

El lenguaje del poder y el poder del lenguaje: literatura en las sentencias de la Corte

Constitucional colombiana

Por:

Mariantuá Correa Bedoya

Monografía de grado por optar el título de Literata y Abogada

Dirigida por:

Daniel Eduardo Bonilla

María Mercedes Andrade

Universidad de los Andes

Facultad de Artes y Humanidades

Departamento de Literatura

Facultad de Derecho

Bogotá D.C.

2018

Cada uno debe tener su cuarto propio.
Y un patio azul
donde pasear sus dudas.

Virginia Woolf, *Un cuarto propio*

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

Artículo 15, Constitución 1991

Introducción

La Corte Constitucional colombiana en varias oportunidades ha citado, referenciado o hecho mención a autores literarios o a sus obras dentro de los fallos expedidos. Desde 1991 esta Corte ha producido aproximadamente cuarenta y cinco sentencias en cuya argumentación hay citas o referencias a obras literarias, solo contando autores de occidente. Dentro de estas sentencias se destacan autores como Italo Calvino, Franz Kafka, Charles Dickens, Umberto Eco, Albert Camus, George Orwell, Gabriel García Márquez, William Shakespeare, Miguel de Cervantes, Dante Alighieri, Montaigne, Goethe y Sófocles.¹ Es claro que esta Corte ha usado en varias oportunidades citas literarias en la argumentación de sus fallos. Sin embargo, la literatura no es una fuente formal de derecho, y por esta razón su inclusión en las sentencias resulta problemática. En consecuencia esta tesis se propone a indagar las razones por las cuales los jueces usan literatura en sus sentencias. Así las cosas, este trabajo pretende dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿cómo y para qué la Corte cita literatura en sus sentencias? y ¿cuál es la relación de estas citas literarias con el sistema de fuentes del derecho?

Para responder estas preguntas se reducirá el campo de estudio a tres autores literarios: Orwell, Shakespeare y Sófocles y se analizarán las sentencias que los referencian o citan. La razón de esta selección se debe a que estos autores son los más citados por esta Corte y sus obras se relacionan reiteradamente con unos derechos fundamentales específicos; Sófocles y su obra *Antígona* es citado en sentencias relativas al derecho a la

¹ Las siguientes sentencias referencian o citan estos autores: C 540/12, T 611/92, C 626/96, T 349/93, C 301/93, T 444/92, T 011/92, T 537/13, C 1023/12, Su 913/09, C 1068/02, T 049/95, C 043/17, C 1023/12, T 327/10, T 516/96, T 423/96, T 002/92, C 650/03, C 313/14, T 691/12, T 783/08, T 298/96, SU 256/96, T 430/13, T 603/12, C 249/12, T 623/06, T 456/94, T 141/15, C 123/14, C004/92, T 153/98, T 388/13, C 1023/12, T 412/09, T 847/00, T 1606/00, C 221/94, T 542/92 y C 351/04.

objección de conciencia y Orwell y su novela *1984* es citado por la Corte en casos concernientes al derecho a la intimidad. Las referencias a Shakespeare son más variadas; la Corte ha usado sus obras para definir un acto discriminatorio y para proteger la autonomía de las entidades territoriales². De este modo se genera un vínculo entre las obras literarias y algunos derechos constitucionales que es interesante y necesario estudiar para entender la razón por la que se incluyen estas obras literarias en determinadas sentencias.

En la primera sección se estudiará el uso que los jueces hacen de las citas o referencias literarias en sus fallos, lo que responderá la pregunta: ¿cómo usan los jueces la literatura en la jurisprudencia? Para ello se expondrán algunas sentencias donde la literatura es usada a modo de ejemplo e ilustración. Así mismo, se estudiará el uso explicativo y el argumento de doble jerarquía que la Corte hace a través de las citas literaria en los fallos. Por último, se concluirá que la utilidad argumentativa de la literatura en estas sentencias se debe a que los autores literarios que usa la Corte constituyen por sí mismos un argumento de autoridad gracias al reconocimiento que tienen, sobre todo, en occidente.

En la segunda sección se analizará la relación entre las citas literarias en la jurisprudencia y el sistema de fuentes formales del derecho. El objetivo de esté capítulo es ubicar a la literatura dentro de las sentencias (*obiter dictum o ratio decidendi*). Se concluirá que la literatura es un argumento que hace parte del *obiter dictum* de las sentencias.

En el cuarto aparte se llevará a cabo el estudio de un caso particular en el que la Corte Constitucional citó la misma parte de la novela *1984* de George Orwell en tres sentencias para salvaguardar el derecho a la intimidad del artículo 15 de la Constitución.

² Artículo 313 de la Constitución política

Este caso llama la atención porque la reiteración de la cita literaria en tres oportunidades muestra en principio el carácter de la doctrina probable.

Por último se contrastarán los hallazgos de las secciones con dos corrientes que estudian el vínculo entre el derecho y la literatura: la corriente retórica y la corriente humanista. Con esta relación se busca mostrar bajo qué lente se puede entender el nexo entre el derecho y la literatura desde el fenómeno de las citas literarias en la jurisprudencia, ya que este aún no ha sido estudiado por ninguna corriente hasta el momento. Se concluirá que aun cuando la literatura no tiene cabida dentro de las fuentes del derecho, ni hace parte de la *ratio decidendi* de las sentencias, es una herramienta que logra ilustrar y ejemplificar los argumentos del juez de forma persuasiva al estar revestida por la autoridad de los escritores de estas obras y ser conocida por el público a quien se dirige la sentencia.

I. Función retórica de la literatura en la jurisprudencia

La Corte Constitucional ha citado obras de la literatura universal en sus fallos. Este fenómeno resulta polémico porque la literatura no es una fuente del derecho y por lo tanto no debería ser usada como argumento para defender un punto en derecho. Cuando se habla de fuentes del derecho se hace referencia a donde se origina el derecho que regula una sociedad. En Colombia las fuentes formales del derecho son la ley, la costumbre y la jurisprudencia, y son taxativas porque el derecho es una disciplina que se cuida de delimitar y especificar sus propias fuentes para así proteger la seguridad del sistema jurídico. Sin embargo, la literatura es usada por los jueces dentro de sus fallos aun cuando esta no es una fuente formal de la cual el juez pueda echar mano para fundamentar su decisión. En este capítulo se analizará la forma en que la Corte Constitucional ha hecho uso de la obra de

Sófocles, Shakespeare y George Orwell en la argumentación de sus sentencias. El objetivo es analizar cómo y para qué la Corte ha utilizado a estos tres autores en la argumentación de las sentencias aquí analizados.

Desde la teoría de la recepción literaria la existencia de una obra solo se da cuando esta ha sido leída y actualizada por el lector. La obra no es un acto de creación unilateral, por el contrario solo cobra vida y dinamismo una vez las comunidades lectoras acceden a ella y la interpretan. Wolfgang Iser explica esta dualidad de la obra:

La obra literaria posee dos polos que podemos llamar polo artístico y polo estético, siendo el artístico el texto creado por el autor, y el estético la concreción realizada por el lector. De tal polaridad se sigue que la obra literaria no puede identificarse exclusivamente ni con el texto ni con su concreción. Puesto que la obra es más que el texto, ya que sólo adquiere vida en su concreción, y esta no es independiente de las disposiciones aportadas por el lector, aun cuando tales disposiciones son activadas por los condicionamientos del texto (Iser 311).

Siguiendo esta perspectiva las obras literarias contienen un factor social vital, es decir, que su vigencia depende de la lectura e interpretación que las comunidades lectoras hagan de ellas. La participación y comunión del autor y del lector es inherente a la obra, pues esta comunicación es la que permite su constante actualización. En otras palabras, lo inherente a la obra es la posibilidad de ser interpretada una y otra vez por los lectores. No es gratuita la expresión “esa obra envejeció bien” y no quiere decir nada distinto a que las comunidades lectoras a través del tiempo han tenido una interpretación del texto y lo han reevaluado como bueno (o malo) aún cuando no ha cambiado en él ni una sola coma. La interpretación que los jueces de la Corte Constitucional hacen de las obras literarias que citan en sus fallos

implica una nueva conversación entre la obra y una comunidad particular de lectores (jueces) que pretenden obtener de ella una interpretación que les sea útil para defender un argumento de la sentencia.

La presencia de Sófocles, Shakespeare y Orwell en la jurisprudencia significa mucho más que la transcripción de una cita literaria en un fallo, es una interpretación jurídica de las obras literarias, su asociación con principios de rango legal o constitucional y su inscripción en un sistema de referencias jurídico. Los jueces le hicieron nuevas preguntas a las obras literarias y los textos respondieron con una interpretación jurídica. La inscripción de las citas literarias en la jurisprudencia no solo cuestiona el sistema de fuentes del derecho, sino que actualiza las obras a través de interpretaciones jurídicas de las mismas. Hans- Robert Jauss, uno de los padres de la estética de la recepción, expone lo anterior en la siguiente ecuación: “En la intersección entre las preguntas del lector y las respuestas del texto ocurre la fusión de horizontes y la pluralidad de interpretaciones” (Jauss 183). Los jueces accedieron a las obras literarias con el propósito de usarlas en sus fallos y eso implica necesariamente una conversación que extrae de la obra otro tipo de respuestas, unas aplicables al universo del derecho. Por ejemplo un juez usa *Otelo* de Shakespeare para establecer la diferencia entre explicación y justificación y con ello definir lo que constituye un acto discriminatorio. La obra por sí sola no hace énfasis en la aclaración de esa distinción, pero al pasar por la interpretación del juez logra dar respuesta a ese interrogante. Este tipo de interpretaciones no son forzadas, sino que están regidas por los condicionamientos de la obra. El texto aunque no sea jurídico ni toque temas jurídicos tiene una estructura y unos condicionamientos que lo hacen susceptible de interpretaciones jurídicas. Si un juez al observar el caso que debe resolver recuerda una obra literaria que ha

leído y la cita es porque los hechos y la obra tienen un punto de encuentro, cualquiera que sea, y eso deriva en una nueva interpretación de la obra.

Antígona, Otelo, Hamlet, 1984 y Granja de animales son obras cuya estructura y argumento central favorecen una interpretación jurídica o constitucional de su ficción porque dentro de ella se exponen tensiones de poder de difícil solución, que pueden ser fácilmente asimilables a los problemas jurídicos que dirime un juez. En *Antígona* se recrea una tensión entre el poder del estado y el poder divino; en *Otelo* una tensión de pareja a causa de los celos; en *Hamlet* una tensión entre sobrino y tío causada por la obtención del poder soberano y las traiciones familiares; en *Granja de animales* una lucha de clases que tensiona la convivencia de una sociedad de animales y en *1984* una tensión entre la sociedad y un estado totalitarista. En últimas, la inscripción de estas obras en la jurisprudencia es un proceso de doble vía que moldea la plasticidad interpretativa de la obra y a la vez cuestiona el sistema formal de fuentes de derecho. En consecuencia, las citas literarias en las sentencias exigen un análisis de las obras que tenga en cuenta a los jueces como comunidad lectora, sus objetivos, propósitos y expectativas.

Los jueces usan estas citas literarias en las sentencias para sustentar de forma dinámica un argumento del fallo, buscan persuadir a su audiencia (otros jueces, ciudadanos, las partes del caso) a través de la literatura que su argumentación es la más favorable en derecho. Parecería, entonces, que la literatura es usada por los jueces como una herramienta argumentativa para persuadir a favor de la adopción de una decisión determinada que impacta la realidad, característica que en principio le es ajena a la ficción. Como el objetivo de los jueces al usar citas literarias parece ser el de persuadir, se partirá del estudio del uso retórico que los jueces hacen de la literatura citada en sus fallos para identificar cómo usan

la literatura y de qué forma ese uso cumple el propósito de persuadir a favor de la decisión del juez.

Son trece las sentencias de la Corte Constitucional que referencian o citan a Shakespeare, Orwell y Sófocles³ para plantear un paralelo entre los hechos o conceptos del caso y las obras literarias en cuestión. Esta analogía se estructura porque en la ficción los conflictos o situaciones ya fueron resueltos por el autor, la obra es una historia acabada de la que el juez puede tomar ejemplo para resolver algún punto dudoso de su caso. La forma en que hacen el vínculo entre la obra y el caso y la cita que escogen para plantearlo varía en las sentencias. En general los jueces se valieron de dos categorías argumentativas para plantear la analogía entre la obra y el caso: el ejemplo y la ilustración. El ejemplo y la ilustración son dos tipos de argumentos retóricos que se usan para reforzar el peso de un determinado argumento a través del planteamiento de un escenario parecido al del caso particular, que hace las veces de modelo del caso general. El argumento de ejemplo, presupone la existencia de algunas regularidades que el ejemplo concretiza. Su utilidad argumentativa es la de discutir el alcance de una norma y la generalización que justifica el caso particular, pero no cuestiona el principio mismo de la generalización (Perelman 143). Por otro lado, el argumento por ilustración no solo fundamenta una norma a través de la exposición de un escenario paralelo, sino que además logra darle una presencia dentro de la conciencia. Esto significa que a través de una atmósfera paralela el argumento ilustrativo busca convencer por medio de un ejercicio de concientización de la realidad. Para que esto ocurra es necesario que el lenguaje de la ilustración logre construir imágenes, con el fin de

³ Sentencias: T-611/92, C-004/92, T-444/92, T-349/93, C-301/93, C-626/96, C-540/12, C-249/12, T-603/12 y T-430/13, T 011 de 1992, T 141/ 15 y C-123/14

que el receptor imagine aquel escenario. Si una persona a través de una ilustración logra transportarse a ese escenario y sentirlo como propio, su adhesión al argumento va a ser más probable que si solo se le plantea una analogía de hechos, como ocurre en el ejemplo. Por ejemplo, las utopías son argumentos ilustrativos porque a través de la hiperbolización de los valores positivos de la realidad crean imágenes deseables para la conciencia y así logran una persuasión significativa a favor del argumento o idea.

En diez de las sentencias que fueron estudiadas los jueces utilizaron las citas literarias en forma de ilustración y en tres ocasiones a modo de ejemplo. El uso del ejemplo y la ilustración es un uso estándar en todos los fallos, por esta razón se expondrán solamente dos casos paradigmáticos que explican el fenómeno general. Así mismo, se estudiaran otros dos casos en que los jueces se valen de la cita literaria para plantear un argumento de doble jerarquía y definir un concepto jurídico.

La sentencia C-249/12 de la Corte Constitucional es el caso paradigmático para explicar el uso general que esta Corte hace de las citas literarias cuando se vale de ellas como herramienta para ilustrar. En esta sentencia la Corte debate la constitucionalidad del Acto Legislativo 4 de 2011 por medio del que se incorpora un artículo nuevo a la Constitución de 1991. El ciudadano que demandó el Acto Legislativo lo hizo por considerar que sustituyó principios consustanciales a la Constitución relacionados con la carrera administrativa para el acceso, permanencia y ascenso en los cargos públicos. Entre sus consideraciones la Corte incluyó un argumento de la obra *Antígona*:

Los *Nomoi* que se implementaron en la democracia ateniense tenían relación íntima con una serie de leyes que provenían de la costumbre y de las tradiciones, que se referencian algunas veces en las tragedias griegas, como la *Antígona* de Sófocles.

En dicha tragedia Antígona arguye que tiene el derecho a enterrar a su hermano Polinices a pesar de la prohibición decretada por Creonte, ya que existen unas leyes inveteradas e inmodificables -*Nomoi*- que “*no son de hoy ni son de ayer, sino que se encuentran en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron*” (Corte Constitucional, Sentencia C-249/12).

La cita a *Antígona* es utilizada para reforzar el argumento de que hay algunas leyes supremas que no son susceptibles de reforma alguna porque de hacerse se atentaría contra la naturaleza misma de aquella norma inmodificable y superior, en este caso la Constitución. El argumento está dirigido a exponer el difícil dilema al que estuvo enfrentada Antígona cuando quiso enterrar a su hermano Polinices, en obediencia a la ley divina, pese a la prohibición legal de Creonte. La inclusión de esta cita lleva el argumento al nivel del dilema, en tanto que obedecer la ley termina siendo una premisa con dos posibles conclusiones. Al ser leyes contrarias y excluyentes, el obedecer una conlleva necesariamente a desobedecer la otra. La tragedia de Sófocles concluye con la obediencia de aquellas leyes de todos los tiempos, las leyes divinas, en lugar de las leyes del hombre. Del mismo modo, el juez a través de la cita argumenta a favor del respeto a la Constitución y por tanto en contra de las modificaciones del Acto Legislativo 4 de 2011 que podrían desnaturalizarla. La Corte Constitucional, al igual que Sófocles en su tragedia, resuelve a favor de la protección de la Constitución y por esa razón declara la inexecutable del Acto Legislativo.

La referencia a la tragedia griega y la cita a *Antígona* maximizan la tensión en el discurso porque la cita transporta al receptor a una situación paralela en la que seguramente como individuo también abogaría por la decisión, al igual que Antígona, de enterrar al

hermano. Además al ser un dilema ya resuelto previamente en la ficción, la duda se llena automáticamente a favor de la misma resolución de la obra trágica. La ilustración del dilema ya resuelto ratifica en el receptor la concepción de que en efecto hay unas leyes que no son susceptibles de modificación alguna porque eso atacaría su propia naturaleza. El lector de *Antígona* se asocia con el dilema de la protagonista, siente con ella y recorre con el personaje los mismos caminos argumentativos que la llevan a la decisión de enterrar a su hermano a toda costa. En la mayor parte de los casos el lector se asocia con Antígona y termina por compartir y avalar su decisión. Entonces, incluir esta obra en la sentencia es una estrategia argumentativa potente, ya que logra que los receptores de la sentencia se identifiquen en primer lugar con el dilema, luego con el personaje de Antígona y, con suerte, con la decisión de Antígona que paralelamente es la decisión que la Corte defiende en esta oportunidad. Efectivamente plantear que la modificación de una ley puede llevar a un caso de injusticia tan abusivo como el de esta tragedia genera un peso adicional en la consciencia porque recarga el argumento de vibraciones emotivas a favor de la heroína y de la decisión de la Corte.

Es así como la Corte en esta y otras oportunidades⁴ se ha valido de la literatura para ilustrar un dilema y abogar por una decisión usando como aliadas las emociones que la

⁴ En sede de revisión de la acción de tutela T-611/92 y T-349/93 la sala cita la novela *1984* del escritor George Orwell para ilustrar las consecuencias de permitir la violación del derecho a la intimidad del artículo 15 de la Constitución. La sentencia C 626 de 1996 también contiene en su argumentación una cita a *1984*.

Así mismo, en el salvamento de voto C-004/92 Ciro Angarita Barón hace una referencia indirecta a la muerte de Hamlet para ilustrar, a través de una hiperbolización bastante dramática el desamparo del ciudadano causado por la inoperancia de las instituciones jurídicas que admitieron el estado de emergencia.

El salvamento de voto No. C-301/93 presenta los argumentos por los cuales los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero se apartan de la decisión de la Corte de declarar inexecutable solamente el artículo 3 de la Ley 15 de 1992. En esta oportunidad citan *Granja de animales* de Orwell para ilustrar el mal uso que se le da al derecho fundamental a la igualdad a través de las jurisdicciones especiales.

El salvamento parcial de voto C-540/12 de la magistrada María Victoria Calle incluye una paráfrasis de la novela *1984* para ilustrar las consecuencias fatales del abuso del poder estatal.

literatura suscita y la directriz que el autor literario le dio al resolver de su obra. Finalmente, el argumento tienta al receptor a plantearse la siguiente pregunta: ¿Si Sófocles lo decidió así, por qué no volverlo a decidirlo de la misma forma? Y es en ese cuestionamiento donde recae toda su fuerza argumentativa.

La Corte también usa la literatura a modo de ejemplo⁵ en sus sentencias para generalizar y visibilizar una situación ya expuesta en escenarios similares. Para explicar este uso de la literatura en la jurisprudencia, el mejor ejemplo es el del salvamento de voto C-123/14. En su argumentación los magistrados María Victoria Calle y Luis Ernesto Vargas se apartan de la decisión de la Corte porque consideran que el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 es inconstitucional. Este artículo prohíbe que las entidades territoriales establezcan territorios libres de minería. Los magistrados argumentan que el texto es contrario a la Constitución porque desconoce la competencia de los municipios en la regulación de los usos del suelo, anula la participación de las entidades territoriales en la explotación de recursos naturales y viola la autonomía de dichas entidades. En la argumentación los magistrados referencian *El mercader de Venecia* de Shakespeare para ejemplificar las contradicciones que hacen un derecho irrealizable:

En *El Mercader de Venecia* se cuenta que Shylock, un rico comerciante, le

La cita literaria en la sentencia T-603/12 es nuevamente de *Antígona* de Sófocles, se encuentra en un pie de página, e ilustra el dilema existente por la diferenciación entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Por último, La sentencia T-430/13 hace referencia a Sófocles para ilustrar la antigüedad y complejidad del dilema que la Corte debe dirimir en el caso. *Antígona* funciona, sobre todo, como herramienta que plantea la tensión entre los derechos y deberes ciudadanos.

⁵ En estas sentencias se usan las citas o referencias literarias a modo de ejemplo: en la revisión de la sentencia T 011 del 92 la Corte incluye una referencia a Hobbes, Foucault y Orwell para visibilizar los alcances y límites del derecho de la intimidad del ser humano. En la sentencia T 141/ 15 la corte referencia *Otelo* de Shakespeare con el objetivo de aclarar la diferencia entre la explicación y la justificación en tanto que *Otelo* ejemplifica una conducta moralmente inadecuada que carece de justificación, aún cuando tiene explicación.

presta una gran suma de dinero a Antonio, quien se compromete a pagarla cuando reciba unas mercaderías que vienen camino al puerto de Venecia. El contrato incluye una cláusula penal según la cual, en caso de incumplir el pago, Shylock tendrá derecho a cobrarse con una libra de la carne de su deudor. Ocurre que los barcos naufragan y, ante la imposibilidad para Antonio de cumplir con lo acordado, se hace efectiva la cláusula penal. En el acto cuarto de la obra se escenifica el juicio, en cuya decisión interviene un jovencísimo juez llamado Baltasar, pero que en realidad es Porcia, la protagonista femenina de la obra, quien encuentra una fórmula que le permite salvar la vida de Antonio. Esta consiste en advertirle a Shylock que, en virtud del contrato suscrito, tiene derecho a cobrarse con una libra de la carne de Antonio, pero sin derramar ni una gota de su sangre. De hacer esto último, sus bienes serían confiscados conforme a la ley veneciana (Corte Constitucional, Sentencia C-123/14).

La obra de Shakespeare es un ejemplo del dilema generado cuando existen dos premisas que se contradicen. En ambos casos, existe un derecho; en la obra a una libra de carne y en la Ley a la autonomía y participación de las entidades territoriales. A su vez, en ambos casos existe una limitante a ese derecho, que en primera medida pareciera ser solo eso, pero termina siendo en realidad un factor que imposibilita la obtención del primer derecho. Así como la condición de no derramar una gota de sangre imposibilita la obtención de la libra de carne, la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, que prohíbe a las entidades territoriales establecer territorios libres de minería, contraría el artículo 313 de la Constitución que le otorga autonomía a las entidades territoriales en relación con la regulación de los usos del suelo y la

explotación de los recursos naturales. Los hechos del caso y los de la obra no tienen componentes fácticos similares, pero conceptualmente ambos están poniendo en evidencia la existencia de dos premisas que pese a su posible coexistencia se excluyen mutuamente. El peso argumentativo del ejemplo consiste en mostrar que la incompatibilidad de las premisas, en este caso el artículo de la Ley y el artículo de la Constitución, traen como resultado la imposibilidad de materializar un derecho previamente dado. En este caso los magistrados exponen la situación de la obra de Shakespeare para exhibir cómo se puede cometer una injusticia, la privación de un derecho, a través de una argumentación enrevesada como la que hace Porcia disfrazada de juez en defensa de Antonio. El ejemplo demuestra como a través de una argumentación se puede dejar sin dientes un derecho adquirido legítimamente.

Hay dos sentencias en que el ejemplo y la ilustración desembocan en otro tipo de argumento. Por ejemplo, la sentencia T-430/13 alude a *Antígona* de Sófocles⁶ y se vale del paralelo con la obra para exhibir un argumento de doble jerarquía. Este tipo de argumentación se presenta cuando hay una coexistencia de poderes similares en tensión (Perelman 138). Esta sentencia pretende exponer la tensión entre la obediencia a la ley humana y la obediencia a la ley divina, cuando estas dictan rumbos distintos. En este caso se decide una acción de tutela interpuesta por tres ciudadanos solicitando que se les tutelara su derecho de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. El juez se refiere a *Antígona* en la reiteración de jurisprudencia de la siguiente forma:

La cuestión constitucional que enmarca el problema jurídico que se analiza en el presente caso es: ¿qué ocurre cuando un deber jurídico entra en contradicción o en

⁶ Las sentencias C-249/12, T-603/12 y T-430/13 también hacen referencia o citan *Antígona*.

tensión con un dictado de la conciencia? ¿La persona ha de obedecer el mandato jurídico por encima del mandato de la conciencia, o por el contrario debe ser el jurídico el que ha de ceder ante la orden que dicta la conciencia? ¿Y qué ha de hacer el Estado, ha de dispensar a la persona del cumplimiento de aquella obligación jurídica y respetar la conciencia, o por el contrario, ha de someter a la persona a que respete la ley? Se trata del viejo dilema que planteó Sófocles en la antigua Grecia, 442 años antes de que iniciara nuestra era, en su tragedia *Antígona*, la cual ha dado lugar a reflexiones variadas y diversas sobre la libertad de conciencia y religión y su enfrentamiento con las leyes estatales (Corte Constitucional, Sentencia T-430/13).

La referencia a esta obra teatral tiene el objetivo de ilustrar la antigüedad y complejidad del dilema que la Corte debe dirimir en el caso. La cita se usa como herramienta para agudizar el planteamiento del problema jurídico.

Del mismo modo, cuando la Corte hace referencia a *Otelo* de Shakespeare en la sentencia T 141 de 2015 lo hace para explicar la diferencia entre dos conceptos: la justificación y la explicación:

A este respecto, la Corte ha sostenido, en tercer lugar, que es la justificación y no la mera explicación de un trato desigual la que resulta relevante para efectos de descartar que el mismo constituya un trato discriminatorio. Haciendo uso de la conocida distinción entre el acto de “explicar” (dar cuenta de los motivos o causas que hacen comprensible una acción), y “justificar” (aludir a las razones que avalan la corrección de un curso de acción), este Tribunal ha indicado que el hecho de que un acto discriminatorio se pueda explicar en función de los patrones clasificatorios que llevan a “naturalizar” o “normalizar” ciertas formas de relación social que

establecen distinciones entre las personas, no implica que dichos tratamientos se puedan justificar a la luz del marco axiológico que impone la Constitución.

Para ilustrar esta distinción suele emplearse el ejemplo de los celos, como el motivo que *explica* que Otelo haya dado muerte a Desdémona (en la conocida tragedia de Shakespeare), sin que tal explicación suponga que los celos constituyen una razón que *justifica*, esto es, que avala la corrección de su acto. (Corte Constitucional, Sentencia T 141/ 15).

Esta aclaración es importante para la resolución del caso en vista de que el juez debe decidir si una conducta es o no discriminatoria. En ese sentido, la Corte en esta misma sentencia indicó: “(...) no todo tratamiento diferenciado puede ser considerado como un acto de discriminación, sino sólo aquellos que no admitan ser justificados a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad” (Corte Constitucional, Sentencia T 141 de 2015). *Otelo* ejemplifica una conducta moralmente inadecuada que carece de justificación, aun cuando tiene explicación. La utilidad argumentativa de esta cita literaria recae en que despeja el camino conceptual, como paso previo para el buen entendimiento del concepto de discriminación.

Las citas literarias que los jueces incluyen en sus sentencias ilustran o ejemplifican escenarios paralelos para convencer a favor de una decisión determinada. Sin embargo, el efecto persuasivo no viene únicamente de la ilustración o ejemplificación de los casos en las obras de ficción. El nombre de los autores juega un papel determinante en la tarea de fortalecer la argumentación del juez, porque nombres como Sófocles, Shakespeare y Orwell constituyen en sí mismos un argumento por autoridad. Una obra literaria, o cualquier otro discurso, sobrepasa su propio contenido en tanto que el peso de sus ideas se encuentra

reforzado por elementos ajenos al texto. La calidad de la obra se mide, claro está, por su contenido, pero su fama y circulación pueden también estar dadas por quien la escribió, quien la editó, quien la recomendó, quien la criticó etc. La obra y su impacto en el mundo material están condicionadas por mucho más que sus propias letras. El autor es uno de los grandes condicionamientos de la obra literaria y de los discursos en general. El autor no es simplemente una firma al final de la obra, es en realidad un peso legitimador del contenido. Si el autor es reconocido, tiene más obras, ganó algún premio significativo o impulsó alguna corriente filosófica o literaria su producción va a tener mucha mayor aceptación de la que tendría una obra de un autor nuevo. Esto es así porque hay algo en el reconocimiento, en la reputación y en la fama que muchas veces mueve más que los hechos reales que en este caso son las obras en sentido estricto. Es tan claro el condicionamiento del autor frente a sus textos que incluso Roland Barthes y Foucault hicieron el esfuerzo teórico de “matar”⁷ al autor y sacarlo de su centro⁸, respectivamente, para que los textos adquirieran su fuerza propia, la de la unión de las palabras y su sentido y se desprendieran del peso del autor y su vida privada.

En este orden de ideas, los autores que referenció/citó la Corte en los casos analizados ejercen esa gran fuerza de atracción, son el centro gravitacional de una época, hasta el punto que nombrarlos puede resultar redundante. Sin embargo, es bueno recordar las razones por las que su solo nombre constituye una autoridad argumentativa. Para empezar en orden cronológico Sófocles fue, junto con Esquilo y Eurípides, uno de los poetas más destacados de la tragedia griega. De su autoría se conservan siete tragedias,

⁷ Ver *La muerte del autor* de Roland Barthes.

⁸ Ver *¿Qué es un autor?* de Michael Foucault.

entre ellas *Antígona* y *Edipo Rey*. Esta última ha sido tan significativa que el psicoanálisis se ha adueñado de ella para caracterizar un concepto central de la teoría psicoanalítica de Freud: la presencia de sentimientos y deseos amorosos hacia los progenitores. Así mismo, William Shakespeare no requiere de mayor presentación y para los propósitos de este trabajo, basta con nombrarlo y tal vez indicar una referencia hecha a su obra: “Después de Jesús, Hamlet es la figura más citada en la conciencia occidental: nadie le reza, pero tampoco nadie lo rehúye mucho tiempo” (Bloom 18). Por último, George Orwell fue uno de los escritores más destacados de los años treinta y cuarenta del siglo XX y con su novela *1984* creó el concepto de “Gran hermano”, que desde entonces es central dentro de la crítica a las técnicas de vigilancia que el Estado emplea para controlar al individuo. La expresión “Orwelliano” se volvió común para caracterizar el universo distópico de los totalitarismos. El amplio reconocimiento de estos escritores a través de la historia hace que los argumentos de la Corte que los mencionan adquieran un peso argumentativo mayor, es decir, que logren contribuir con el propósito de convencer y legitimar el análisis y la decisión. No es lo mismo para la Corte incluir en su argumentación autores como estos tres a incluir, por ejemplo, escritores modernos de oriente, pues los receptores de sus fallos no se sentirían ante el peso de un argumento de autoridad, sino ante una referencia literaria de un obra que seguramente no han leído. Además, la reputación y reconocimiento que recubre los nombres de estos escritores también juega un rol importante en los receptores del discurso porque no solo son nombres intelectualmente relevantes, sino que además sus obras están inscritas en el imaginario cultural de occidente y por esa razón, aun cuando las personas no hayan leído las obras concienzudamente, saben a grandes rasgos de qué tratan. *Hamlet*, *1984* (Gran hermano) y *Antígona* son palabras con las que la mayoría de la gente

puede construir oraciones sin siquiera haber leído las obras de donde salen estos nombres. En este sentido, fue un acierto argumentativo de la Corte incluir referencias literarias que no necesitan de mayor explicación ya que el público está relacionado con ellas aún sin haberlas ojeado. Además, estas referencias guardan en sus líneas la implícita y poderosa autoridad de sus tan renombrados autores, lo que facilita la argumentación del juez. Por ejemplo, exponer a través de una ilustración las consecuencias nefastas de un gobierno totalitarista tiene un efecto persuasivo en los receptores del discurso, pero si además esta ilustración está regida por Orwell y su novela *1984* el refuerzo a la argumentación crece considerablemente. Foucault en su conferencia titulada *¿Qué es un autor?* explica el elemento diferenciador que contiene el nombre de autor:

En una palabra, el nombre de autor funciona para caracterizar un cierto modo de ser del discurso: para un discurso el hecho de tener nombre de autor, el hecho de poder decir “esto fue escrito por Fulano de Tal”, o “Fulano de Tal es el autor de esto”, indica que dicho discurso no es una palabra cotidiana, indiferente, una palabra que se va, que flota y pasa, una palabra que puede consumirse inmediatamente, sino que se trata de una palabra que debe recibirse de cierto modo y que debe recibir, en una cultura dada, un cierto estatuto (Foucault 233).

El estatus de autores como Sófocles, Shakespeare y Orwell es evidente y la utilización de sus nombres abarca mucho más que eso, trae consigo una descripción implícita, un campo magnético de referencias que se le asemejan y una legitimidad dada por su propia autoridad. Se hace evidente entonces que la literatura es usada por los jueces de la Corte Constitucional en estas sentencias para persuadir a través de la autoridad de los autores y sus respectivas obras literarias. Es una herramienta que el juez usa, valiéndose entre otras

de la autoridad del escritor para sentar con más autoridad la línea argumentativa que pretende sustentar. Además, la utilización de estos referentes también le da al juez un status intelectual y cultural entre sus receptores. Este efecto en la reputación del juez también se nutre del eco del nombre de autor que permea a quien lo menciona.

II. Las citas literarias en el sistema de fuentes de derecho

En la sección anterior se explicaron los usos retóricos que los jueces hacen de las citas literarias en sus fallos y las razones por las que la literatura resulta útil en la argumentación de las sentencias. En la presente sección se estudiará el valor que toman las citas literarias en la jurisprudencia y su relación con la clasificación de las fuentes del derecho en Colombia.

Las fuentes del derecho son un concepto de mucha importancia para esta disciplina porque son en teoría el origen de la misma, los lugares de donde emana. El sistema jurídico precisa sus fuentes para garantizar su propia seguridad y previsibilidad. Bajo el ala tradicionalista o formalista las fuentes del derecho en Colombia están encabezadas por la Constitución, la ley y la costumbre (mercantil), que denominan como fuentes principales. A estas las siguen la doctrina, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho que son tenidas como fuentes auxiliares o criterios de interpretación del derecho. Sin embargo, la clasificación de las fuentes del derecho cambia según la corriente jurídica desde la cual se le esté analizando y la concepción que tenga sobre el derecho. Para reformistas como Pound y Geny, por ejemplo, el derecho es algo más amplio y complejo que un cuerpo de leyes y consideran la división entre fuentes primarias y secundarias como

una distinción ilusoria porque en la práctica los jueces deben atender no solo la ley, sino también los factores políticos y económicos que impactan el caso. Del mismo modo, para el realismo norteamericano “la distinción entre influencia legítimas e ilegítimas, entre fuentes permisibles e impermisibles de la decisión jurídica, en plata blanca, no era posible de sostener” (López 309).

En Colombia, que es un país heredero de la tradición romanista del derecho, predominó por mucho tiempo la concepción formalista de las fuentes del derecho y por ello el derecho jurisprudencial tuvo que recorrer un largo y dificultoso camino hasta estos días en que tiene un carácter vinculante, sobre todo en lo concerniente a los fallos de la Corte Constitucional. A partir de 1991 el legislativo y la Corte Constitucional insistieron en un sistema fuerte de jurisprudencia, por lo menos en lo relativo a esta Corte. Desde 1991 a 1995 la Corte Constitucional en sus fallos respaldaba el sistema libre de jurisprudencia, en el que los jueces podían decidir si usar o no la jurisprudencia, lo que ratificaba el valor auxiliar de la misma. Desde 1996 en adelante se comenzó a instaurar un valor obligatorio, vinculante y normativo del precedente de la Corte Constitucional, al punto que si el juez del caso no ofrece razones suficientes y adecuadas para separarse de lo establecido por la jurisprudencia⁹ procedería la acción de tutela por la vulneración del derecho a la igualdad del accionante.

Si el camino para reformular las fuentes del derecho y el valor de la jurisprudencia ha sido tan espinoso en Colombia ¿qué pasa con el hecho de que los jueces estén usando citas literarias como argumentos para fallar los casos? Algún jurista tradicionalista podría demandar la nulidad del fallo, como ya ocurrió con la sentencia T 537 de 2013. En esta

⁹ Ver *El derecho de los jueces* pg. 29-70

acción de tutela los peticionarios indicaron falta de motivación del fallo: “Manifiestan los interesados, como quedó anotado, su inconformidad con los efectos de la sentencia T-537 de 2013-pues la consideran un riesgo para su actividad como constructores- y acusan a la sentencia de falta de motivación jurídica por haber usado en su argumentación una cita extraída de una obra de ficción literaria” (Corte Constitucional, Auto 150 de 2016). Ante esto la Corte Constitucional respondió:

Una cuestión es que con fines de pedagogía se haga alusión a obras literarias con la específica finalidad de explicar una figura jurídica -que es el caso de la sentencia T-537 de 2013- y otra muy distinta que aquellas se empleen como fundamento que soporta la decisión del caso. En la providencia cuya nulidad se pide hubo, aparte de las atacadas por los peticionarios para aducir que la decisión carecía de fundamentación, abundantes explicaciones jurídicas y la razón de la decisión fue eminentemente en derecho (Corte Constitucional, Auto 150 de 2016).

El caso anterior es tan solo un ejemplo del problema que puede llegar a representar el uso de literatura en las sentencias. De esta demanda de nulidad y la respectiva respuesta que da la Corte se desprenden tres conclusiones: primero, que es problemático el uso de literatura en las sentencias porque carece de validez jurídica. En segundo lugar, que es legal que los jueces usen literatura como herramienta pedagógica para explicar una figura jurídica, y por último que en caso de que la referencia o cita literaria se use como fundamento central para decidir un caso, debe anularse la sentencia por falta de motivación. Esto último se debe a que la literatura no es una fuente de derecho en el sistema jurídico colombiano y por esa razón no debería ser un argumento que el juez utilice para fallar un caso.

Las sentencias estudiadas en la sección anterior son muestra de que la Corte cita y referencia obras literarias para ilustrar, ejemplificar y explicar el conflicto que debe dirimir. Podría decirse que todos estos usos se enmarcan dentro de lo que la Corte denominó como “herramienta pedagógica”. En efecto, a través de las referencias literarias se plantean y agudizan problemas jurídicos y se crean escenarios paralelos ficticios, pero ya resueltos, a los hechos del caso. La literatura es por momentos usada por los jueces en razón a sus similitudes fácticas con los casos y en otros momentos por sus semejanzas conceptuales con los casos. Así pues, la literatura por momentos tiene relevancia fáctica y por momentos conceptual. Sin embargo, en ninguno de los ejemplos la literatura parece ser la razón para decidir el caso, sino que más bien constituye un paso preliminar que aclara o agudiza matices del problema jurídico.

Ahora bien ¿cómo puede clasificarse la literatura en las sentencias dentro del sistema de fuentes del derecho? En las sentencias judiciales se encuentran dos tipos de argumentos: el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*. El *obiter dictum* quiere decir textualmente: dicho de paso. Lo “dicho de paso” va en la misma dirección de la decisión del juez, pero no tiene un carácter vinculante en el ordenamiento jurídico. Son argumentos que hacen parte del universo de referencias del juez y sus formas de acercarse al mundo para analizar los problemas jurídicos sobre los que tiene que decidir. En otras palabras, al ser lo “dicho de paso” parte del sistema de referencias de un juez, no se le puede exigir a otros jueces que compartan la referencia, y como esa referencia no está basada en la ley o la *ratio* no se puede pretender que sea replicada por otros jueces en otras sentencias.

Por otro lado, la *ratio decidendi* es una expresión latina que significa: razón para decidir. Es el argumento principal y suficiente de la parte considerativa de la sentencia y

constituye el fundamento de la decisión del juez. En los sistemas jurídicos con precedente vinculante y obligatorio, como el sistema jurídico anglosajón, los jueces deben esforzarse por encontrar la *ratio decidendi* de los casos previos con hechos análogos para fallar de la misma forma, esto en razón a que la *ratio decidendi*, a diferencia del *obiter*, tiene carácter vinculante. Como se mencionó anteriormente, el precedente de la Corte Constitucional es vinculante y obligatorio a menos de que haya razones suficientes y necesarias para distanciarse de él. Lo que constituye el precedente, aquello de lo que los jueces no se pueden desviar, es la *ratio decidendi*.

El problema con estas partes de la sentencia es que no existe una franja que diferencie al *obiter dictum* de la *ratio decidendi*, ni hay subtítulos que anuncien estas divisiones de la argumentación. Solo se conoce su diferencia conceptual, que tiende a definir a una como la exclusión de la otra: lo que no es *obiter* es *ratio* y viceversa. Esto hace difícil la tarea de categorizar la cita literaria en la sentencia y además plantea un binario que obliga a elegir entre dos únicas posibilidades: la cita literaria es *ratio decidendi* o la cita literaria es *obiter dictum*. No hay lugar a puntos medios. En este sentido, el análisis de las sentencias que se hizo en la sección anterior permite entender la referencia literaria como parte del *obiter dictum*, porque es la ilustración o ejemplificación de alguno de los puntos del problema jurídico y sirve para despejar el terreno argumentativo, pero en sí misma no es la razón suficiente para fallar. Autores como Goodhart han hecho el esfuerzo de enlistar los pasos para encontrar la *ratio decidendi* de una sentencia: “Una conclusión basada en un hecho hipotético es un *dictum*. Un hecho hipotético es cualquier hecho cuya existencia no ha sido determinada ni aceptada por el juez” (Goodhart en López 240). ¿Es la literatura un hecho hipotético? Si se analiza de forma aislada se debe afirmar que la

literatura no es un hecho hipotético, sino un hecho comprobado, una realidad. Una obra literaria es ficcional y es también real, constatable y verificable. La obra está definida por las mismas oraciones que le dan vida a la narración y determinan su existencia. Lo importante es que la obra sea real en tanto que se sostiene a sí misma, sostiene su lógica interna. Sin embargo, en este caso la pregunta debe ser más específica para evitar confusiones: ¿Es la cita literaria en las sentencias un hecho hipotético? La respuesta a esta pregunta es afirmativa. Los hechos de una sentencia son aquellas acciones que dan pie a que se configure el problema jurídico a resolver. En ese sentido la cita literaria en una sentencia puede considerarse un hecho hipotético al no pertenecer a los hechos de la demanda que el juez ha probado. Esto quiere decir que las citas literarias son parte del *obiter dictum* de las sentencias. En ese sentido, las citas literarias son herramientas argumentativas que el juez extrae de sus referencias personales o de su biblioteca y plasma en la sentencia para motivar y persuadir a favor de su resolución. La literatura en las sentencias tiene un papel complementario; son argumentos dirigidos a respaldar la decisión del caso, pero no son, ni pueden ser la razón suficiente para decidir. Además, ningún juez aceptaría, así fuera cierto, que está fallando un caso condicionado únicamente por una obra de ficción literaria, ya que eso implicaría una desobediencia al sistema de fuentes del derecho y una falta de validez y motivación de la decisión.

III. Reiteración de una cita literaria en tres sentencias de la Corte Constitucional

En casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal probable

Artículo 10, ley 153 de 1887

Esta sección de la tesis está dedicada al estudio de un caso particular en el que la Corte Constitucional cita en tres sentencias el mismo fragmento de la novela *1984* de George Orwell para argumentar su decisión de proteger el derecho a la intimidad del artículo 15 de la Constitución. En estas sentencias el uso del ejemplo y la ilustración se complejiza porque la reiteración hace eco de forma inmediata a la doctrina probable de la Corte Suprema de justicia. Así las cosas se va a estudiar la razón por la que la Corte insiste en incluir esta cita literaria en sus fallos y si su reiteración cambia el carácter de la cita literaria en las fuentes de derecho.

Las sentencias T 611 de 1992, T 349 de 1993 y C 626 de 1996 contienen en su argumentación la misma cita de la novela *1984* de Orwell junto con idéntica introducción:

La descripción de Orwell en el campo literario muestra con nitidez el efecto que se produce en el ánimo del individuo como consecuencia de la total exposición a la vigilancia de otros inclusive en lo que atañe a los más insignificantes actos de la vida cotidiana: "Siempre los ojos que os contemplaban y la voz que os envolvía. Despiertos o dormidos, trabajando o comiendo, en casa o en la calle, en el baño o en la cama, no había escape. Nada era del individuo a no ser unos cuantos centímetros cúbicos dentro de su cráneo" (Orwell en Corte Constitucional, sentencia T 611 de 1992).

Es importante hacer un recuento de los hechos que dieron pie a estas sentencias para determinar la razón de su reiteración. La primera sentencia en que aparece la cita a la novela *1984* es la acción de tutela T 611 de 1992. Esta acción interpuesta por el apoderado de la señora Clara Helena Cabello de Orozco y sus hijas menores de edad, contra los periódicos “El Heraldó” y “La libertad” de Barranquilla y “El espacio” de Bogotá por la violación de los artículos 15 (intimidad), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 44 (derechos fundamentales del menor) y 45 (protección y formación integral del adolescente) de la Constitución. La acción de tutela fue instaurada por la accionante en razón a que los diarios arriba mencionados publicaron, con ocasión de la muerte de su esposo, el cantante Rafael Orozco Maestre, información íntima del núcleo familiar. Dentro de los argumentos que la Corte esgrimió para llegar a su decisión está la cita a la novela *1984* del escritor George Orwell mencionada anteriormente. La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional analizó el caso y confirmó la decisión de tutelar todos los derechos invocados.

Un año después la Corte Constitucional copió la cita literaria de *1984* de la sentencia T 611 de 1992 en la sentencia T 349 de 1993, que también trata un caso relativo al derecho a la intimidad. En este caso, la acción de tutela fue interpuesta por un ciudadano contra la Dirección de la Cárcel del Circuito de la Dorada, Caldas, aduciendo que las cartas que le enviaba su familia a la cárcel eran abiertas y leídas por empleados del Centro Penitenciario y por esa razón se le estaba violando su derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución. La Corte decidió revocar el fallo de primera instancia, que argumentaba, a través del Decreto 1817 de 1964, Régimen Carcelario vigente para ese momento, que dentro de las labores de los directores de los centros penitenciarios estaba la

de leer o mandar a leer la correspondencia enviada a los presos. La Corte decidió tutelar el derecho a la intimidad del recluso y ordenar al Director de la Cárcel que cesara la inspección de su correspondencia. La cita a la novela *1984* fue incluida para interpretar el alcance del artículo 15.

Por último, tres años después, en la sentencia C 626 de 1996 la Corte reproduce la misma cita literaria de la dos sentencias anteriores, en este caso para argumentar una demanda de inconstitucionalidad adelantada por el ciudadano José Fernando Reyes contra los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 9, 14 y 16 de la ley 228 de 1995, por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y otras disposiciones. El debate que resulta relevante para este estudio es la exequibilidad del artículo 14 de la presente ley, porque en su argumentación la Corte cita nuevamente a George Orwell para garantizar el derecho a la intimidad. El artículo en cuestión dice: “El que sin autorización de la autoridad competente, ofrezca, venda o compre instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre personas, incurrirá en pena de arresto de seis (6) a dieciocho (18) meses, siempre que la conducta no constituya hecho punible sancionado con pena mayor” (artículo 14 Ley 228 de 1995).

La Corte declara la exequibilidad aduciendo que la prohibición de los comportamientos mencionados en el artículo: promocionar, ofrecer, vender o comprar instrumentos aptos para interceptar las comunicaciones privadas, tiene por objeto la protección del bien jurídico consagrado como derecho fundamental a la intimidad. Al respecto la Corte reitera los límites por ella misma fijados a los alcances de la garantía constitucional respecto a la intimidad de las personas y para ello transcribe apartes de la sentencia T-611 del 1992. Dentro de esos apartes está la referencia a la novela *1984*.

¿Cómo se puede entender, entonces, la reiteración de esta cita literaria en las tres sentencias de Corte? Podría pensarse que la cita literaria constituye un argumento fundamental para la resolución de esos casos y por esa razón los jueces vieron necesario su repetición. Esta repetición permite pensar en la doctrina probable descrita en el epígrafe de esta sección en tanto que aquí se trata de tres decisiones de la Corte Constitucional que se valen de la misma cita literaria para fallar los casos de idéntica forma, protegiendo el derecho a la intimidad.

La cita a *1984* ilustra un escenario de absoluta exposición de la intimidad a terceros, en la que el individuo no tiene ningún espacio, actividad y estado donde pueda preservar su intimidad, salvo una porción mínima de sus ideas. Sin duda, la cita lleva al límite los hechos de los casos, ya que en la novela de Orwell la intromisión en la vida privada de la sociedad es absoluta, es decir, no tienen vida privada, mientras que en los casos analizados aquella intromisión es parcial, tiene un responsable identificado, un contexto particular y una porción determinada de la vida íntima violentada. La fuerza argumentativa de la cita radica en la exposición de los hechos al límite; el uso hiperbólico de la realidad ilustra las consecuencias nefastas de seguir con un camino que limita el derecho a la intimidad, y el temor que este escenario ficticio genera puede terminar haciendo eco en la conciencia de los receptores del fallo del juez. Perelman explica que cuando la regla ya es admitida, como en el caso del derecho a la intimidad, es propio ilustrar, es decir, darle una cierta presencia en la conciencia para sentar los límites y alcances de dicha regla o derecho en los receptores del discurso. Las distopías exponen los rasgos indeseables de una sociedad y genera el rechazo de los valores negativos potenciados

La novela de Orwell ha recibido la denominación de novela distópica, por recrear con crudeza, verosimilitud y conciencia histórica sociedades indeseables en sí mismas. De ahí que su uso en las sentencias convenga a través de la advertencia de consecuencias fatales, exageradas y desproporcionadas. La cita de Orwell logra transmitir la vulnerabilidad del individuo frente al poder soberano y su anhelo por recuperar una porción mínima de su libertad e intimidad.

Esta cita es una herramienta argumentativa útil al igual que las otras citas literarias usadas en las sentencias expuestas anteriormente ¿a qué se debe entonces la repetición de esta en específico? La cita no es necesaria en un sentido técnico porque la decisión de la Corte puede ser la misma aunque prescinda de la cita. Pero la ilustración de una realidad ficticia paralela y exagerada resulta sumamente útil para sentar el punto. La resolución de los tres casos requirió que la Corte ponderara derechos de similar rango constitucional o legal, para terminar favoreciendo la protección del derecho a la intimidad. En la sentencia T 611 de 1992 la Corte debía ponderar entre el derecho a la intimidad (artículo 15 de la Constitución) y la libertad de prensa (artículo 20 constitucional), en la sentencia T 349/93 entre el derecho a la intimidad y el código carcelario y en la C 626 de 1996 entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad (artículo 13 constitucional). En todos los casos la Corte resuelve ponderar a favor del derecho a la intimidad.

Las tensiones entre los derechos en estos tres casos son de difícil resolución porque riñen con otros derechos igualmente protegidos por la Constitución. Por esta razón la defensa del derecho a la intimidad sobre otros derechos del mismo rango requiere de una argumentación poderosa y persuasiva que incluya escenarios exagerados como sucede en la novela *1984*. Con esta cita fatalista el juez respalda la necesidad de su decisión y convence

a su audiencia, a través del temor, de la asertividad de su resolución. La cita distópica de Orwell reduce el costo de oportunidad que conlleva la ponderación a favor del derecho a la intimidad. El costo de oportunidad se entiende como aquello de lo que un agente se priva cuando renuncia a una elección. En otras palabras, decidir proteger el derecho a la intimidad implica que el juez está asumiendo una pérdida: el otro derecho que está en tensión. Entonces, el juez se vale de este escenario hiperbólico y escabroso para ratificar la asertividad de su decisión y con ello reducir el costo de oportunidad. En últimas la cita de *1984* exhibe lo costoso y peligroso que puede resultar el desamparar el derecho a la intimidad del artículo 15 y con ello persuade a favor de su protección dándole más peso que a los otros derechos en tensión.

También es cierto que si se eliminara esta cita literaria de las tres sentencias, la resolución sería la misma: proteger el derecho a la intimidad. Sin embargo, la reiteración de la cita evidencia una necesidad de los jueces en incluirla. Como se dijo arriba, estas tres sentencias tienen en común que sus hechos llevan necesariamente a que la Corte pondere entre derechos o leyes de rango similar y que el resultado sea siempre a favor del derecho a la intimidad. Entonces, aun cuando se pueda argumentar fácilmente que la cita literaria no es la razón de la decisión, en el caso hipotético de que se prescindiera de ella la argumentación de la Corte perdería potencia y fuerza de persuasión. Sin la cita literaria el juez pierde uno de los blindajes de su decisión y con ello algo de confianza en la asertividad de su ponderación. La decisión sigue siendo congruente con la argumentación precedente, pero el respaldo de su asertividad puede verse aminorado si se priva de exponer las consecuencias nefastas producto de permitir vulneraciones del derecho que se pretende proteger. El vacío que dejaría la ausencia de la cita literaria y sus implicaciones y al mismo

tiempo su accesoreidad con respecto a la resolución de los casos la posicionan como una argumento accesorio, pero deseable y necesario para potenciar la decisión.

En este punto es igual de arriesgado afirmar que la cita literaria constituye un argumento de la sentencia a indicar lo contrario. Ya se ha analizado su utilidad en los fallos y a la vez se ha expuesto la rigidez jurídica que enmarca las fuentes del derecho. Bajo un razonamiento deductivo desde la teoría de las fuentes del derecho no daría cabida a afirmar que la cita literaria es un argumento válido para sentar un punto en derecho. Por el contrario, si se parte de un razonamiento inductivo cuyo origen están en los hechos, en este caso las sentencias que reiteran la cita, quedaría demostrado que para estas sentencias la cita a la obra de Orwell es un argumento necesario y digno de replica para exponer la argumentación que conlleva al resuelve de los casos.

Más allá de su utilidad retórica la cita de *1984* ilustra un principio general del derecho: la libertad. El hecho de representar ya no solo un escenario ficticio, sino también un principio del derecho hace necesaria su reiteración. Los principios generales del derecho son un criterio válido dentro de la actividad judicial siempre y cuando no contradigan una ley. En la sentencia C-284/15 la Corte indica que una de las funciones que se le atribuyen a los principios generales del derecho es “la función crítica de los ordenamientos”. Dentro de esta función puede analizarse el fenómeno de reiteración de la cita literaria de Orwell, ya que en esta cita se ilustra un panorama indeseable del que debe huir todo Estado Social de Derecho. La cita constituye una crítica a los totalitarismos y a la opresión del poder, que tiene como consecuencia la violación absoluta de uno de los baluartes del sujeto: el derecho a la intimidad.

La Corte especifica sobre los principios: “Entre tales principios se encuentran, por ejemplo, la soberanía de la ley, la igualdad de todos ante la ley, la división de poderes, la libertad como la expresión del valor absoluto de la personalidad humana y la validez de los pactos libremente consentidos” (Corte Constitucional, Sentencia C-284/15). La cita de la novela *1984*, a través de su carácter distópico, ilustra el principio de la libertad como la expresión del valor absoluto del ser humano y para que se materialice esa libertad el hombre debe tener acceso absoluto y exclusivo a sí mismo, es decir, tiene que tener garantizada su privacidad e intimidad. Si su intimidad se encuentra vulnerada, la limitación a su libertad es automática porque ello indica que no puede ser libre ni siquiera en su ámbito más propio. Es conveniente en este punto recordar la cita que ha motivado todo este análisis. La Corte en los tres casos la introduce así: “La descripción de Orwell en el campo literario muestra con nitidez el efecto que se produce en el ánimo del individuo como consecuencia de la total exposición a la vigilancia de otros inclusive en lo que atañe a los más insignificantes actos de la vida cotidiana” (Corte Constitucional, Sentencia T- 611/92) y la cita de la novela es la siguiente: “siempre los ojos que os contemplaban y la voz que os envolvía. Despiertos o dormidos, trabajando o comiendo, en casa o en la calle, en el baño o en la cama, no había escape. Nada era del individuo a no ser unos cuantos centímetros cúbicos dentro de su cráneo” (Orwell citado en Corte Constitucional, Sentencia T- 611/92).

Sin lugar a dudas la inclusión reiterada de esta cita se debe a que a través de su carácter distópico ilustra el espíritu de protección del principio de libertad como mecanismo necesario para salvaguardar la libertad más básica del ser humano, que es su vida privada. En este caso el argumento ilustrativo cumple la doble función de reflejar un escenario y a su vez de representar la necesidad de proteger el derecho a la libertad que trae consigo el

respeto por la intimidad de los individuos. La literatura no tiene por si sola una fuerza impositiva como fuente de derecho, pero en este caso particular funge como el caparazón que contiene y resguarda un principio general del derecho necesario en la resolución de casos que impliquen el manejo del derecho a la intimidad del individuo. Esto explica por qué, a pesar de no ser directamente la razón para decidir el caso, la cita literaria si es un argumento imprescindible para reforzar la argumentación a favor del derecho a la intimidad. Esta cita es en últimas un dispositivo literario que contiene en sus líneas un principio general del derecho que a su vez expone las posibles consecuencias de violarlo. En muy pocas palabras se concentran muchas ideas y esta es la razón por la que *1984* se hace imprescindible en la argumentación de las tres sentencias.

IV. Conclusiones

El estudio de las sentencias que citan las obras de Sófocles, Shakespeare y Orwell demostró la dificultad que representa relacionar la literatura con las fuentes del derecho, porque la misma estructura de las fuentes carece de conceptos claros y diferenciables. En concreto, la diferencia entre la *ratio decidendi* y el *Obiter dictum* es el mejor intento de definir las: una es lo que la otra no es y viceversa. A pesar de eso, se concluyó que las citas literarias se encuentran en el *Obiter dictum*, que son parte del universo de referencias del juez y que su presencia en la argumentación es persuasiva. El juez acude a la cita literaria para establecer un paralelo entre el caso y la obra y con ello ilustra la viabilidad de su argumentación y decisión al respecto. La cita literaria resulta convincente y apropiada porque constituye un

argumento por autoridad; Sófocles, Shakespeare y Orwell son autores de tan alto grado de reconocimiento que su sola mención genera identificación en el lector.

Por otro lado, sobre la reiteración de la cita de Orwell en las sentencias se concluye que la literatura, sin ser una fuente formal del derecho, en esta oportunidad logra a través de la ilustración ser un dispositivo que contiene un principio general del derecho indispensable para la resolución de esos casos: el principio de la libertad. En últimas, la cita a *1984* es el mejor esfuerzo pedagógico del juez constitucional para ilustrar o ejemplificar el peor escenario, la situación distópica que refleja el problema analizado, con el fin de persuadir a los lectores de la validez e idoneidad del principio jurídico que va a adoptar como decisión. En este caso particular el uso de la literatura trasciende su carácter retórico y se establece como un argumento central en los fallos.

También es posible afirmar que dentro de las corrientes que estudian el vínculo interdisciplinar entre el derecho y la literatura, este fenómeno (las citas literarias en la jurisprudencia) se puede entender a la luz de la corriente retórica y la humanista. Julie Stone y Jane Baron¹⁰ coinciden en que el nexo del derecho y la literatura, más específicamente de la literatura en el derecho, se ha presentado y estudiado a través de tres corrientes: la humanista, la retórica y la narrativa. Desde la perspectiva humanista la literatura es considerada como la más humana de las artes y en ese sentido tiene la capacidad de enseñarle al derecho sobre juicios humanistas. Esta corriente dota a la literatura de una autoridad ética apta para analizar y criticar el derecho. Por otro lado, la corriente retórica evita caer en las premisas que el humanismo da por sentadas sobre la

¹⁰ “Law, literature and the vanishing real: on the future of an interdisciplinary illusion” y “Law, literature and the problems of interdisciplinary”

literatura (su alto grado de moralidad) y en su defensa instaura la crítica literaria como una herramienta interpretativa importante para el derecho. Por último, la narrativa presenta el nexo interdisciplinar a partir de la inclusión de las historias o narraciones de testigos o víctimas dentro de los juicios o comisiones de acusación.

Las citas literarias en la jurisprudencia se ajustan sobre todo a las características de la corriente humanista y a las de la corriente retórica. Sin embargo, la correspondencia entre el fenómeno estudiado y las premisas de las corrientes humanista y retórica no es exacta. El juez constitucional se vale de las obras de ficción literaria para persuadir a favor de su argumentación. No hace uso de la teoría literaria para interpretar el derecho, como lo indica la corriente retórica, sino que toma como fuente la materia prima de la literatura, la obra, para dar ejemplos o ilustrar. Por el otro lado, asimilar el caso de la reiteración de la cita de Orwell en la sentencias a la corriente humanista supone de algunas aclaraciones. El caso estudiado no deja por sentado que la literatura sea una manifestación de la moral más elevada, ni que su aporte al derecho sea el de humanizarlo. Lo único que se puede afirmar sobre este uso de la literatura en las sentencias es que la cita literaria es el vehículo que transporta un principio general del derecho imprescindible para la resolución del caso.

Al igual que en los libros, la literatura en las sentencias también abraza una verdad, que bien puede ser dicha de otra forma, pero que no lo es. El juez constitucional parece entender que una imagen vale más que mil palabras y que a través de la literatura puede ahorrarse largas explicaciones y al mismo identificarse con sus receptores que también conocen las obras y generar así mayor adhesión a su decisión.

Bibliografía:

Bloom, Harold. *La invención de lo humano*. Trad. Tomás Segovia. Bogotá: Norma, 2001.

Blanco, Gilberto Augusto. "Los principios generales del derecho en la Constitución del 91". *Revista de Derecho Universidad del Norte* (2002). pp.248-262.

Foucault, Michael. "¿Qué es un autor?". *Textos de teorías y crítica literarias (Del formalismo a los estudios postcoloniales)*. Ed. Nara Araújo. Barcelona: Anthropos, 2010. pp. 225 - 249.

Iser, Wolfgang. "El proceso de lectura". *Textos y teorías y crítica literarias (del formalismo a los estudios postcoloniales)*. Ed. Nara Araújo. Barcelona: Anthropos editorial, 2010. 309-311.

Jauss, Hans Robert. "Historia de la literatura como una provocación a la ciencia literaria". *Textos de teorías y crítica literarias (del formalismo a los estudios postcoloniales)*. Ed. Nara Araújo. Barcelona: Anthropos, 2010. 185-191.

López, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis editores, 2006.

Perelman, Chaim. *El imperio retórico*. Bogotá: Norma, 1997.

Sentencias:

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T 611 de 1992

(M.P Alejandro Martínez Caballero: diciembre de 1992)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C 626 de 1996 (M.P José

Gregorio Hernández: noviembre de 1996)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C 249 de 2012 (M.P Juan Carlos

Henao Pérez: marzo de 2012)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, Sentencia T 430 de 2013

(M.P María Victoria Calle: julio de 2013)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C 123 de 2014 (M.P Alberto

Rojas Ríos: marzo de 2014)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, Sentencia T 141 de 2015 (M-

P María Victoria Calle: marzo de 2015)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C 284 de 2015 (M.P Mauricio

González Cuervo: mayo de 2015)

Corte Constitucional de Colombia, Auto 150 de 2016 (M.P Jorge Iván Palacio: 2016)