

EL QUIJOTE Y EL DERECHO: LAS RELACIONES ENTRE LA DISCIPLINA JURÍDICA Y LA OBRA LITERARIA*

ANDRÉS BOTERO BERNAL**

Resumen: En este trabajo se plantea una clasificación de las posibles relaciones entre la teoría del derecho y la literatura. Con base en esta clasificación se hace un estudio de las conexiones entre el discurso científico del derecho y El Quijote de la Mancha, señalando el énfasis hecho por algunos estudios jurídicos de esta obra cumbre de la lengua española. Se concluye sobre la pertinencia para la ciencia del derecho (en especial para la iusfilosofía y la historia del derecho) del estudio de las obras literarias, por las múltiples ventajas que éstas ofrecen, siempre y cuando se pongan en comunicación con otras fuentes de información.

Para lograr lo anterior se realizó una rigurosa lectura del Quijote, así como de la literatura jurídica que ha versado sobre la literatura, en general, y sobre esta obra cervantina, en particular.

Palabras clave: Quijote, ciencia del derecho, literatura, Cervantes, filosofía del derecho, historia del derecho

Abstract: This paper presents a classification of possible links between legal theory and literature. Based on this classification, this article analyzes the connections between a scientific discourse of law and The Quixote, and describes the emphasis made by some legal researches about this masterpiece of Spanish language. The paper concludes showing the relevance of the study of literature for the science of law (especially for philosophy of law and the history of law), for the many advantages that it offers, especially when this study of literature is placed in communication with other sources of information.

To achieve this target, a strict reading of The Quixote was necessary, first, and, in second place, a study of the juridical discourses that were written about literature.

Keywords: Quixote, science of law, literature, Cervantes, philosophy of law, history of law.

* Fecha de recepción: 12 de marzo de 2009.

Fecha de aceptación: 26 de junio de 2009.

Resultado de la investigación “La relación entre *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha* (1605–1615) con el contexto jurídico que se desarrolla en la obra”, realizado durante el 2005-2007 en el semillero de Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín.

Parte de este texto fue presentado, con el título “La relación entre el Derecho y la Literatura: Consecuencias metodológicas aplicadas a un caso concreto – El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha”, en el I Coloquio Internacional de Actualización en Filosofía del Derecho, el 26 de abril de 2007, en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Esa ponencia, que se trató de una versión reducida del actual artículo, fue publicada en: BOTERO BERNAL, Andrés. “El Quijote y el Derecho. Las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria”, en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, No. 6, 2008. pp. 257-295.

** Universidad de Medellín. Correo electrónico: botero39@gmail.com.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA LITERATURA Y EL DERECHO; III. EL QUIJOTE VISTO POR LA LITERATURA JURÍDICA: REFLEXIONES INICIALES EN TORNO AL QUIJOTE; IV. ANÁLISIS DE ALGUNAS OBRAS JURÍDICAS SOBRE EL QUIJOTE Y EL DERECHO; 1. Don Quijote abogado de la Mancha por Antonio José Uribe Prada; 2. Don Quijote y el derecho por Rodolfo Batiza; 3. Tipologías delincuenciales en El Quijote por Belisario Betancur; V. LA CONSTRUCCIÓN DE LA MEMORIA DEL DERECHO Y DEL JURISTA A PARTIR DEL QUIJOTE; VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La literatura y el derecho no son ajenos entre sí (o como dice RAMOS: “Los puentes entre el derecho y la literatura son más que evidentes”¹). Desde donde se mire, la literatura ha narrado hechos jurídicos y el derecho es, fundamentalmente, una forma de ejercicio literario, aunque no sobra decir que ciertos géneros de la literatura presentan más puntos de conexión con el derecho que otros. Entonces, frente a estos acercamientos se exige pues que ambos sean relacionados... pero, ¿cómo?

Existen diversas maneras de poner en relación la literatura y el derecho (algunas de las cuales serán expuestas brevemente en el siguiente capítulo), pero lo importante en este escrito es llamar la atención sobre las posibilidades metodológicas y analíticas que, a partir de ellas, se abren para los estudios jurídicos, especialmente para la filosofía y la historia del derecho, asunto que pretenderá ponerse en evidencia exponiendo un caso concreto: el Quijote.

Este artículo se dividirá de la siguiente manera. En primer lugar se explicarán algunas formas como pueden ponerse en relación el derecho y la literatura, señalando los caminos escogidos para el análisis del Quijote. En segundo término, se hará un sencillo barrido del estado del arte sobre la relación entre el Quijote y el derecho, indicando las principales obras y artículos que al respecto se han escrito en el mundo jurídico. En tercer lugar se sentarán algunas bases para la construcción de la memoria del derecho y del jurista a partir de la obra cumbre de Miguel de Cervantes. Y, por último, las conclusiones.

¹ RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*, Universidad de Lima, 2008. p. 19. Este texto analiza las posibles relaciones entre la literatura y el derecho (p. 13-33) y enuncia diversas obras literarias peruanas explicando su relación con lo jurídico (p. 35-231).

II. LA LITERATURA Y EL DERECHO²

Ya se había dicho que la literatura (al igual que otras expresiones artísticas) y el derecho están relacionados, por lo menos, y esto es algo que el más apático deberá reconocer, en que la literatura en no pocas oportunidades se refiere a asuntos jurídicos como expresión del drama humano (desde la antigua Grecia con Orestes o Antígona, hasta Zola, Víctor Hugo, Dostoievski, Kafka, etc.). Además, el derecho es, ante todo, un ejercicio narrativo que en algunas oportunidades llega a merecer elogios estéticos (como ciertas definiciones presentes en nuestro Código Civil o, incluso, la redacción de ciertos artículos de las cartas constitucionales colombianas especialmente las de inicio del siglo XIX). Valga recordar en este último sentido el artículo 719 del Código Civil colombiano (“Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas”) o el artículo 5 de la sección segunda título primero de la Constitución Antioqueña de 1812 (“Ningún hombre, ninguna corporación o asociación de hombres tiene algún título para obtener ventajas, o particulares y exclusivos privilegios, distintos de los que goza la comunidad, sino es aquel que se deriva de la consideración que le den sus virtudes, sus talentos, y los servicios que haga, o haya hecho al público. Y no siendo este título por su naturaleza hereditario, ni transmisible a los hijos, descendientes, o consanguíneos, la idea de un hombre que nazca Rey, Magistrado, Legislador, o Juez, es absurda y contraria a la naturaleza”).

Pero dicha relación va más allá de lo acabado de señalar, al convertirse la literatura en un objeto de estudio de varias disciplinas jurídicas. Este es el caso, para lo atinente a la historia del derecho, de los trabajos de los españoles BERMEJO CABRERO³ y FAUSTINO MARTÍNEZ⁴, entre otros. Tratándose de la iusfilosofía se encuentran las tesis de BENJAMÍN CARDOZO⁵ con sus planteamientos esteticistas propios de sugerir que la actividad forense y la exposición científico-jurídica deben hacerse como si se practicase un arte litera-

² Este capítulo fue parcialmente publicado en BOTERO BERNAL, Andrés, “Derecho y literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso”, en Calvo González, José (Dir.), *Implicación derecho literatura: Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008. p. 29-39.

³ BERMEJO CABRERO, J. L. “Aspectos jurídicos de La Celestina”, en *Derecho y pensamiento político en la literatura española*, Madrid, 1980, pp. 95-109 y “Un tema jurídico en la tradición literaria. Famosos juristas y legisladores”, en *Derecho y pensamiento político en la literatura española*. Madrid, 1980, pp. 192-194.

⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, “El Derecho Común en la obra de Lope de Vega: unos breves apuntamientos”, *Opinión Jurídica*, 8, vol. 4, 2005, pp. 129-141; “La crítica al sistema jurídico del Derecho Común en el Cancionero de Juan Alfonso de Baena. Siglo XV”, *Prologus Baenensis*, 2, 2003, *Revista Digital del Centro de Documentación Juan Alfonso de Baena. M. I. Ayuntamiento de Baena*. Versión digital disponible en: <http://www.juanalfonsodebaena.org> (septiembre de 2008); “Derecho y Literatura: Rabelais o la formulación literaria de un nuevo camino jurídico”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 32, 2003, pp. 703-729; y “Literatura y Derecho: dos ejemplos dispersos de los siglos XVI y XVII”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Tomo XVII, 2005, pp. 113-210.

⁵ CARDOZO, Benjamin, *Law and literature and other essays and addresses*, Harcourt, Brace & Company, 1931, pp. 3-40 (especialmente pp. 39-40).

rio. Súmese MARTHA NUSSBAUM⁶, quien a partir de un concepto ético de ciertos géneros de la literatura propone la construcción de un discurso público que humanice el derecho a través del razonamiento literario que ayuda a formar sentimientos de empatía compasiva⁷. También está DWORKIN⁸ quien postula la figura del juez Hércules siendo este último el que razona y organiza sus pensamientos como un narrador literario siguiendo el modelo de la novela en cadena. Igualmente PETER HÄBERLE⁹ quien interpreta el derecho como un relato y por tanto regido por algunos principios comunes a los de la literatura. Siguiendo este listado, pasamos a MACINTYRE, quien resalta el valor pedagógico y formativo–moral de la literatura, señala que los sujetos que crecen sin historias, es decir, por fuera de la literatura, crecen sin el repertorio adecuado que les permita identificar los roles buenos de los malos, tan necesarios, por ejemplo, para el mundo jurídico¹⁰. Y no podían faltar las reflexiones de POSNER¹¹ a favor de la interdisciplinariedad derecho–literatura a pesar de negar la unidad hermenéutica entre ambas disciplinas. Pero si se quiere seguir la lista, debe hacerse mención al trabajo de varios filósofos del derecho argentinos: WERNER GOLDSCHMIDT¹², ENRIQUE MARI¹³, CARLOS CÁRCOVA¹⁴ y RICARDO GUIBOURG¹⁵, entre otros. Incluso, valga la pena decirlo, el propio KELSEN se dejó tentar en su juventud por el tema¹⁶.

Entonces, si hay relaciones más allá del mero interés literario en describir situaciones jurídicas o de la mera forma de expresión del derecho, a un punto tal que hay estudios jurídicos que versan sobre la literatura, ¿cuáles son estas posibles relaciones?

⁶ NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública* (Trad. Carlos Gardini), Barcelona, Andrés Bello, 1997.

⁷ Esta tesis, por demás, también la encontramos, aunque relacionando la filosofía práctica con la literatura, en: ARANGUREN, José, “Teorema entrevista a José Luis L. Aranguren”, *Teorema*, VII, 1977, 2, pp. 196-197.

⁸ DWORKIN, Ronald, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en Hart H.L.A. y Dworkin, R., *La decisión judicial*, Estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá, Siglo del hombre y Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1998, pp. 143-180.

⁹ HÄBERLE, Peter, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura* (Mikunda, Emilio, Trad.), Madrid, Tecnos, 2000. También: HÄBERLE, Peter y LÓPEZ BOFILL, Héctor. “Poesía y derecho constitucional: una conversación”, *Punto de vista*, 17, 2004, pp. 7-29.

¹⁰ MACINTYRE, Alasdair, *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Barcelona, Paidós, 2001.

¹¹ POSNER, Richard, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

¹² GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho y verdad: justicia y filosofía*, Buenos Aires, La Ley, 1978.

¹³ MARI, Enrique. “Derecho y literatura: algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja”, *Doxa*, 21 – II, 1998, p. 251-287.

¹⁴ CÁRCOVA, Carlos M., “Derecho, Literatura y conocimiento”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1999-2000, pp. 171 y ss., y CÁRCOVA, Carlos M., “Sobre el razonamiento judicial”, en Calvo González, José y Monereo Atienza, Cristina (coordinadores). *Filosofía jurídica y siglo XXI. Ocho panoramas temáticos*, Málaga, Universidad de Málaga, 2005, pp. 153 y ss.

¹⁵ GUIBOURG, Ricardo, *La construcción del pensamiento: Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004, pp. 173-180.

¹⁶ En 1905 publicó un trabajo denominado “Doctrina del Estado de Dante Alighieri” en el *Wiener Staatswissenschaftlichen Studien*. Este texto es comentado, elogiosamente, por: KELSEN, Hans, *Autobiografía* (Villar Borda, Luis, Trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 75-79.

Para responder esta pregunta se han planteado (por su utilidad explicativa) diversos modelos. Uno de dichos esquemas, muy conocido en los trabajos especializados seguidores de los esquemas planteados por POSNER y OST¹⁷, es el que alude a un “derecho como literatura” (con el que se apunta, entre otras cosas, a la retórica forense en su sentido más amplio), un “derecho en la literatura” (como sería, por ejemplo, el papel de los hombres de leyes en los textos literarios) y un “derecho de literatura” (con el que se refiere, especialmente, a la regulación jurídica de la literatura)¹⁸; que a su vez, desde la otra orilla, permite hablar de una “literatura como derecho”, una “literatura en derecho” y una “literatura de derecho”¹⁹. No obstante, a pesar de lo común de esta clasificación, presenta un grave problema: la vaguedad de las preposiciones “como”, “de” y “en”. Súmese que todo modelo –teóricamente– es pertinente y diáfano, pero al momento de volverse realidad pierde mucho de su primitiva pureza.

Entonces, luego de algunos ejercicios con varios modelos, se considera útil plantearse seis grupos, si se tiene en cuenta: i) que se parte desde la óptica jurídica, no desde la visión literaria; ii) que se trata de clasificar las relaciones posibles entre la disciplina jurídica en su sentido amplio (no tanto la norma) con la obra literaria (no tanto con la literatura en general). Pero para evitar o por lo menos reducir la crítica derivada de la aplicabilidad de todo modelo, se parte de que su validez es fundamentalmente pedagógica. Es decir, estos grupos no existen de manera pura, por lo que se debe aceptar la presencia de zonas grises o mixturas²⁰, con lo cual las clasificaciones que a continuación se presentarán servirán más como “medio de estudio” al momento de afrontarse un discurso de la disciplina jurídica donde se alude a una obra literaria, que como “objeto mismo de estudio”.

Los grupos clasificatorios de las relaciones derecho–literatura que aquí se proponen son: el retórico, el expositivo, el metodológico, el analítico, el jurídico y el estético. Claro está que estos nombres no dicen mayor cosa, por lo que se debe pasar prontamente al significado de cada uno. No obstante, antes de explicarlos, vale preguntar: ¿Son mejores estos modelos pedagógicos que los esquemas (algunos casi ontológicos) planteados en otras

¹⁷ OST, François, “El reflejo del derecho en la literatura”, *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, 1, 2006, pp. 27-42.

¹⁸ Una explicación sobre estos tres modelos, en: *Ibid.*, p. 27-28; RAMOS, La pluma..., *Op. Cit.*, p. 21-27. Este último autor plantea un cuarto modelo: los procesos judiciales contra los escritores y sus obras (*Ibid.*, p. 26). Para nosotros, este aspecto sería parte del modelo “jurídico” que más adelante se explicará.

¹⁹ Presente, por ejemplo, en el buen estudio de: TALAVERA, Pedro, *Derecho y literatura: el reflejo de lo jurídico*, Granada, Comares, 2006, pp. 7-60.

²⁰ Claridades y mixturas que quedan patentes en las diversas recopilaciones de textos literario–jurídicos que se han hecho. Por ejemplo: IBÁÑEZ CARREÑO, Gustavo, *La picaresca jurídica universal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1993. En este texto se recogen fábulas con claras enseñanzas morales y jurídicas, cuentos de eminentes juristas o de legos del derecho que versan sobre tópicos jurídicos, poesías y versos, reflexiones, y, por último, aforismos y proverbios latinos. En esta larga compilación se encuentran textos literarios fácilmente clasificables en los modelos que a continuación se expondrán, pero no faltan casos de zonas grises como el cuento “En el cielo de los conceptos jurídicos: una fantasía” de RUDOLF VON IHERING (*Ibid.*, pp. 63-119).

sedes, como el de “derecho como (de y en) literatura” del que se habló anteriormente? Todo depende de los aspectos que quieran resaltarse en las relaciones derecho–literatura. Resulta que la clasificación que ahora se propone permite visualizar ciertas relaciones en concreto que la forma tradicional no veía con tanta nitidez, especialmente los grupos “metodológico” y “analítico”, que más adelante se explicarán. Por tanto, no se defenderá que la ordenación que ahora se propone es siempre mejor que otras formas clasificatorias. Esto depende de lo que se quiera resaltar. Pero se insiste: hacer grupos o modelos clasificatorios, por lo menos en este caso, es un ejercicio válido pedagógicamente hablando, pues así apre(he)ndemos de mejor manera.

Ahora bien, el modelo que hemos denominado “retórico” es aquel donde la disciplina jurídica (y puede aplicarse a la construcción de ciertas normativas) hace uso de una o varias obras literarias para adornarse y embellecerse. Este grupo tiene un fuerte ascendente en el antiguo régimen, siendo un buen caso de ello los moralistas–juristas del Medioevo (piénsese por ejemplo en las escuelas boloñesas de la baja Edad Media) que recurrían a relatos literarios famosos, buscando en ellos actos buenos y malos, justos o injustos, lícitos o ilícitos, con los cuales pudieran adornar y colorear las obras y las lecciones jurídicas siguiendo el criterio dominante²¹: la retórica antigua²². Valga aclarar que un discurso de la disciplina jurídica que pudiese catalogarse como propio del modelo aquí denominado como “retórico” puede ser también “expositivo”, aunque no sea esto una relación necesaria sino contingente; la diferencia central es que la obra de arte en el primero es puesta en el discurso con ánimo de colorear la redacción y en el segundo es para dar pie a reflexiones jurídicas.

Sobre el modelo “expositivo”, podríamos decir que se trata de la pretensión de la disciplina jurídica de ejemplificar y exponer sus tesis con situaciones acaecidas en una obra literaria²³. En esta línea puede agruparse la afirmación de NÉSTOR DE BUEN: Cervantes se sirvió de “El Quijote” para proponer una visión de la justicia y del derecho ajena a la impuesta por los reyes²⁴. Esta clasificación supone fundamentalmente un punto instrumental (el “otro” es un instrumento de quien lo invoca, de esta manera el derecho, cuando convoca a la literatura, es para tener ejemplos llamativos de explicación de un tema jurídico, para justificar alguna proposición, etc.). Este modelo (que también apunta a otras expresiones artísticas diferentes a la literatura) es muy recurrido en la literatura jurídica contemporánea.

²¹ ORCÁSTEGUI, Carmen y SARASA, Esteban, *La historia en la Edad Media: historiografía e historiadores en Europa Occidental siglos V-XIII*, Madrid, Cátedra, 1991, pp. 16-18.

²² Siguiendo la clasificación de Perelman entre retórica clásica y antigua (o *colores rhetorici*). Cfr. PERELMAN, Chaïm, *El imperio retórico: retórica y argumentación* (Gómez Giraldo, Adolfo León, Trad.), Bogotá, Norma, 1998, pp. 9-18.

²³ El modelo “explicativo” también fue muy profuso en las escuelas jurídicas medievales. ORCÁSTEGUI y SARASA, *La historia...*, *Op. Cit.*, pp. 16-18.

²⁴ Según este autor mexicano, una propuesta de derecho y de justicia (propia de Cervantes) se sirvió de una obra literaria (“El Quijote”) para presentarse ante la sociedad de la época (DE BUEN, Néstor. “Derecho y justicia en Cervantes: burla burlando”, *Revista de Derecho Privado*, 11, 2005, pp. 3-17). Claro está que este ejemplo tiene algo del modelo “estético”, en tanto la propuesta jurídica de Cervantes (si creemos en lo que dice DE BUEN) se presenta estéticamente, como una obra de arte.

Baste destacar tres ejemplos: el primero se trata de los textos “Filosofía del Derecho con *Raíces Profundas*”²⁵ y “La Lista de Schindler: Abismos que el derecho difícilmente alcanza”²⁶, ambos del Prof. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO quien, a partir de dos obras cinematográficas hace importantes reflexiones iusfilosóficas, estableciendo relaciones entre situaciones de las películas con aspectos que identifican autores o pensamientos propios de la filosofía del derecho contemporánea²⁷. El segundo caso es la obra “Fantasías jurídicas en el Mercader de Venecia” del Prof. JOSÉ HOYOS MUÑOS²⁸; este texto identifica diversas situaciones jurídicas en la obra de Shakespeare, señalando sus consecuencias a la luz del derecho privado colombiano vigente²⁹. El tercer evento son las cinco reflexiones críticas que el Prof. TALAVERA hace al derecho contemporáneo a partir de la visión que de ciertos fenómenos jurídicos dan cinco obras literarias: “Moisés en el monte Sinaí”, “Antígona”, “El Mercader de Venecia”, “El Proceso” y “Rebelión en la granja”³⁰.

El tercer modelo, denominado como “metodológico”, es aquel que agrupa a los discursos de la disciplina jurídica que estudian la obra literaria como complemento o como alternativa metodológica en sus esfuerzos investigativos. Sería el caso de la historia del derecho

²⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Filosofía del Derecho con Raíces Profundas”, en Presno Linera, Miguel Ángel y Rivaya, Benjamín (coordinadores), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 241-259. Claro está que en este caso la relación que se presenta es entre el cine y el derecho, pero como ejemplo bien podría hacerse extensivo a las relaciones literatura–derecho.

²⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La Lista de Schindler: Abismos que el derecho difícilmente alcanza*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003. Estos no son sus únicos trabajos en este sentido, igualmente contamos con sus reflexiones en torno a la relación entre derecho (especialmente filosofía del derecho) y literatura, en: GARCÍA AMADO, Juan Antoni, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, p. 361-400.

²⁷ Sobre el cine y el derecho, no puede dejarse de mencionar los siguientes filmes: *Giordano Bruno* (Montaldo), *Larry Flynt* (Forman), *El proceso* (Welles), *La naranja mecánica* (Kubrick), *Nikita* (Besson), *El perfecto asesino* (Besson), *Asesinos por naturaleza* (Tarantino-Stone), *Pulp Fiction* (Tarantino), etc. Existen pues filmes donde el derecho sólo sirve de pretexto para armar la intriga, otros que muestran a individuos asfixiados por los sistemas jurídicos que los rodean, otros donde el derecho es un parámetro de referencia del espectador pero no de la película misma, otros donde el derecho y la racionalidad no resuelven el conflicto que se les pone frente a sí (como *Frenesí* de Hitchcock), etc.

También encontramos el texto de RIVAYA, Benjamín y DE CIMA, Pablo, *Derecho y cine en 100 películas: una guía básica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. Es importante su estudio preliminar dónde los autores analizan las posibles relaciones entre el derecho y el cine, vinculan los argumentos jurídicos con los géneros cinematográficos y enlistan películas pertinentes para las diferentes disciplinas jurídicas (procesal, penal, internacional, etc.).

Sobre el teatro y el derecho, o mejor, sobre los abogados y los actores (con variadas sugerencias para los primeros con base en la experiencia que en el manejo de la voz tienen los segundos), tenemos: BLUME, Ricardo, “Los abogados y el teatro”, *Thémis*, 17, 1990, p. 87-89.

²⁸ HOYOS MUÑOS, José, *Fantasías jurídicas en el Mercader de Venecia*, Medellín, UPB, 1998.

²⁹ Esto es un buen caso de una situación límite. Podría pensarse que esta obra de Hoyos constituye un discurso propio del modelo “analítico” en la medida que hace un inventario de situaciones jurídicas de la obra literaria. No obstante, por el interés del autor en enseñar el derecho privado colombiano a partir de un texto famoso en la literatura, así como por plantear soluciones en derecho a partir de un sistema jurídico por complejo ajeno a la obra de arte, la balanza se inclina más por el modelo “explicativo”.

³⁰ TALAVERA, Derecho y..., *Op. Cit.*

cuando indaga por lo jurídico en una época, a partir de la forma como las obras literarias de ese momento veían el derecho, con el fin de construir la memoria forense³¹; y para el caso de la filosofía del derecho, su ánimo sería hacer análisis—propios de la disciplina—sobre lo jurídico que describe o propone el mismo texto literario, sin que éste sea un mero medio para hacer juicios que bien pudieron hacerse prescindiendo de la obra. Así podría pensarse como propio del grupo “metodológico” un estudio iusfilosófico que rastree una tesis, un filósofo determinado, etc., a partir del reflejo que de éstos dé una o varias obras literarias, ya sea sólo a partir de la literatura (caso de investigaciones que optan por la literatura como alternativa metodológica) o conjuntamente con otras fuentes (caso más común dentro del modelo, en el cual se opta por la literatura como un complemento en la investigación). Dicho de otra manera, la obra es igualmente mediatizada pero no (sólo) como forma de exposición sino como método de acceso al objeto de investigación planteado. Claro que los discursos disciplinarios ubicados en este modelo difícilmente pueden renunciar a lo expositivo, pero esto no implica que exista una relación necesaria entrambos, en la medida que lo “metodológico” si bien expone con base en la obra literaria estudiada, éstas reflexiones surgen directa y necesariamente de la obra y del estudio que sobre ella se hizo, mientras que en el modelo “expositivo” no es tan clara esa relación necesaria y directa a un punto tal que podría pensarse para este último grupo clasificatorio que la obra funge de excusa—en el mejor de los sentidos—para hacer algunos juicios jurídicos o de ejemplo de ciertas reflexiones propias de la disciplina del derecho. Por tanto, si se hace un estudio sobre Antígona para explicar a partir de allí el debate entre iuspositivismo y iusnaturalismo modernos, se estaría claramente en el modelo expositivo pues no es de la esencia misma de esa obra referirse a tesis iusfilosóficas de muchos siglos después; pero si este mismo texto literario es usado para acceder a lo jurídico de la época helénica, siendo éste el interés investigativo de quien enuncia el discurso objeto de clasificación, se está ante el modelo “metodológico” que no por ello renuncia a la exposición de resultados con base en la obra. Otro caso explicará mejor esta (tenue) división: un discurso disciplinario donde se critique las pretensiones absolutistas del Estado moderno a partir de la novela “1984” (G. ORWELL) sería propio del modelo expositivo en tanto esa misma crítica se pudo hacer prescindiendo de esa obra en concreto; pero si un discurso alude al derecho de la época que se refleja en “1984”, es decir, a lo jurídico en el contexto de creación, se tiene que lo allí dicho surge necesariamente del estudio del texto de Orwell, por tanto corresponde al grupo “metodológico”.

El modelo llamado en este texto como “analítico”, supone que el derecho no es una entidad externa a la obra, sino que hay algo “jurídico” que (sobre)vive en la misma obra de arte ora como ente independiente de la realidad del jurista—investigador, ora como ente independiente del contexto del autor. Se trata pues cuando la literatura pasa a ser objeto mismo de análisis jurídico, sin que este último pretenda ser una expresión artística, con lo que se parte de la autonomía de la obra de arte y del derecho, puesto que la creación

³¹ Objetivo principal de la historia del derecho: PETIT, Carlos, “De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la universidad*, 8, 2005, pp. 237-279.

literaria no corresponde a los mismos fines de la creación de un texto jurídico, pero ello no implica que la obra literaria no refleje (en sí misma) una cultura o no plantee sistemas o normas jurídicos interesantes para el investigador³². Utilizando otras palabras, con este grupo se quiere clasificar los discursos de la disciplina jurídica que indagan por el derecho que plantea una obra literaria desde y para sí, sin centrarse en el contexto de quien hace dicho discurso (el investigador jurídico, por ejemplo) ni en el contexto del autor de la obra literaria. Claro está que un discurso propio de la disciplina jurídica al momento de referirse a una obra literaria, puede seguir tanto el modelo “metodológico” como el “analítico”, pero esta relación entrambos es contingente, no necesaria.

El grupo nominado “jurídico” se refiere a los discursos de la disciplina jurídica que indagan desde la normativa vigente por los derechos (morales y patrimoniales) que tiene el autor de una obra literaria o las consecuencias jurídicas que se derivarían de lo que dice un texto artístico, por mencionar los dos eventos más importantes. La principal diferencia de este modelo con los otros radica en la poca o nula permeabilidad del discurso jurídico frente a lo estético. Así, un análisis de los derechos de autor en una obra literaria o un estudio sobre si una novela constituye una calumnia que exija la intervención de la jurisdicción penal, constituyen buenos ejemplos de este grupo.

El modelo “estético” se refiere fundamentalmente al discurso de la disciplina jurídica (lo que podría extenderse también a la norma misma) que aspira a ser texto literario, asunto que aconteció, por ejemplo, cuando el derecho legislado se apoderó de lo jurídico en el siglo XIX. En este enfoque, se desea 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. Dicho de otra manera, este modelo es el que refleja una puesta en la escena artística-literaria del discurso jurídico. Se diferencia del modelo retórico en que en este último la obra jurídica toma elementos, citas, apartados, etc., de una obra literaria –generalmente famosa– para adornarse y colorearse; mientras que la obra jurídica que pudiera ser considerada “estética” quiere ser en sí misma una obra de arte o redactada según las usanzas literarias no siendo por ello necesaria la remisión a “otras” obras literarias. El “esteticismo”, claro está, va mucho más allá de plantear una relación entre literatura y derecho, pues también pone en evidencia la correspondencia que con el arte tenían los juristas del XIX y alguna parte del siglo XX, conexión que ya ha sido analizada por los profesores CARLOS PETIT³³ (Universidad de Huelva)

³² El Prof. TALAVERA prefiere hablar de una “concepción narrativa” en vez de una “analítica”, pues para él lo analítico “postula, con la fuerza de un dogma, la diferencia irreductible entre el “ser” y el “deber ser”, y subraya especialmente la distinción entre el hecho y el derecho, aferrándose ciegamente a la falacia naturalista” (TALAVERA, Derecho y..., *Op. Cit.*, p. 47). Es decir, él asocia el término “analítico”, en los estudios de literatura y derecho, con el positivismo ideológico. Pero en este escrito sobre El Quijote, lo analítico significa otra cosa.

³³ PETIT, Carlos, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Lección inaugural curso académicos 2000-2001*, Huelva, Universidad de Huelva, 2000; “Juristas y pasiones: motivos de un encuentro”, en Petit, Carlos (ed.), *Pasiones del jurista*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,

y RAYMOND WILLIAMS³⁴ (Universidad de Colorado), y para el ámbito nacional, por JULIO GAITÁN³⁵ (Universidad del Rosario), Gonzalo Sánchez³⁶ (Universidad Nacional) y ANDRÉS BOTERO³⁷ (Universidad de Medellín), entre otros.

Ahora bien, estos modelos clasificatorios, al no ser puros, se entremezclan en los discursos de la disciplina jurídica relacionados con una obra literaria, por lo que bien podría encontrarse una narración disciplinaria que en una parte corresponda al modelo “retórico”, en otra al “analítico”, etc. Además, como esta clasificación no es taxativa, un emisor de algún discurso podrá encontrar algún interés diferente a los que se expusieron. Pero la validez de esta nueva forma clasificatoria es poner en evidencia dos vías dentro de las muchas posibles: la metodológica y la analítica. No se quiere decir que los demás modelos sean inválidos, simplemente que con los grupos “metodológico” y “analítico” se abre una cantera importantísima para los estudios jurídicos que no debería desecharse. Pero, volviendo a algo ya dicho: ¿era necesario plantear esta nueva clasificación? Sí, puesto que la clasificación de “el derecho en la literatura”, “el derecho de la literatura” y “el derecho como literatura”, no permitía identificar claramente los modelos “metodológico” y “analítico” (donde se encuadraría el siguiente trabajo de El Quijote) en la medida que éstos dos últimos estarían regados en aquellos tres, sin tener una precisión propia³⁸.

En fin, lo que se propone con este acápite es dejar en claro qué se hará con El Quijote y además invitar a la disciplina jurídica a que examine las obras literarias, constituyendo los modelos “metodológico” y “analítico” dos posibilidades muy buenas para ello. Entonces, este estudio jurídico evitará (mientras ello sea posible y necesario) i) usar la obra de Cervantes como un medio retórico, ii) utilizar esta obra como medio expositivo tanto del

1997; y “Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador”, *Historia, instituciones, documentos*, 19, 1992.

³⁴ WILLIAMS, Raymond, *Novela y poder en Colombia: 1844-1987* (Pineda Botero, Álvaro, Trad.), Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1991.

³⁵ GAITÁN, Julio, *Huestes de Estado*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002.

³⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. “Intelectuales... poder... y cultura nacional”, *Análisis Político*, 34, 1998, pp. 115-138; y “Los intelectuales y la política”, *Análisis Político*, 38, 1999, pp. 35-39.

³⁷ BOTERO BERNAL, Andrés, *El papel del intelectual: pasado, presente y futuro*, Medellín, Editorial USB, 2002.

³⁸ Sirva para ello enunciar un caso: un discurso de la disciplina jurídica donde se hacen reflexiones jurídicas a partir de una obra literaria que pudieron ser dichas sin necesidad de acudir al texto artístico (algo que constituye el núcleo central de lo que se denominó aquí como modelo “expositivo”), no puede ubicarse fácilmente en alguno de los esquemas planteados de “derecho como literatura” (entendido como la corriente que intenta establecer una unidad hermenéutica entre ambas disciplinas), “derecho de literatura” (entendido como el que indaga por las consecuencias jurídicas de lo literario) y “derecho en literatura” (entendido como un enfoque crítico sobre el derecho a partir de lo que la literatura narra de lo jurídico). Y eso sin tomar en cuenta los modelos provenientes de la orilla literaria: “literatura como derecho”, “literatura en derecho”, “literatura de derecho”. En principio podría pensarse que la mayoría de los casos del modelo “expositivo” serían propios del “derecho en literatura”, pero en este último cajón cabrían otros discursos de la disciplina jurídica propios del modelo “metodológico” y del “analítico”. En conclusión ambos sistemas clasificatorios permiten identificar situaciones diversas, por lo que su utilidad depende de lo que quiera ser puesto en evidencia.

derecho contemporáneo como de ideas extrañas a El Quijote, iii) presentarse a sí misma como una obra artística siguiendo el modelo cervantino, iv) hacer juicios normativos desde el presente sobre la propiedad intelectual de la obra o sobre las responsabilidades jurídicas que de ella se derivan, v) perfilarse como una crítica literaria con terminología jurídica. Se tratará, pues, de buscar en dicha obra, elementos de la cultura jurídica subyacente, elementos de derecho que entornan la vida de Quijote y Sancho, entre otros personajes de la novela, con el fin de construir una memoria del derecho y de los juristas tanto en el texto (modelo analítico) como en su contexto (modelo metodológico).

Para lograr tal objetivo es necesario iniciar con un estado del arte de la producción jurídica en torno al Quijote.

III. EL QUIJOTE VISTO POR LA LITERATURA JURÍDICA: REFLEXIONES INICIALES EN TORNO AL QUIJOTE³⁹

Alguna vez escribió WILLIAM OSPINA: “Todo gran lector descubre en las obras nuevas perspectivas, inquietantes rutas secretas, otra complejidad en los protagonistas y en el mundo del que las obras derivan⁴⁰. Y justo esto es lo que ha sucedido con el Quijote cuando es estudiado por juristas, aunque en no pocas oportunidades termina siendo agraviado por éstos: “Retrátame el que quisiere –dijo don Quijote–, pero no me maltrate; que muchas veces suele caerse la paciencia cuando la cargan de injurias” (Don Quijote, Parte Segunda, Capítulo LIX).

Sin embargo, las reflexiones jurídicas que se han tejido sobre esta obra reflejan su trascendencia, afirmando su insaciable fuente cultural y poniendo en evidencia la importancia de un legado que el tiempo se encarga de vivificar. Ese valor que se asume en la posteridad, ha permitido que el Quijote simbolice mundos, situaciones y personajes que se unen formando cadenas de sentidos, significados y significantes cuya admirable proyección se extiende a diversos contextos (la locura, la ética, la ciencia, la filosofía, el derecho, etc.).

El Quijote, como la obra cumbre y la novela del libro antiguo y moderno, navega en un mar de paradojas, transita por frondosos campos de diálogos y aventuras, y reanima el dialectismo de una pareja (Quijote y Sancho), que, al sentir de VARGAS LLOSA⁴¹, aparece indisolublemente unida en esa extraña alianza que es la del sueño y la vigilia, lo real y lo ideal, la vida y la muerte, el espíritu y la carne, la ficción y la vida. Dentro de todo este

³⁹ Debo agradecer a mi antiguo auxiliar y ahora profesor de Derecho Julián García Ramírez quien colaboró muy activamente en la redacción del siguiente subcapítulo.

⁴⁰ OSPINA, William, “Prólogo”, en Zuleta, Estanislao, *El Quijote, un nuevo sentido de la aventura*, Medellín, Hombre Nuevo Editores, 2001. p. 12.

⁴¹ VARGAS LLOSA, Mario, “Una novela para el siglo XXI”, en Cervantes, Miguel de., *Don Quijote de la Mancha*. Edición y notas de Francisco Rico, Madrid, Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004, pp. XIII-XXVIII.

amplio complejo de actitudes y características, la obra de Cervantes incluye otra más: la vinculación entre literatura y derecho. Lo primero, porque el Quijote es un libro que atribuye a los libros la locura de su protagonista (puesto que “Don Quijote lee el mundo para demostrar los libros”⁴²), y adelanta una curiosa reflexión sobre la influencia de la literatura en la vida de los seres humanos. Es una de las primeras obras literarias cuyo tema central es la literatura⁴³. Lo segundo, porque el Quijote es el prospecto de caballero que asume como propia la lucha por la justicia, por la libertad, por el respeto a las normas de conducta que, en cualquier caso, deben facilitar la armonía social y el compromiso del género humano (ver el capítulo tres de este artículo).

Este enfoque de lo jurídico en la obra de Cervantes, o el derecho desde El Quijote, se ha integrado por diversos estudios anteriores⁴⁴ que si bien no tienen el mismo carácter, son una forma de aportar al diseño esquemático de nuevas corrientes analíticas que nacen de la entrañas de una obra inmortal y, por tanto, inagotable.

Algunos de los estudios cervantinos en el campo del derecho han sido: “La Criminología de El Quijote” (E. DE BENITO y LA LLAVE, 1905); “El sentimiento de la Justicia en Don Quijote y Sancho” (LORENZO DE BENITO y ENDARA, Barcelona: Imprenta de Francisco Badia, 1905); “El anarquismo de Don Quijote” (A. DE ADANTARE, 1905); “Comentario histórico jurídico al Quijote” (R. ALTAMIRA y CREVEA, 1908); “El ideal de Justicia” (A. PONS y UMBERT, 1922); “La idea de la Justicia en El Quijote” (M. DE LA PLAZA NAVARRO, 1947); “El pensamiento de El Quijote visto por un abogado” (NICETO ALCALÁ ZAMORA, 1947)⁴⁵; “Silueta del Derecho Social en el Quijote” (J.

⁴² FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas*, Trad. Elsa Cecilia Frost, Barcelona, Planeta-Agostini, 1984, p. 54. A partir del Quijote, Foucault analiza las consecuencias epistemológicas de una cosmovisión cognitiva basada en la similitud de las cosas y del lenguaje. El Quijote, entendido como loco, dice el francés, se convierte en el hombre de las semejanzas salvajes (Ibíd., p. 55).

⁴³ Prólogo de ZULETA, El Quijote..., *Op. Cit.*, p. 9.

⁴⁴ Estudios críticos: *El Quijote y la estafeta de Urganda: ensayo crítico*, de Fco. María TUBINO, Imp. La Andalucía, 1862. *Sobre el Quijote y sobre las diferentes maneras de comentarle y juzgarle*, discurso de Don Juan VALERA, Imp. de Manuel Galiano, Madrid, 1864. *Las mujeres del “Quijote”: El Autor y su protagonista. Homenaje al libro Don Quijote de la Mancha. 1605-1905*, il. con 16 fotograbados, prólogo de MIGUEL S. Oliver, Imp. J. Peuser, Buenos Aires, 1905. *Cervantes y Don Quijote*, de José Luis AGUIRRE, Cosmos, 1959. *Don Quijote de la Mancha: libro juvenil. Elementos y evolución de una interpretación literaria*, de Helmut HAKE, ed. Vda. de Galo Sáez, 1960. *Realismo “mágico” en Cervantes: “Don Quijote” visto desde “Tom Sawyer” y “El idiota”*, de Arturo SERRANO-PLAJA, Gredos, 1967. *Don Quichotte de Cervantes. Etude et analyse*, de P. HAZARD, Ed. de la Pensée Moderne, 1970. *Don Quijote, de Vladimir Nabokov*, Fayard, 1986. *La interpretación cervantina del Quijote*, por Daniel EISENBERG, etc.

⁴⁵ Para este autor son cuatro los puntos cardinales en la flaqueza judicial de don Quijote: (i) reflejo inevitable sobre el fondo de su lógica extraviada, (ii) intrusiones profesionales en la jurisdicción, (iii) apasionado atropello del trámite, y (iv) coacción ilusoria. Si la justicia se imparte en función de silogismo, el hidalgo manchego, que era cuerdo para las premisas generales, se extraviaba con frecuencia respecto de las particulares y por ello respecto de las conclusiones, pues lo que a él se le obscurecía y le hacía perder la *diritta via* era el término menor, o sea, los hechos. Al respecto, véase: Alario DI FILIPPO, Mario, “La justicia en el Quijote”, Discurso pronunciado en la Academia Colombiana de la Lengua de Bogotá, el 6 de agosto de 1975, al tomar posesión como miembro numerario. Igualmente, en “La justicia en el Quijote”, *Universitas*, 49, 1975, pp. 19-30.

LOZANO RUIZ, 1958); “En torno al Quijote: dos ensayos jurídicos” (JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, Ciudad Real: Instituto de Estudios Manchegos, 1960); “Don Quijote y el Derecho” (RODOLFO BATIZA, 1964); “Ensayo humano y jurídico de El Quijote” (JOSÉ PÉREZ FERNÁNDEZ, Madrid: Imprenta Pueyo, 1965); “Tipos Delincuentes del Quijote” (IGNACIO RODRÍGUEZ GUERRERO, 1974)⁴⁶; “Don Quijote abogado de La Mancha” (ANTONIO J. URIBE PRADA, 1991); “El Derecho en el Quijote” (J. E. CASTAÑEDA, 1995); “La Filosofía del Derecho en el Quijote” (T. CARRERAS y ARTAU, 1995); “Entre Don Quijote y Sancho, ¿relación laboral?” (L. ALONSO OLEA, 1996); “El Derecho en El Quijote” (ISABEL CANO RUIZ, 2000); “La Justicia del ingenioso hidalgo” (L. M. LÓPEZ MONTES y DÍAZ, 2002); “Fines, fronteras y funciones del derecho ante el espejo del Quijote cervantino” (MARÍA ISOLINA DÁVOBE, 2004)⁴⁷; “Jueces y juicios en el Quijote cervantino” (AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR, 2005)⁴⁸; “El Derecho en el Quijote de Cervantes” (JOSÉ LUÍS AGUIRRE, 2005)⁴⁹; “El Quijote: un nuevo sentido de la aventura” (ESTANISLAO ZULETA)⁵⁰; “Ius quijotescum” (GERMÁN JOSÉ MARÍA BARREIRO)⁵¹, entre otros⁵².

Esa relación de lo literario con lo jurídico no podría eximirse de análisis, más aún cuando el principal referente es una cantera de donde surgen ideas y se refrescan pensamientos. Es por esto que el Quijote que nos muestra Cervantes, aquel que tuvo a bien llamarle “El ingenioso hidalgo don Quijote de La Mancha”, es un hombre que desde el primer momento

⁴⁶ RODRÍGUEZ GUERRERO, Ignacio, *Tipos Delincuentes del Quijote*, Medellín, Bedout, 1974. Este texto es fruto de una mezcla entre erudición, derecho vigente, derecho de la época y criminología. Especial atención merece el estudio que hace del caso de Vicente de la Rosa, el Perillán (Don Quijote, Parte Primera, Capítulo LI) donde hace un análisis de dicho delincuente, mezclando elementos psicológicos, jurídicos (algunos anacrónicos) y sociales, llegando a interpretar los vacíos que deja el relato (RODRÍGUEZ, *Tipos delincuentes...*, *Op. Cit.*, pp. 412-420).

⁴⁷ Este escrito relaciona los estudios jurídicos de la ancianidad con diversas situaciones del Quijote. DABOVE, María Isolina. “Fines, fronteras y funciones del derecho ante el espejo del Quijote cervantino: Reflexiones en torno a un caso paradigmático del Derecho de la Ancianidad”, *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, 1, 2006, p. 129-145 (disponible también, en: *Cartapacio*, Publicación electrónica de la escuela superior del derecho de la Universidad Nacional del Centro, 7, 2004; www.cartapacio.edu.ar).

⁴⁸ BERMÚDEZ AZNAR, Agustín, “Jueces y juicios en el Quijote cervantino”, Lección inaugural, curso académico 2005-2006, Universidad de Alicante, 2005. Versión digital disponible en: www.ua.es/es/congresos/protocolo/eventos/aperturacurso/apertura0506/leccion.pdf (septiembre de 2008).

⁴⁹ AGUIRRE ANGUIANO, José Luis. “El Derecho en el Quijote de Cervantes”, *Podium Notarial*, Guadalajara, 31, 2005, pp. 139-164.

⁵⁰ Puede encontrarse en Internet: www.elabedul.net/Documentos/El_quijote.pdf (consultado el 14/06/06).

⁵¹ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán José, *Ius quijotescum: Una visión literaria del derecho en la Novela Don Quixote de la Mancha*, Curitiba, Juruá Editora, 2006. Este trabajo expone diversos fragmentos de la obra cervantina que tienen, según el criterio del autor, alguna implicación jurídica (libertad, monarquía, justicia, testamento, etc.).

⁵² Igualmente, están los veinte artículos sobre el tema que aparecen en la *Revista Peruana de Derecho y Literatura*, 1, 2006. Resalto, entre todos ellos, los trabajos de los iushistoriadores Ramón NARVAEZ (“Personas y relaciones jurídicas en el Quijote”, p. 118-128) y Carlos RAMOS (“El viejo del báculo: el juramento decisorio y el hallazgo de la verdad”, p. 353-366).

(1605) hasta su último suspiro (1615)⁵³, decide recorrer el mundo socorriendo a los débiles, desfaciendo tuertos y haciendo reinar una justicia para los seres del común, aquéllos en mayor grado vulnerables a los reveses y a los ultrajes.

De esta forma, Cervantes procura retratar en su libro algunas impresiones jurídicas de la España del siglo XVI y XVII, que son el reflejo de “un tiempo convulso y arrollador en un escenario cambiante, marcado por la confrontación entre Oriente y Occidente, por las guerras por el predominio europeo, por las pugnas entre absolutismo y limitaciones al poder absoluto, por las propias guerras religiosas, Reforma y Contrarreforma, por la tensión entre predominio del poder real y supervivencia de la estructura señorial y, sobre todo, por el tránsito del Imperio Español desde su gloria (1571) al fracaso (1588)”⁵⁴.

Todo aquello motiva a Cervantes a crear una forma de vida en donde justicia y libertad se unan para encauzar los valores de una sociedad y las acciones de quienes la integran. Pero, al mismo tiempo, construye una crítica a “un mundo muy real en el que ocurría exactamente lo opuesto a ese quehacer ceremonioso y elegante, a esa representación en la que siempre triunfaba la justicia, y el delito y el mal merecían castigo y sanciones”⁵⁵. Es, en síntesis, una denuncia de algunas prácticas sociales y de su desfavorable incidencia en la cultura de un pueblo; una reivindicación del compromiso y de la observancia a la “ley de caballería” como última garante de los principios sociales.

Esa idea de justicia⁵⁶ que mueve los impulsos de Cervantes y alimenta el discurso quijotesco, se retrata en su obra como un sello personal que llega hasta la humanidad, como un conjuro literario que logra desdoblar y conmover al que su autor llama: “desocupado lector”. Entre algunos pasajes se resaltan los siguientes:

- Conforme a ley de caballería, ni podía ni debía tomar armas con ningún caballero; y, puesto que lo fuera, había de llevar armas blancas, como novel caballero, sin empresa en el escudo, hasta que por su esfuerzo la ganase. (Don Quijote, Parte I, Capítulo II).
- Sancho respondió que, por la ley de caballería que su amo había recibido, no pagaría un solo cornado aunque le costase la vida, porque no había de perder por él la buena y antigua usanza de los caballeros andantes ni se habían de quejar de él los escuderos de los tales que estaban por venir al mundo, reprochándole el quebrantamiento de tan justo fuero. (Don Quijote, Parte I, Capítulo XVII).
- Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia. (Don Quijote, Parte II, Capítulo XLII).

⁵³ Años correspondientes a la primera edición del Quijote y a su segunda parte, respectivamente.

⁵⁴ PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio, “Don Quijote, el Derecho y la Justicia”, *Abogacía*, 33, 2005, p. 7.

⁵⁵ VARGAS, Una novela..., Op. Cit., p. XIV.

⁵⁶ Pero, sobre todo, una crítica a la justicia de su tiempo cuando dice: “entonces la justicia estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los del favor y los del interés que tanto ahora le menoscaban, turban y persiguen” (Don Quijote, Parte I, Cáp. XI).

- No es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo. (Don Quijote, Parte II, Capítulo XLII).
- Cuando te sucediere juzgar algún pleito de tu enemigo, aparta las mientes de tu injuria, y ponlas en la verdad del caso. (Don Quijote, Parte II, Capítulo XLII).

La complejidad del Quijote es cada vez más grande cuanto más se estudia y analiza; es el efecto de un libro que ha logrado trascender su tiempo, las costumbres y las usanzas de una sociedad que apenas cruzaba el margen divisorio del Medioevo y la modernidad. Es, de igual manera, la impresión de una apasionante filosofía de la composición, recordando a DANTE y sus palabras; o de un efecto poético como capacidad de un texto de generar lecturas siempre distintas, sin agotarse jamás del todo, como diría UMBERTO ECO⁵⁷.

El Quijote de Cervantes es el prospecto de un hombre firme y decidido, de una persona dispuesta a sacrificar sus esfuerzos en el altar del auxilio; es la representación de alguien que genera diálogos con sus aventuras, que asimila la justicia con lo bello, lo divino y lo sagrado; es el modelo de caballero que reúne en torno suyo inolvidables triunfos y lacerantes agravios, invoca encuentros, conjura infortunios, resuelve líos y agrava pleitos. Esta comedia, la comedia de Cervantes, “está ligada al dolor y al sufrimiento: es una versión de la comedia que sigue siendo tan original que nos resulta prácticamente imposible describirla. ¡Pero es que hay tanto en Don Quijote que desborda nuestros parámetros literarios!”⁵⁸.

Es de esta forma como los ideales cervantinos se confunden con los de un hidalgo igualmente idealista, se asimilan y se encuentran en el frágil límite de las armas y la escritura, y se presentan en los deshilvanos de un hombre que ve gigantes donde sólo hay molinos y lucha contra demonios que posan desafiantes en su cabeza. Pero el más limpio de sus ideales, sino el principal de todos, es el afán por impartir justicia, por ayudar a los hombres desdichados y asegurar un castigo para quienes labran las desdichas. Es la forma como el Quijote se hace llamar caballero: luchando por justas causas, enfundando sus armas en beneficio de otros, librando batallas que miran su esplendor y acallando insultos con enérgicas palabras. Cervantes, por su parte, estará ocupado diseñando aventuras que deberá afrontar su infalible amigo, emprendiendo cruzadas que sientan legados en el alma de un pueblo frágil, en definitiva, preparando su pluma para develar misterios y ocultar secretos. Es así como don Quijote, “luz y espejo de la caballería manchega, y el primero que en nuestra edad y en estos tan calamitosos tiempos se puso al trabajo y ejercicio de las andantes armas (...), es digno de continuas y memorables alabanzas” (Don Quijote, Parte I, Capítulo IX).

El Quijote, como emblema y símbolo de lo jurídico, agrupa en sus diálogos el saber popular y la doctrina “científica” propia de la caballería; pero hay en las enseñanzas jurídicas del Quijote, recogiendo ese pensar “científico” y esa inspiración popular, una demostración

⁵⁷ Asunto que remite a la semiosis ilimitada, que se analiza en: Eco, Umberto, *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Lumen, 1992.

⁵⁸ BLOOM, Harold, *Genios: Un mosaico de cien mentes creativas y ejemplares*, Bogotá, Norma, 2005, p. 74.

de la equidad como fuente y principio de ordenación social. Es el surgir del derecho justo, guiado por la recta razón, dirigido por la objetividad y la imparcialidad del juez⁵⁹ y justificado en su afán de equilibrar las prácticas y relaciones de su tiempo. Como diría él mismo: “Es una ciencia (refiriéndose a la caballería) que encierra en sí todas o las más ciencias del mundo, a causa que el que la profesa ha de ser jurisperito y saber las leyes de la justicia distributiva y conmutativa, para dar a cada uno lo que es suyo y lo que le conviene” (Don Quijote, Parte II, Capítulo XVIII). Es una expresa analogía entre las leyes de caballería y la normas de conducta, entre el caballero y el jurisperito, uno y otro obligados, a instancias de lo primero, en fungir como modelos sociales manteniendo incólume las disposiciones de sus respectivos oficios que, ante todo, constituyen verdaderos códigos de conducta que califican la actitud del caballero y la rectitud del funcionario.

La obra de Cervantes, entonces, no podría definirse de otra forma, sino como un megalito cultural, como un texto clásico y los clásicos son, recordando a ITALO CALVINO: “libros que ejercen una influencia particular ya sea cuando se imponen por inolvidables, ya sea cuando se esconden en los pliegues de la memoria mimetizándose con el inconsciente individual o colectivo. Un clásico es un libro que nunca termina de decir lo que tiene que decir, los clásicos sirven para saber quiénes somos y a dónde hemos llegado”⁶⁰.

Esto permite concluir este acápite, como lo hace OSPINA, que los libros como el Quijote son bosques que hay que visitar muchas veces, donde en cada ocasión la mirada puede tenderse sobre nuevas perspectivas o detenerse en más ricos detalles⁶¹.

IV. ANÁLISIS DE ALGUNAS OBRAS JURÍDICAS SOBRE “EL QUIJOTE” Y EL DERECHO

Ya se hizo mención, en el capítulo anterior, de varias obras en lengua española que versan sobre el Quijote y el derecho. No obstante, se indicarán en este acápite tres obras (la cuales fueron escogidas, entre los muchos textos estudiados, justo porque constituían buenos ejemplos) que ponen en evidencia diversos modelos que sobre la relación entre literatura y derecho se han sugerido al inicio de este escrito.

⁵⁹ “Además de todas estas virtudes, en la práctica del oficio judicial dos eran las principales cualidades que debían presidir la labor del juez: la objetividad y la imparcialidad. La insistencia que a este respeto muestra don Quijote es buena prueba de la importancia capital que a ambas era necesario concedérsele por parte del escudero” BERMUDEZ, Jueces y..., *Op. Cit.*, p. 15.

⁶⁰ CALVINO, Italo, “Por qué leer los clásicos”, *Mentat Escuela de Educación Mental*, 23, 22 de noviembre de 2005, parágrafo 3. Igualmente, en *Por qué leer los clásicos*, Barcelona, Tusquets, 1999. Versión digital disponible en: www.edicionesdelsur.com/articulo_209.htm (septiembre de 2008).

⁶¹ En el prólogo de: ZULETA, El Quijote..., *Op. Cit.*, p.15.

1. Don Quijote abogado de la Mancha, por Antonio José Uribe Prada⁶²

En este texto, compuesto por 108 capítulos, el autor se propone explicar situaciones jurídicas encontradas en el Quijote desde el derecho colombiano vigente. Claro está que no se trata tanto de un texto que explica la forma de resolver controversias jurídicas actuales a partir de ejemplos de una obra más que reconocida; sino más bien de un libro donde el autor se propone resolver las situaciones jurídicas de la obra de Cervantes a la luz del sistema normativo nacional. Dicho en otras palabras, el interés no es el de identificar problemas jurídicos de los abogados contemporáneos explicando su resolución con ejemplos extraídos anacrónicamente (es decir, sin tener en cuenta el contexto histórico) del Quijote, sino el de identificar situaciones jurídicas en el Quijote a los que el derecho colombiano actual les daría una respuesta.

La obra da cuenta de manera casi completa y sistemática de 108 situaciones jurídicas del Quijote con alguna enseñanza desde y para el derecho actual.

No obstante, es poco ilustrador para quien desea hacer un estudio jurídico desde y hacia el Quijote, pues URIBE PRADA, desde su perspectiva anacrónica, termina planteando situaciones jurídicas del antiguo régimen español con una normativa que le era completamente ajena y con enseñanzas propias del discurso jurídico reciente. ¡El Quijote sería algo así como un cliente que se presenta al bufete de URIBE reclamando asesoría legal!

Valga un ejemplo: Cuando este autor analiza el encuentro de Sancho con la maleta de Cardenio (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXIII), explica –de manera pedagógica– la diferencia entre *res nullius* y *res derelicta*, señalando las consecuencias jurídicas que desde el Código de Napoleón y desde la doctrina de derecho civil contemporánea hay para tal caso. Concluye así: “La apropiación de las pertenencias abandonadas por Cardenio, efectuada por parte de Sancho Panza, ocurrió, como hemos dicho, mediante la ocupación, después de establecerse el voluntario abandono de la *res derelicta*”⁶³.

Este texto encaja en su mayor parte en el modelo que antes se propuso con el nombre de “explicativo”, puesto que las reflexiones jurídicas que hace son, aparte de anacrónicas, instrumentales, pues la obra literaria no es en sí misma un objeto de estudio sino un medio para hacer anotaciones desde algo ajeno a El Quijote. El describir las respuestas jurídicas contemporáneas a situaciones que a los ojos de hoy sería situaciones jurídicas, no es más que una instrumentalización de la obra de arte para adecuarla a las exigencias o pautas discursivas del saber que la atrapa.

⁶² URIBE PRADA, Antonio José, *Don Quijote abogado de la Mancha*, Bogotá, Temis, 1991.

⁶³ *Ibid.*, p. 82.

2. Don Quijote y el derecho, por Rodolfo Batiza⁶⁴

Sin duda, uno de los mejores textos, desde la perspectiva jurídica en lengua española, sobre el Quijote. El autor fue titular de la cátedra de estudios jurídicos iberoamericanos y director asociado del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane.

Este texto está compuesto por siete capítulos que analizan igual número de situaciones jurídicas a la luz del ordenamiento español de antiguo régimen. Claro está que algunas interpretaciones de BATIZA podrían ser catalogadas, por un jurista respetuoso del contexto, como anacrónicas, siendo un ejemplo de ello el análisis que este autor hace del término “fuero” –aludido en no pocas oportunidades en el Quijote– a la luz de textos jurídicos recientes⁶⁵; pero no deja de ser por ello un importante material que relaciona, según el tercer modelo visto anteriormente, la literatura y el derecho desde un paradigma analítico y metodológico.

Además, es un texto que pretende salir de la dualidad con que siempre se ha visto la relación entre el derecho y el Quijote compartiendo lo dicho, en 1905, por JOSÉ CANALEJAS, en el sentido de afirmar que es falso que haya poco sobre el Quijote y el derecho. Incluso, siguiendo a CANALEJAS, justo cuando era moda retórica la lectura de los clásicos del Siglo de Oro, fueron muchos los abogados que haciendo alarde del discurso “de las buenas costumbres” escribieron sobre el Quijote y el derecho⁶⁶.

Pero, ¿cuál dualidad es la que refiere este artículo? Resulta que, luego del ejercicio investigativo al que alude la primera nota de pie de página de este artículo, se encontró que al tocarse el tema del Quijote y el derecho generalmente eran dos los temas tratados, como si en uno y el otro se acabaran las posibilidades de relacionar ambas disciplinas. El primero se refiere a la liberación que hace el Quijote de los galeotes (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII) y el segundo a la justicia salomónica que Sancho aplica como gobernador (Don Quijote, Parte II, Capítulos XLII, XLIII, XLV, XLVII, XLVIX y LI).

BATIZA, si bien analiza estas dos situaciones⁶⁷, también hace importantes reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los caballeros y escuderos, el fuero de los hidalgos, los desposos del vencido, el hallazgo de los escudos de oro de Cardenio y, por último, del testamento del Quijote; haciendo en todos estos casos remisiones subjetivas a la normativa de aquél entonces y, de vez en cuando, a textos jurídicos recientes.

⁶⁴ BATIZA, Rodolfo, *Don Quijote y el Derecho. Cultura jurídica de Don Miguel de Cervantes Saavedra*, México, Librería de Manuel Porrúa, 1964.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 108-110.

⁶⁶ CANALEJAS, José, “Don Quijote y el Derecho” (1905), en *Biblioteca Digital del Ateneo de Madrid: Libros y folletos*. Versión digital disponible en: www.ateneodemadrid.com/biblioteca_digital/CentenarioQuijote.htm (septiembre de 2008).

⁶⁷ BATIZA, Don Quijote..., *Op. Cit.*, pp. 137-164 y 177-196.

En conclusión, este texto se acerca, respetando ciertos apartados, más a los modelos que se han denominado en este trabajo como “metodológico” y “analítico”, esto en virtud de que la obra de arte no es instrumentalizada para la exposición de situaciones que le son ajenas. Esto queda patente cuando BATIZA intenta descifrar y analizar el derecho descubierto en el Quijote y el derecho del contexto de Cervantes, más que explicar el derecho hoy día vigente con base en ejemplos literarios.

3. Tipologías delincuenciales en El Quijote, por Belisario Betancur⁶⁸

Este texto del periodista y ex presidente colombiano, intenta un acercamiento a la obra de Cervantes por medio de sus personajes, especialmente a partir de las tipologías delincuenciales que allí se encuentran y que marcan una fuerte relación entre el derecho (de la época y el actual) con el Quijote. Empieza pues BETANCUR señalando que la obra misma es un entramado donde confluyen centenas de personajes, de forma tal que nada del Quijote podría sernos indiferente, antes bien, resulta tan próximo y cercano que es inevitable no verse descrito por lo menos en uno de esos roles: “gentes sencillas y buenas, con atildados y orgullosos habitantes de castillos y haciendas; ignorantes y sabios; prudentes y osados; honrados caballeros con malandrines y rufianes; ingenuos y avispados; en fin, gentes de todos los pelambres, temperamentos, costumbres, en un mosaico que ha hecho del Quijote la más grande obra de la literatura castellana y de las más grandes de la literatura universal”⁶⁹.

Entre estos personajes, cabe destacar a los que tienen marcadas tipologías delincuenciales que fungen como un instrumento literario que facilita al autor el proceso de creación y, de igual forma –acudiendo a una visión menos exegeta y por demás extensiva– representa la condición del hombre; un llamado a la humanidad para derruir un “mundo muy real en el que ocurría exactamente lo opuesto a ese quehacer ceremonioso y elegante, a esa representación en la que siempre triunfaba la justicia, y el delito y el mal merecían castigo y sanciones”⁷⁰. Quizá por ello sea posible entender los ideales de un hidalgo que buscaba ordenar el caos del universo humano, aquel en el que la justicia existía como ideal, como proyecto y como utopía: una necesidad en la que pocos confiaban y que muchos habían olvidado, asunto que es relatado en no pocas oportunidades en el Quijote⁷¹.

⁶⁸ BETANCUR, Belisario, “Tipologías delincuenciales en El Quijote”, *Revista Aleph*, 129/130, año XXXVIII: Don Quijote en la complejidad contemporánea: en la proximidad de los 400 años, 2004. pp. 45-56.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 49.

⁷⁰ VARGAS, Una novela..., *Op. Cit.*, p. XIV.

⁷¹ Por ejemplo: el carácter del Quijote cuando exige a Juan Haldudo que le diese a su criado lo que por derecho merecía (Don Quijote, Parte I, Capítulo IV). Piénsese, además, en el encuentro con los yangüeses (Don Quijote, Parte I, Capítulo XV); en la pendencia que sostuvo Don Quijote con más de un arriero (Don Quijote, Parte I, Capítulo III, XVI) y con Maritornes (Don Quijote, Parte I, Capítulo XVI); en la libertad que

Estos personajes a los que pretende descifrar BETANCUR son aquellos acusados de todas las maldades y de todos los delitos⁷², tipologías que son presentadas, según el análisis que hace el colombiano, para permitir al lector hacer consideraciones morales y jurídicas.

Ahora bien, una de las tipologías delincuenciales más destacadas en la obra de Cervantes la representa Roque Guinart⁷³, un bandolero “de treinta y cuatro años, robusto, más que de mediana proporción, de mirar grave y color morena” (Don Quijote, Parte II, Capítulo LX). Es preciso resaltar que Cervantes, para recrear al personaje, se basa en la figura de Perot Rocaguinarda, un ladrón que hacía muy poco tiempo, “en 1611, tras haber dominado con sus bandoleros el Montseny, la Segarra y las cercanías de Barcelona, se había acogido al indulto ofrecido por el virrey Pedro Manrique, y el 30 de junio de aquel año obtuvo la remisión a cambio de servir al Rey durante diez años en Italia o Flandes; y realmente pasó a Nápoles, donde el virrey, el conde de Lemos, protector de Cervantes, lo hizo capitán de un tercio de tropas regulares”⁷⁴. Resulta de singular importancia la figura de un personaje real en la obra de Cervantes, más aún, de un personaje como Rocaguinarda que había conmovido a Cataluña con su bandolerismo, y contra el cual luchaban con poco éxito los virreyes de aquel entonces.

Igualmente, hacer referencia a las tipologías delincuenciales en el desarrollo de la obra cervantina, implica tratar un complejo problema jurídico que subyace de los diálogos entre don Quijote y aquellos a quienes precia de delinquentes. El interés de preservar incólume la justicia como supremo imperativo humano, hace que el Quijote asuma la función del juez al consultar los hechos y castigar los responsables. Sin embargo, como es normal, sus decisiones no alcanzan la autoridad necesaria por venir de quien proviene y se reducen, a lo sumo, en una especie de eficacia simbólica⁷⁵, es decir, a ser ejemplos del profundo abismo entre validez y facticidad. Esto hace que las decisiones del Quijote estén abrigadas por la simple intención de apereibir abusos, pero a cambio de lo querido, se logra en varias oportunidades el efecto contrario (como por ejemplo con el caso de Andrés, Don Quijote, Parte I, Capítulo IV y XXXI) y las prácticas arbitrarias, en general, y las delictivas, en particular, continúan.

Pero, concluyendo, esta obra de BETANCUR termina más siendo un aliciente provocador de reflexiones jurídico-literarias que una verdadera cantera de ellas. Eso lo demuestra su talante de crítica (más bien de oda) literaria indicando aspectos, como las tipologías

éste dio “a muchos desdichados, que mal de su agrado, los llevaban a donde no quisieran ir” (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII), entre otros que asumen tipologías delincuenciales con mayor o menor intensidad.

⁷² BETANCUR, Tipologías delincuenciales..., *Op. Cit.*, p. 50.

⁷³ Sobre el punto, se recomienda consultar: MARTÍNEZ LÓPEZ, Enrique, *Sobre la amnistía de Roque Guinart: El laberinto de la bandositat catalana y los moriscos en el Quijote*, versión digital disponible en: <http://users.ipfw.edu/jehle/cervante/csa/articf91/martinez-lopez.htm> (septiembre de 2008).

⁷⁴ RIQUER, Martín de, *Para leer a Cervantes*, Barcelona, El Acantilado, 2003, pp. 208-209.

⁷⁵ Concepto desarrollado por GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Uniandes, 1993 y “El derecho como instrumento de cambio social”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 86, 1989, pp. 29-44.

delincuenciales, que poco desarrolla. Por esto, este texto bien podría clasificarse (salvando algunos apartados que cabría encuadrarlos en otros grupos) más como del modelo “estético”, puesto que la relación misma entre el derecho y la literatura es expuesta como un ejercicio literario más, un texto donde importa tanto el qué como el cómo se dirá.

V. LA CONSTRUCCIÓN DE LA MEMORIA DEL DERECHO Y DEL JURISTA A PARTIR DEL QUIJOTE

En este pequeño acápite la propuesta que se defenderá no es otra que la de sostener que la lectura de las obras literarias son una excelente herramienta metodológica y analítica para indagar lo jurídico del texto y del contexto (asunto que interesa –de manera especial– a la iusfilosofía y a la iushistoria, respectivamente).

Son varios los argumentos que pueden esgrimirse a favor de esta propuesta que implica, entre otras cosas, una complementación de otros métodos. Podrían enunciarse como argumentos iushistóricos y iusfilosóficos a favor, los siguientes: a) la literatura no es fruto de ingenios desconectados de sus épocas, pues están inscritos en el lenguaje, por lo que a través de ella es posible establecer puntos de contacto con los contextos de creación; b) La literatura, en buena parte, pone en evidencia conflictos sociales, discursividades políticas, cosmovisiones, representaciones colectivas e imaginarios sociales del contexto de creación de la obra; c) La literatura refleja la intencionalidad del autor, no sólo en la visión psicoanalítica (para la cual la obra es un reflejo inconsciente del autor); d) La literatura, al momento de tratar temas jurídicos, lo hace con criterios contextuales, con visiones de lo que es posible en ese momento (incluso los relatos de ciencia ficción no parten de una ruptura total con el contexto de creación), pudiendo a partir del trato que se da a esos temas, tener una noción sobre el asunto jurídico y su contexto; e) La literatura es un motor y un medio de creación de “capital social”, más en unas épocas que en otras, siendo un elemento de él lo jurídico; f) La literatura puede ser en no pocas oportunidades un texto jurídico en su propio contexto; g) Existen obras que describen y/o proponen sistemas jurídicos que bien vale la pena analizar cómo se hace con los sistemas estatales; etc.

Estas y otras razones legitimarían el estudio jurídico a partir de las obras literarias, lo que no implica negar los acercamientos investigativos a otras fuentes.

Ahora bien, centrándonos en el Quijote, y con licencia de Cervantes⁷⁶, los elementos jurídicos no son pocos. Ya en el informe final del proyecto de investigación al que se aludió en la nota de pie de la primera página, se incorporó un inventario de situaciones jurídicas contextuales e intratextuales que se señalan en dicha obra. Pero sea esta la oportunidad para

⁷⁶ Escribió así: “Retrátame el que quisiere –dijo don Quijote–, pero no me maltrate; que muchas veces suele caerse la paciencia cuando la cargan de injurias” (Don Quijote, Parte II, Capítulo LIX).

llamar la atención sobre algunos de ellos y su importancia para una investigación jurídica, pero, por los límites propios de un artículo, sólo se hará una enunciación general:

- En el Quijote se expresan, analíticamente hablando, tres órdenes jurídicos que reflejan, de alguna medida, el orden jurídico tomista.

Ya es común entre los escolásticos la distinción entre ley eterna, ley natural y ley humana, clasificación que ha logrado trascender los tiempos y las escuelas siendo objeto de estudio obligado en la filosofía del derecho: “En primer lugar (explica el iusfilósofo español PRIETO SANCHÍS), la ley eterna, expresión de la razón divina que ordena el universo y que asigna a cada cosa su lugar y fines propios. En segundo término, la ley natural, que es la participación de la criatura racional en la ley eterna, es decir, aquello que podemos conocer racionalmente de orden del universo. Finalmente, las leyes humanas, que son también obra de la razón por cuanto han de resultar conformes con la ley natural”⁷⁷.

En la obra del Quijote se presenta de manera similar una presencia de estos tres órdenes que bien podrían ser denominados respectivamente ley eterna o divina, ley de caballería y ley humana. Así, la ley de caballería, que no se enfrenta a las leyes de Dios sino que de ellas es que deriva su fuerza, logra imponerse, según el propio Quijote, sobre la ley humana para deshacer sus entuertos.

La ley de caballería, que además de dar un fuero especial a sus destinatarios o jueces (recuérdese cómo el Quijote alude a tal fuero en no pocas oportunidades, siendo uno de esos caso el de la venta: Capítulo XVII, Primera Parte), termina siendo, al sentir de la lógica quijotesca en un límite –en tanto ideal– del poder humano.

Esta división de las leyes es pues un reflejo de la formación jurídica y de la cultura que atravesaba la España del XVII, justo en momentos de gran expansión de la segunda escolástica o la escuela salmantina, quedando pues patente la representación iusnaturalista tomista en la obra cervantina.

Este punto en concreto refleja tanto el interés característico del modelo “metodológico” (si se pretende, por ejemplo, rastrear la conexión del tomismo de la época con El Quijote) como el del “analítico” (si se estudia la presencia de un iusnaturalismo caballeresco en la obra misma).

- Refranes jurídicos en el Quijote

El Quijote es particularmente rico en expresiones populares y refranes, que si bien inician en boca de Sancho poco a poco van sumándose a los discursos del mismísimo Quijote, como se lo hace ver su escudero: “–¡Ah, pesia tal –replicó Sancho–, señor nuestro amo! No soy yo ahora el que ensarta refranes, que también a vuestra merced se le caen de la boca de dos en dos mejor que a mí, sino que debe de haber entre los míos y los suyos

⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 307. Paréntesis fuera de texto.

esta diferencia, que los de vuestra merced vendrán a tiempo y los míos a deshora; pero en efecto, todos son refranes” (Don Quijote, Parte II, Capítulo LXVIII)⁷⁸.

Los refranes de fuerte contenido jurídico son tantos que un listado de los mismos ocuparía el espacio de un capítulo, pero lo importante de su estudio para el jurista es ver cómo en ellos se vislumbra (i) una razón práctica por no decir popular que es la que en definitiva sentencia sobre los conflictos jurídicos cotidianos que, en el pluralismo jurídico, no llegan a instancias oficiales, y (ii) la representación colectiva de lo que se tiene por justo.

Estudiar pues los refranes en sede jurídica, podría fácilmente llevar a discursos propios de lo “metodológico” en tanto son expresión de una cultura jurídica contextual a Cervantes, y de lo “analítico” si se desea desentrañar el derecho mismo que transporta la obra.

- Los galeotes

Este es uno de los aspectos que han sido destacados, junto a los juicios de Sancho como gobernante de Barataria, por la literatura jurídica que se ha detenido en el análisis de la obra del Quijote.

En esta historia, Quijote se encuentra ante un grupo de prisioneros que, por diversos motivos, están en camino a pagar sus condenas en los galeones del rey. Allí, el Quijote decide liberarlos fruto del enfrentamiento entre la ley de caballería que obliga al rescate de los que son obligados por fuera de su voluntad, con la ley humana que justo los condenó: “—Ésta es cadena de galeotes, gente forzada del rey, que va a las galeras. —¿Cómo gente forzada?—preguntó don Quijote—. ¿Es posible que el rey haga fuerza a ninguna gente? —No digo eso —respondió Sancho—, sino que es gente que por sus delitos va condenada a servir al rey en las galeras de por fuerza. —En resolución —replicó don Quijote—, como quiera que ello sea, esta gente, aunque los llevan, van de por fuerza, y no de su voluntad. —Así es —dijo Sancho. —Pues, de esa manera —dijo su amo—, aquí encaja la ejecución de mi oficio: desfacer fuerzas y socorrer y acudir a los miserables” (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII).

Se pone pues así en evidencia un conflicto entre la moral caballeresca con una realidad, el cual se transmite de manera jocosa (tanto en las razones que aducen los galeotes de por qué fueron condenados, como por las consecuencias que genera su liberación).

Este acápite es, además, interesante para el investigador pues deja entrever especialmente dos aspectos: 1) la justicia criminal de la época (en aspectos como la flagrancia, el tormento, los azotes, la conclusión de la causa, etc.) y 2) la administración penitenciaria con sus registros y fe de las sentencias a las que alude el capítulo mencionado.

⁷⁸ Varios autores, como Salvador de Madariaga, Enrique Villaseñor y José Luís Aguirre (AGUIRRE, El derecho..., *Op. Cit.*, p. 145), entre otros, se refieren a la “quijotización” de Sancho y a la “sanchización” del Quijote. El caso de los refranes sería, en esta línea, un buen ejemplo de la “sanchización” del Quijote.

- Sancho Panza en Barataria

Este punto de la historia deja entrever dos aspectos jurídicos que bien deben diferenciarse: de un lado el ideal de justicia que se proclama en la misma obra por alguien más que el atormentado por ella (recuérdese cómo Cervantes se vio en constantes problemas con la justicia de su época), y de otro la ritualidad jurisdiccional de la labor de gobernar.

Este segundo aspecto pone en evidencia la vinculación de la justicia con el estado jurisdiccional y la propiedad, tan arraigadas en el antiguo régimen⁷⁹. El estado jurisdiccional centra el gobierno en la acción de juzgar, imponiéndose así, como consecuencia lógica, un poder moderado y limitado, dado que, entre otras razones, el gobernante-juez no constituye nuevo derecho derogando el viejo (función estigmatizada en el antiguo régimen⁸⁰), sino que declara en el caso concreto los derechos que se evidencian en el proceso histórico-consuetudinario.

Continuando estas reflexiones sobre el paradigma jurisdiccional, que son ratificadas con la ritualidad del gobernador-juez Sancho, así como en otros momentos de la obra⁸¹, bien puede indicarse que hay un relativo consenso en la iushistoria en torno a la existencia de dicho paradigma en el antiguo régimen, tanto en el continental como en el inglés. Así, en el Common Law y en las obras de varios pensadores británicos como LOCKE⁸² y HUME⁸³, el juez es el centro de la acción jurídica, pero esto no sólo es una premisa predicable de la Isla, sino también que corresponde a una característica general del sistema antiguo⁸⁴. Esta

⁷⁹ FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995. Existe una traducción al español: FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones* (Martínez Neira, Manuel, Trad.), 2ª ed., Madrid, Trotta, 1998, pp. 32-35.

⁸⁰ Esta afirmación es compartida en muchas corrientes historiográficas del derecho, cosa que puede verificarse en GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995. ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La producción normativa bajomedieval según las compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla*, Milano, Giuffrè editore, 1998.

⁸¹ Por ejemplo: “-Advierta vuestra merced -dijo Sancho- que la justicia, que es el mismo rey, no hace fuerza ni agravio a semejante gente, sino que los castiga en pena de sus delitos” (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII).

⁸² Locke, al defender la condición de igualdad, manifiesta la necesidad de la existencia de los jueces, quienes a la larga cargarían con la responsabilidad de la salvaguarda de los derechos naturales, jugando un papel central en su pensamiento político (GOZZI, G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di Diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 15). Ahora bien, es importante señalar que el pensamiento de Locke referido al Derecho y a la política, igualmente debe ser interpretado, si se quiere respetar el patrón original, con base en el Common Law. Es por ello que Gozzi dice: “La dottrina di Locke rappresenta certamente una razionalizzazione della tradizione costituzionalistica inglese” (Ibid., p. 15).

⁸³ “Nuestro sistema político entero, y cada uno de sus órganos, el ejército, la armada y las dos Cámaras, todo ello no es sino el medio de alcanzar un solo y único fin: la conservación de la libertad de los doce grandes jueces de Inglaterra” Hume, David. Citado por: PÉREZ RINCÓN, Antonio, *Apuntaciones históricas sobre el derecho administrativo colombiano -1784 a 1941-*, Bogotá, Editorial Nelly, 1941 (ver en la dedicatoria). Igualmente, HUME, David, *An enquiry concerning the principles of morals*, Indianápolis (Cambridge), Hackett publishing company, 1983. p. 56.

⁸⁴ Entre los trabajos académicos que defienden la existencia de un paradigma jurisdiccional dentro de la gestión del poder político en el antiguo régimen, encontramos: COSTA, Pietro, *Jurisdictio, semantica del*

característica, profundamente analizada por varias escuelas iushistóricas, en especial por la de *Firenze* liderada por GROSSI, indica que en el antiguo régimen la manifestación de las instituciones de poder se hacía por medio del “decir el derecho” (*iuris dictio*), más que de hacerlo. En consecuencia, la labor judicial era el núcleo del poder y la manera de poner a funcionar, en una estructura casuística, el aparato político de entonces, cosa que queda patente analizando las acciones de gobierno de Sancho en la ínsula.

Obsérvese como el discurso expuesto en este subacápite, pone en evidencia la intención de relacionar lo jurídico de *El Quijote* con un contexto, lo que permitiría darle así un nuevo sentido hermenéutico. La obra literaria sería una de las fuentes de los estudios histórico-culturales del derecho, asunto que encuadra en términos generales con el modelo “metodológico”.

- Consejos de don Quijote a Sancho de cómo gobernar–juzgar (*Don Quijote*, Parte II, Capítulo XLII y XLIII)

Muy ligado a lo anterior, se encuentra el discurso del Quijote a Sancho aconsejándole cómo gobernar la ínsula, con la cual el investigador jurídico ratifica el paradigma jurisdiccional, en tanto uno como otro entienden que su misión como gobernador es fundamentalmente la de juzgar.

Sobre el contenido específico de los consejos que el Quijote da a Sancho de cómo juzgar, remito al lector a la Parte II, Capítulo LXII. No obstante, es fundamental dicho texto para el investigador justo porque allí se refleja el ideal de justicia del propio Cervantes como la representación de lo justo y correcto de la época y del texto propiamente.

- Corrupción y prevaricato en el antiguo régimen

No se trata en este acápite de hacer un estudio dogmático penal sobre el prevaricato sino de indagar acerca de su interacción funcional dentro del sistema jurídico tradicional. Éste ha sido pues un mecanismo institucional e institucionalizado de control a la discrecionalidad judicial. El prevaricato toma ribetes trascendentes cuando emerge la postura

potere politico nella pubblicistica medioevale, Milano, Università di Firenze-Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, 1969; VALLEJO, Jesús, *Ruda equidad, ley consumada: Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; HESPANHA, A. M., *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político: Portugal, siglo XVII*, Madrid, Taurus, 1989; MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo, *Storia del Diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001; MARTÍNEZ, Fernando. “Comercio y producción normativa en la crisis del antiguo régimen hispano: examen histórico-jurídico de la orden apócrifa de 1810”, *Revista Opinión Jurídica*, 10, 2006; GROSSI, L'ordine..., *Op. Cit.*; GARCÍA PELAYO, Manuel, “Del mito y de la razón en el pensamiento político”, *Revista de Occidente*, 1968. pp. 65-93 (capítulo: “La idea medieval del Derecho”), entre muchos otros. El último autor citado dice: “(La) función del poder público era guardar ese orden jurídico compuesto por un mosaico de derechos subjetivos y, por eso, el rey no era configurado como legislador, sino como juez, y el rango jurídico-político se media, como hemos dicho, en función de las atribuciones jurisdiccionales” (*Ibid.*, p. 93), lo que explica la importancia de la función judicial en el antiguo régimen.

ideológica de la magistratura como un órgano mecánico de aplicación de la ley, sin razonamiento alguno.

En consecuencia, la existencia misma del prevaricato es un mecanismo idóneo de prueba de la existencia de la discrecionalidad judicial en la modernidad, no sólo como posibilidad sino como realidad, puesto que, como alegó un abogado antioqueño en 1864, “la ley no ha fijado ideológicamente la rigurosa significación de las palabras”⁸⁵. El temor a que se hiciese derecho por medio de una sentencia que introdujese al aparatoso mundo jurídico una decisión que no habría sido deseada como tal por el legislador, impuso como necesaria en el nuevo régimen la instauración discursiva, con fuerza sorprendente en la ideología judicial, del temor a la prevaricación.

Pero el prevaricato no es una institución que haya subsistido a los tiempos, por lo que no debe perderse de perspectiva la función que desempeña en un contexto determinado: la racionalidad moderna. En el antiguo régimen no es fácil hablar de abuso, corrupción, prevaricación, pues de hacerlo se corre el riesgo de aplicar a un tipo político “tradicional”, tal como diría WEBER⁸⁶, el rigor burocrático–legal de la cultura política actual. El principio de tener que administrar la equidad y las retribuciones y gajes a cargo de los justiciables no tiene por qué ser interpretado como desviación corrupta (con todo lo que ello significa hoy día) en el antiguo régimen, a pesar de que haya nominaciones directas al prevaricato o a la corrupción en el Quijote^{87 88}.

Esto remite indefectiblemente a la clásica distinción entre privado y público que, al tocar al derecho, permite hablar de derecho privado y público y el prevaricato como una intromisión indebida de lo primero sobre lo segundo. Pero esta distinción presente en la antigüedad (por ejemplo: Roma), colapsó, como lo sugirió HABERMAS⁸⁹, en el período

⁸⁵ Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1864, número de registro: 289, 4r. Valga afirmar que en el proyecto de investigación “La cultura jurídica en la Antioquia del siglo XIX”, dirigido por el autor del presente artículo, se transcribieron cerca de doscientos expedientes judiciales de la época. Varias de esas sentencias son claros ejemplos de discrecionalidad judicial, justo en momentos que emerge con fuerza el discurso formalista, asunto que se dejará para un escrito posterior.

⁸⁶ WEBER, Max, *Ensayos de sociología contemporánea* (Bofill, Mireia, Trad.), Barcelona, Martínez Roca, 1972.

⁸⁷ Un ejemplo de ello es cuando un galeote le dice a don Quijote: “Dílogo porque si a su tiempo tuviera yo esos veinte ducados que vuestra merced ahora me ofrece, hubiera untado con ellos la péndola del escribano y avivado el ingenio del procurador” (Don Quijote, Parte I, Capítulo XXII). Otro caso sería el siguiente: “Quítese a vuestra merced eso de la imaginación –replicó Sancho–, y tome mi consejo, que es que nunca se tome con farsantes, que es gente favorecida: recitante he visto yo estar preso por dos muertes, y salir libre y sin costas” (Don Quijote, Parte II, Capítulo XI). Súmese esto: Quijote acusa a Sancho de ser “prevaricador de las ordenanzas escuderiles de la andante caballería” (Don Quijote, Parte II, Capítulo XXVIII). Además, Quijote le dice a Sancho “Aconsejaríale yo que ni tome cohecho, ni pierda derecho” (Don Quijote, Parte II, Capítulo XXXII). Y así, podrían mencionarse otros casos.

⁸⁸ Para la redacción de este párrafo fueron fundamentales las opiniones del prof. Carlos Petit (Universidad de Huelva), a quien agradezco por ello.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (1962) (Burger, Thomas, Trans.), Cambridge (MA), MIT Press, 1991. (Cfr. cap. 1).

medieval. El entendimiento de lo público y lo privado durante el Renacimiento, y hasta el Iluminismo, tuvo un valor restrictivo y en materia legal estas nociones llegaron a tener poco peso y valor.

Esto permite decir al Prof. VÍCTOR URIBE (Florida Internacional University) que “la clasificación del derecho colonial, en categorías como lo público y lo privado, resulta absolutamente anacrónica, y proviene de la extrapolación e imposición de nociones antiguas o presentes a sociedades y períodos que obedecían a una lógica y visión del mundo completamente diferentes”⁹⁰.

En consecuencia, en el antiguo régimen no podría hablarse de prevaricato si se entiende por tal lo que le impuso como significado la racionalidad moderna que parte de la distinción entre público y privado, así como de la instauración del estado legislador.

- El testamento del Quijote (Don Quijote, Parte II, Capítulo LXXIV)

Ya el trabajo de BATIZA había indagado por el contexto jurídico a partir del testamento del Quijote; no obstante, debe recalarse que este aspecto remite a un tema fundamental para la cultura jurídica de la España del barroco que dicho autor no trata en su obra y que ya ha sido objeto de importantes tratamientos a ambos lados del Atlántico⁹¹: la promulgación del testamento como acto religioso–jurídico con unas formalidades preestablecidas (que se respetan en el testamento quijotesco).

Dichas formalidades partían de una invocación inicial a Dios, a la Virgen y a los Santos; una protestación de fe; una solicitud de intercesores celestes; unos considerandos para salvar el alma del testador; unas encomendaciones del trato al cadáver; y, por último, unas disposiciones patrimoniales si había lugar a ello. El testamento se convierte así en un elemento propio de la clericalización de los rituales religiosos e incluso jurídicos en el siglo XVII en España, siendo sólo en el XIX cuándo el testamento se empieza a librar de estos elementos religiosos y morales en su configuración, quedando fundamentalmente como un acto jurídico de traspaso de propiedad, como ya puede observarse en ciertos manuales notariales de la época⁹².

⁹⁰ URIBE–URÁN, Víctor, “Constitucionalismo Provincial Colombiano, Vida Pública y Vida Privada en el Período Postcolonial”, en *Ponencias del “Tercer Seminario Internacional de Teoría General del Derecho”*, Universidad de Medellín, Mayo 25, 2006. Memorias editadas en: BOTERO BERNAL, Andrés (editor), *El origen del constitucionalismo colombiano*, Medellín, Universidad de Medellín, 2006. Estas observaciones en torno al derecho colonial son, a nuestro entender, extensibles al derecho que rodea la obra de Cervantes.

⁹¹ Especialmente: VARGAS POO, Martín Eduardo y COGOLLOS AMAYA, Silvia, “La teología de la muerte: una visión española del fenómeno durante los siglos XVI al XVIII”, en Borja Gómez, Jaime Humberto (ed). *Inquisición, muerte y sexualidad en la Nueva Granada*, Bogotá, Ariel–CEJA, 1996, pp. 117-141. LARA RÓDENAS, Manuel José de, *Contrarreforma y bien morir: El discurso y la representación de la muerte en la Huelva del Barroco*, Huelva, Diputación Provincial de Huelva, 2001.

⁹² *El nuevo escribano instruido*, 4ª ed. (1859), Edición facsímil, Guadalajara, Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, 1992, pp. 304-372.

De esta manera, el testamento del Quijote permite vislumbrar este fenómeno antes descrito, donde religión y derecho (junto al sacerdote y al escribano, ambos testigos de la muerte del protagonista de la obra de Cervantes) se encargan de la ritualización del bien morir.

VI. CONCLUSIONES

Cuando se inició el estudio de las relaciones entre lo jurídico con El Quijote, lo primero que se vislumbró fue que estas relaciones podrían ser (y efectivamente fueron) de distinta naturaleza. Ante el reto de identificar las posibles formas de relacionar esta obra con el derecho, se pasó inevitablemente a preguntarnos por las maneras de correspondencia entre los discursos jurídicos (especialmente los de la disciplina jurídica) y la obra de literatura. Se propuso pues una clasificación de dichas relaciones, que se planteó al inicio del texto, en seis grupos que tienen un valor fundamentalmente pedagógico (es decir, permite ver cosas que con otros lentes no sería tan fácil).

Entre esas seis formas encontradas se pudo individualizar dos de ellas que son la propuesta que se hace a los investigadores jurídicos, especialmente en el campo de la historia y la filosofía del derecho. Estos modelos son el “metodológico” y el “analítico”.

Una vez aclarado los dos puntos de partida del estudio que se efectuaría sobre El Quijote, se pasó inmediatamente a dar un pequeño barrido del estado del arte. Como pudo apreciarlo el lector, el tema ha sido muy estudiado, pero no todos los trabajos han correspondido a los modelos de los que se quería partir. Por ello se expusieron tres estudios jurídicos sobre El Quijote que correspondían, en términos generales, a diferentes grupos de los antes planteados, permitiendo de un lado que el lector captara las diferencias que existían en un discurso dependiendo del modelo al que se adscribiera, y del otro aclarar hasta donde se había llegado en las disertaciones contextuales y textuales de El Quijote mismo.

Con base en esos ejemplos y en el estado del arte realizado, se lanzó una idea que aún se sostiene: la obra literaria (en este caso El Quijote) puede ser una excelente fuente para el investigador, en especial para el historiador y el filósofo del derecho, aunque nada obsta que igualmente así sea para otras disciplinas jurídicas pues una obra literaria (como El Quijote) podría ser de ayuda en la exposición de conceptos del derecho positivo vigente, o situaciones ficticias tomadas de la literatura podrían dar pie para la construcción de conceptos aptos para el dogmático, por mencionar dos ejemplos que bien cabrían en los modelos antes explicados.

En fin, no se pretende que la obra literaria reemplace el estudio de otras fuentes, pero sí sería un buen vehículo para el discurso científico del derecho. Además, esto implicaría un cambio del acercamiento a la obra literaria por parte del jurista, en tanto ésta ya no es una expresión (exclusivamente) estética, sino también una fuente primaria que debe ser tratada

como las otras fuentes a las que un investigador está acostumbrado a consultar, ejerciendo sobre ella, si es posible, los mismos ejercicios analíticos, paleográficos, diplomáticos, etc., para los que está capacitado y que utiliza al momento de acercarse a un documento.

Para comprobar tal aseveración, se expusieron siete partes de la obra del Quijote que permiten tomar a este texto como un objeto de estudio en sí mismo para desentrañar el derecho contextual e intratextual.

Entonces, se considera pues como válida la metodología de estudio de la obra del Quijote para las investigaciones jurídicas, en especial para la historia y la filosofía del derecho, aspecto que apenas inicia, teniendo en cuenta que el presente artículo no cierra ningún debate sino que invita, de un lado, a realizar pesquisas que sumen otras fuentes de información diversas a las tradicionales y, de otro, a asumir con responsabilidad una de las seis maneras expuestas de relacionarse el derecho con la literatura.