

## INTRODUCCIÓN

---

¿Cómo puede hablarse de argumentación jurídica en un contexto en el que el abuso de poder es una constante incluso entre los que deberían impartir justicia? Santones de la argumentación jurídica que han sido ungidos por patriarcas europeos de la materia, son enviados a evangelizar en tierras de salvajes, la racionalidad occidental es su bandera y cargan sus reliquias, libros y atriles dados por sus prelados sirven como objetos sagrados y taumatúrgicos, fórmulas mágicas son enunciadas para lograr poner fin a los conflictos en las amplias y esterilizadas estancias del Alto Tribunal. No hay lugar para el sentido común, no hay tiempo para una mirada humanitaria, no hay espacio para escuchar a la sociedad, la presión por elevar los datos numéricos de asuntos resueltos lo justifica todo, el rezago judicial es el fantasma de las navidades viejas que viene a asustar a los pobres operadores jurídicos que no logran conciliar el sueño por las noches. En las calles, en el campo, en el basurero, en la frontera todo sigue igual, o peor, pero esto no lo dicen los argumentólogos so pena de arruinarse el negocio, Centros con nombres rimbombantes imparten cursos de argumentación cual panacea actualizadora de conocimientos prácticos, y sí ya todos sabemos argumentar ¿Por qué estamos tan mal?, ¿Por qué es tan difícil pedir no sólo que nos den acceso a nuestros derechos sino simplemente que respeten nuestras libertades?

Paradójicamente, en el discurso, vivimos una etapa desenfrenada de derechos.<sup>1</sup> Casi todo puede ser traducido en términos de un derecho subjetivo, pero es totalmente entendible en el contexto de un Estado supuestamente productor de derechos, que justifica su existencia como dispensador social de los mismos. Lo anterior supone problemas prácticos muy severos, primero porque existe la sensación de que los derechos humanos más que encontrarse en un plano de armonía se encuentran en un plano de colisión constante unos con otros, o en su caso los derechos se confrontan con principios, con valores o con reglas.<sup>2</sup>

Tal vez por lo antes expuesto hay una gran expectativa sobre la argumentación, porque ante este efecto de *pool* jurídico, que produce la sensación de incertidumbre, parece que un buen ejercicio hermenéutico puede llevar a desenredar una trama demasiado complicada donde los derechos se enmarañan. Y hasta aquí, a propósito, hemos apelado a algunas metáforas, porque como decimos, se trata de una ‘sensación generalizada’<sup>3</sup> que sólo puede ser explicada de modo alegórico, y aunque la reticencia es bastante, la mejor imagen de todo esto es aquella del juego mecánico de feria llamado “carros chocones” y en otros países “carros locos”, los derechos chocan unos con otros y nadie puede estar seguro de cuál sacará la mejor parte. Y decimos que es la mejor imagen porque si nos refiriéramos por ejemplo al choque entre átomos que dependiendo la medida puede producir energía o en su caso la

---

<sup>1</sup> Cfr: PINTORE, Ana, “Derechos insaciables”, en: *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 243-265.

<sup>2</sup> Cfr: ALDUNATE, Eduardo, “La colisión de derechos fundamentales”, en *Revista Derecho y Humanidades* núm. 11, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2011, pp. 69-78.

<sup>3</sup> Porque para algunos los derechos humanos pueden sentirse: HERNÁNDEZ, José Antonio Farías, “Sentir los derechos humanos sin abrir la ‘Declaración’: un taller de reflexión”, en: *Revista Didac*, núm. 51, Universidad Iberoamericana, México, 2008, pp. 15-20.

destrucción del planeta, no sería tan atinado porque los derechos necesariamente han de enfrentarse para subsistir, cual gladiadores romanos, y de ese modo a cada encontronazo saldrán más fortalecidos pero quizá muestren las marcas de la batalla.

Y por metáforas no paramos, alguna vez escuchamos la supina metáfora de que los derechos son como “el juego de las sillas”, en México, este juego consiste en que se colocan sillas en un número inferior a los participantes, se pone música y cuando la música se deja de oír todos deben buscar un asiento, uno de los participantes quedará sin lugar y queda descalificado, esto se hace sucesivamente hasta que sólo queden dos participantes y una silla, ganará el que logre sentarse; quien exponía, decía entonces, que los derechos son como esos dos participantes que pelean por la silla, sólo uno logrará sentarse y ganar, pero eso no significa que el otro participante desaparezca de la escena y podrá participar nuevamente en juegos posteriores, ciertamente, pero la idea, de un perdedor, y de una pelea entre derechos se mantiene, además con la banalidad que supone el ejemplo, porque el que gana lo hace o por fuerza o por astucia pero no por justicia, y seguimos de todos modos fomentando una concepción litigiosa y competitiva de los derechos.

Entonces para todos estos autores es fundamental saber dirigir un derecho para que salga airoso de la lucha que sostendrá, y eso se dice, debe hacerse, a través de una adecuada técnica argumentativa, que por cierto cada día es más sofisticada, compleja y costosa.

Pero el reto más interesante y el más abandonado, es el que la técnica argumentativa no sólo constituye un proceso formal de verificación de jerarquías entre derechos, principios, valores y reglas sino que cada uno de estos conceptos debe ser expresado de

la manera más adecuada posible, lo adecuado es en función de la persona, cuya dimensión por cierto no es sólo individual sino además una manifestación social, una proyección cultural, en fin es una dimensión integral antropológica, cuestiones todas ellas, que van más allá de la simple lógica formal jurídica, incluso podríamos aseverar diametralmente opuestas.<sup>4</sup> Y es que parece que el derecho se enfrascó en los últimos siglos en problemas tan absurdos o al menos en problemas que no concernían propiamente a la dimensión humana, sino a un supuesto sistema con complejo de Peter Pan, que no se atreve a empoderar a sus destinatarios por considerarlos inmaduros.

Lo humano fue disuelto detrás de una serie de postulados más o menos eficaces como el principio de legalidad, el Estado de Derecho, la supremacía constitucional, el principio de representación, la soberanía, etc. donde en el mejor de los casos se hablaba de un supuesto sujeto jurídico hipotético, el sujeto empírico desapareció. Por eso se insistió mucho en humanizar al derecho, y dentro de los muchos paliativos encontrados nacieron los derechos humanos, paradójicamente como una manifestación de nuestra deshumanización, justo después de lograr aniquilar al ser humano apoyándose en el en estos presupuestos como hicieron los totalitarismos.<sup>5</sup>

Así que el problema más grave no fue dejar de usar el derecho sino usarlo para cosas malas, o dicho de otro modo “banalizamos la injusticia”,<sup>6</sup> creíamos que eso era lo correcto lo creímos así por

---

<sup>4</sup> Cfr. GRICE, H. Paul y WARNER, Richard, *Aspects of reason*, Clarendon Press, Oxford, 2001.

<sup>5</sup> Cfr. ZIZEK, Slavoj, “Contra los derechos humanos”, en *New Left Review*, núm. 34, Madrid, 2005, pp. 85-100.

<sup>6</sup> Por reutilizar la idea de Hannah Arendt sobre banalización del mal por la cual “...algunos individuos actúan dentro de las reglas del sistema al que pertenecen sin reflexionar sobre sus

idiotas o peor aún, convencidos de que éramos los únicos que teníamos la verdad absoluta. Y a pesar de todos los destrozos nuestra soberbia gremial nos sigue empujando a seguir confiando en las formas más que en las personas, seguimos haciéndonos las preguntas incorrectas, no se trata de choques o contusiones de derechos, se trata de personas que buscan espacios, oportunidades y libertades, por ende la argumentación sigue emparentada con un sinfín de atavismos, la única solución es empezar haciéndose las preguntas correctas ¿qué es lo correcto? Esa, ya es una buena pregunta.

---

actos. No se preocupan por las consecuencias de sus actos, sólo por el cumplimiento de las órdenes. La tortura, la ejecución de seres humanos o la práctica de actos «malvados» no son considerados a partir de sus efectos o de su resultado final, con tal que las órdenes para ejecutarlos provengan de estamentos superiores<sup>7</sup>. *Cfr.* ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona 1999.