidos por el cambio de personal pensado alternativas para garantizarles una estabilidad laboral hasta el día que les llegara su mesada pensional, se hubiera evitado que el señor Marino y muchos otros

funcionarios se vieran obligados a interponer una acción constitucional para que se les garantizaran sus derechos.

Se presentaron dentro del Municipio de Manizales quince casos similares al del señor Marino en el que los funcionarios que laboraban para esa entidad pública fueron despedidos injustificadamente después de que habían entregado toda su juventud a esa institución. Pese a que la mayoría instauraron acciones de tutela, bajo similares presupuestos fácticos, los casos favorecidos fueron la minoría.

En las sentencias de las personas que les negaron el reintegro se pudo evidenciar que los jueces simplemente se ciñeron a la ley y procedieron a rechazar la solicitud de protección, puesto esta era la manera más sencilla de responder a la acción constitucional que llegó a su despacho. La tarea más difícil era sentarse a estudiar el caso juiciosamente, ser empático con el ciudadano accionante y proferir una decisión reivindicando los derechos laborales de esas personas que a simple vista estaban siendo vulneradas.

Muchas demandas, denuncias, quejas o acciones de tutela son radicadas todos los días y las personas que están involucradas en esos procesos, esperan que cese una vulneración que no están llamados a soportar. Puede que los funcionarios de la rama judicial conciban dichos casos como un pendiente más en su trabajo; sin embargo, es importante que los servidores públicos no olviden que desde que toman posesión, tienen una alta responsabilidad social, puesto que sus decisiones van a incidir la vida de otros. Por esa razón deben procurar siempre que esa incidencia tenga el menor impacto negativo posible para la parte que se encuentra indefensa o ha sido vulnerada.

La literatura puede ser comprendida como una actividad recreativa que poco tiene que ver con el derecho. Sin embargo, la propuesta del presente trabajo de investigación va más allá, puesto que busca que la literatura sea más cercana al derecho e incentivar una lectura juiciosa, en la que el juez pueda adoptar y fortalecer capacidades que le permitan decidir adecuadamente.

El presente trabajo de grado busca proponer el Movimiento de Derecho y Literatura como una propuesta para humanizar el derecho, específicamente, la función judicial para que las

decisiones no sean resueltas como una producción de fábrica, sino que el juez se tome en serio su rol como director del proceso y estudie uno a uno y de manera juiciosa los pormenores de los casos.

Para mostrar la necesidad de análisis se proponen los casos difíciles debido a que por lo general surgen cuando hay vacíos jurídicos y no hay bases normativas, ni jurisprudenciales que guíen la decisión. El caso del señor Marino Morales se ajusta al propósito central de la investigación ya que, desde la narración de los hechos se puede catalogar como un caso difícil y debido a que en el ordenamiento jurídico existía un vacío, bajo el entendido que para el momento de la decisión no había una regla que definiera como debía resolverse el problema jurídico, lo que obligaba al juez a que recurriera a su discrecionalidad y autonomía para decidir.

Para tomar una decisión adecuada en el caso del señor Marino, el juez debía contar con las capacidades y emociones que he desarrollado en la presente investigación, de las cuales estoy convencida que puede sembrar la literatura en el lector y facilitar la tarea del juez al momento de tomar decisiones.

Bibliografía

- Amaya, A. (2012). Derecho y literatura. En P. Aullón de aro (ed.), *Metodologías comparatistas y literatura comparada* (pp. 173-182). Dykinson.
- Arteaga, E. (2020). *El amor. Breve análisis de su potencial como ausencia de responsabilidad penal en trato sexual con menores de edad*. Asociación Colegio de Jueces y Fiscales de Cali. <https://colegiodejuecesyfiscalescali.com/2020/09/01/el-amor-en-los-delitos-sexuales-abusivos-analisis-critico-de-la-presuncion-de-derecho/>
- Bejarano, J. A. (1999). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*, 1(1), 155-167.
- Botero-Bernal, A. (2008). Derecho y literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso. En J. Calvo (ed.), *Implicación derecho literatura: contribuciones a una teoría literaria del derecho*. (pp. 29-40). Comares.
- Botero-Bernal, A. (2014a, 25 de febrero). *¿La literatura forma buenos jueces?* [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=VOvDdIBC4QQ>
- Botero-Bernal, A. (2014b). *¿La lectura literaria forma buenos jueces? Análisis crítico de la obra “Justicia Poética”*. *In Jure Anáhuac Mayab*, 3(5), 34-91.
- Bonilla, D. (2013). El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. En H. M. Olea (ed.), *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión* (pp. 259-302). Universidad Diego Portales.
- Bruner, J (2003). *La fábrica de historias: derecho, literatura, vida*. Fondo de Cultura Económica.
- Congreso de Colombia (2000, 24 de julio). *Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial 44097.
- Corte Constitucional (2001, 20 de junio). *Sentencia C-647/01*(Alfredo Beltrán Sierra, MP).

- Corte Constitucional de Colombia (2006, 10 de mayo). *Sentencia C-355/06* (Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, MP).
- Corte Constitucional de Colombia (2008, 28 de febrero). *Sentencia T-209/08* (Clara Inés Vargas Hernández, MP).
- Corte Suprema de Justicia (2020, 6 de mayo). *Sentencia SP921/2020*. (Gerson Chaverra Castro, MP).
- Cue, A. y Quintana, L. (2014). *Fundamentos de economía*. Grupo Editorial Patria.
- Dworkin, R (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (2005). Cómo el derecho se parece a la literatura. En C. Rodríguez (Comp.), *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin* (pp. 143-177). Siglo del Hombre Editores: Universidad de los Andes.
- Gadamer, H. G. (2003). *Verdad y método I*. Sígueme.
- Hart, H. L., (1961). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot.
- Hart, H. L. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Haack, S. (2008). *Ciencia, sociedad y cultura*. Ediciones Universidad Diego Portales.
- Hernández, H. (2020). *¿El amor en los delitos sexuales abusivos? Análisis crítico de la presunción de derecho*. Asociación Colegio de Jueces y Fiscales de Cali.
<https://colegiodejuecesyfiscalescali.com/2020/09/01/el-amor-en-los-delitos-sexuales-abusivos-analisis-critico-de-la-presuncion-de-derecho/>
- Marquis, D. R. (1989). Por qué el aborto es inmoral. *The Journal of Philosophy*, 86(4), 183-202.
- Nabokov, V. (1991). *Lolita*. Anagrama.
- Nussbaum, M., (1995). *Justicia poética*. Andrés Bello.
- Nussbaum, M. (2008). *Paisajes del pensamiento*. Paidós.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas*. Planeta.

- Nussbaum, M. (2016). *El cultivo de la humanidad*. Planeta.
- Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Raz, J. (1996). ¿Por qué interpretar? *ISONOMÍA*, (5), 25-40.
- Romi, J. C. y García, L. (2004). Algunas reflexiones sobre la pedofilia y el abuso sexual de menores. *Cuadernos de Medicina Forense*, 3(2), 93-112.
- Sáenz, M. J. (2019). Voces en la cultura de la legalidad. *Derecho y Literatura*, (16), 273-282.
doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4706>
- Searle, J. (1978). Cómo derivar ‘debe’ de ‘es’. En P. Foot (comp.), *Teorías sobre la ética* (pp. 151-170). Fondo de Cultura Económica.
- Smith, A. (1997). *Teoría de los sentimientos morales*. Alianza.
- Singer, P. (1995). *Ética práctica*. Cambridge University Press.
- Thomson, J. (1971). “*A defense of abortion*”. *Philosophy and public affairs*.