

Por esto es urgente encontrar bases sólidas recurriendo a todas las herramientas posibles porque si no un día esta estructura metodológica se derrumbará estruendosamente y nos llevará con ella.

II. HERMENÉUTICA EMPÁTICO-SIMBIÓTICA

1. Los casos realmente trágicos

Nos ha quedado de la herencia dworkineana la idea de que los casos controvertidos del derecho pueden ser de dos tipos, los fáciles y los difíciles, son estos segundos los que requerirán de un desarrollo argumentativo complejo y arduo que además no terminará por convencer a todos porque encierran una “dificultad latente” pero al menos se presumirá realizado bajo los parámetros de racionalidad y justeza.⁴⁴

Podríamos agregar que incluso hay casos “más” que difíciles a los cuales Atienza ha llamado trágicos,⁴⁵ sin embargo, lo trágico no está en los casos sino en el presupuesto mismo del derecho concebido como una lucha en la que hay un perdedor y un vencedor, la tragedia parecería que se tratara en el determinar quién será el perdedor, quien normalmente tiene mucho que perder y de ahí la tragedia.

Pero si consideramos realmente la naturaleza lírica del derecho como tragedia, tendríamos que ir más allá pues la tragedia impli-

⁴⁴ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986, p. 6.

⁴⁵ ATIENZA, Manuel, “A propósito de la dignidad humana”, *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, Rio de Janeiro, 2009, pp. 133-138.

ca muchas otras cosas, en principio se presenta como una narración determinista en la que es imposible evitar el dolor, el cuál debe ser administrado y repartido de la manera más equitativa, pero nadie se salva, la narración que de ahí procede es violenta en todos los sentidos, los involucrados en una tragedia de enfrentan a un destino inevitable y misterioso que a veces es imposible describir en parámetros de la lógica convencional por lo que hay que recurrir a la poesía y a muchas, muchísimas alegorías y lo más interesante, siempre hay un holocausto, una víctima propiciatoria, un sacrificio enorme.

En términos conceptuales se trataría de asociar *hybris* con *dike*, recordemos que desde Hesiodo, *dike* que simboliza al derecho se antepone a *eris*, *bía* e *hybris*, la pendencia, la violencia y la desmesura, el derecho en principio se contraponen a estas fuerzas, fue Solón quien consideraba que no se trata de contrarrestar estas fuerzas sino más bien de alinearlas al derecho, lo cual supone conocerlas y operarlas, claro está que Solón era un gobernante, la enunciación contemporánea de este planteamiento fue hecha por Weber a través de su concepto de violencia legítima, el Estado es un organismo encargado de operar el derecho pero también la violencia, siempre y cuando esto se haga dentro de un marco legal, lo cual da como resultado la icónica figura del Estado de Derecho, sin embargo, el uso de la violencia siempre genera violencia, heridas y víctimas, que por mucho tiempo el Estado desconoció en el sentido de poder reparar sus errores.

El someterse al derecho supone ya una violencia, renunciaciones y sacrificios, pero en general el ordenamiento jurídico entendido como pacto social, implica daños colaterales y holocaustos necesarios, es decir, una tragedia en la que la *hybris* debe ser ad-

ministrada, de modo tal que no sea ni tan evidente, ni tan desproporcionada que lleve a los ciudadanos a una revolución. Y ya que habrá daños colaterales lo mejor es que estos sean orientados desde inicio a los enemigos de la patria, o al menos hacer creer que serán estos daños recaen sobre los elementos perniciosos de la sociedad.

El derecho entonces en términos generales nos ofrece muchos casos trágicos en tanto que al ser operado por seres humanos fallibles necesariamente llevará a injusticias en las que inocentes serán inculpados, obviamente se espera que en la medida de lo posible estos errores sean lo menos, sin embargo la historia nos ha demostrado que normalmente la excepciones se vuelven regla (en la famosa tesis histórica de Walter Benjamin) los gobiernos han aprendido a revertir el contrato social a su favor, es difícil determinar sino no es que son más los errores que los aciertos, en este tenor de ideas los jueces, y en general todas la autoridades involucradas en la toma de decisiones, serían parte de este juego trágico, no importa la decisión que tomen ya está de antemano presupuestado un número hipotético de casos que tendrán que constituirse en sacrificio para que dicha sociedad siga funcionando.

2. Los vicios de la argumentación jurídica

Podríamos decir así sencillamente que lo que rimbombantemente se llama Teoría de la Argumentación Jurídica, poco o nada tiene que ver con el ser humano, lo demuestran las publicaciones y congresos sobre el tópico en los cuales se abunda en fórmulas y cálculos que hablan de supuestos valores que re-presentan a los derechos y libertades de supuestas personas que eventualmente

son seres humanos. Y ya que dicha bibliografía es extensa y abundante, nosotros insistiremos en lo otro, en lo humano.

¿Por qué es que el derecho se convirtió sólo en argumentos?, ¿Cómo es que esos argumentos dejaron de hablar de lo humano? La respuesta es relativamente sencilla y se encuentra en la base de la propia historia de la filosofía del derecho, el derecho se convirtió en un objeto de estudio de una ciencia positiva que aspiraba a convertirse en una ciencia infalible, a través de libros que contenían el derecho de manera completa y con capacidad de completarse, con un sistema capaz de autointegrarse, con mecanismos que permitirían que el derecho llegara a todos sólo con manifestarlo; cuestiones todas que transgredían la lógica pero que paradójicamente fundaban su autoridad en la misma.

¿Qué nos hace pensar que las cosas son y serán siempre como las hemos experimentado? Parece que los jurados más influyentes, ya tienen un juicio de valor previo y sólo buscan como justificar su voto, pues además del análisis fisonómico realizado al imputado, y los dichos de la parte acusadora, algunos jurados suman sus propios prejuicios, experiencia y visión propia, poco escuchan los puntos de vista de sus compañeros. El gran tema actual de la argumentación jurídica está fuera de la propia argumentación jurídica aunque parezca paradójico, se ha convertido en algo tan técnico, formal y formulario que los problemas más elementales de tipo antropológico los desdeñamos, por ejemplo este caso particular de lo que podríamos denominar **preargumentación**, es decir, la incapacidad de muchos de poder entablar un verdadero diálogo, pues son tantos los prejuicios, preconceptos y condicionamientos que aunque se tengan las aptitudes para argumentar

sino se tiene la actitud de nada sirve todo el bagaje técnico, habrá de antemano una postura que sólo se tratará de reafirmar en el curso del debate y de imponer a los demás, al final del día se trata de un autoritarismo disfrazado y cualquier muestra o intento de argumentación será sólo un engaño o simulación. Se trata de una fase preargumentativa de la cual dependerá todo el ejercicio propio de la argumentación, en esta fase ha de verificarse que realmente existe la disposición para dialogar y que hay capacidad para ceder aunque esto no implica ni relativismo moral o renunciar a las propias convicciones sino simplemente hacer el ejercicio dialéctico y empático de trata de ponerse en la situación contraria a la que se defiende, construir conocimiento para no caer en un diálogo de sordos que no es diálogo sino monólogo.

El otro peligro es la **sobreargumentación**. Cuando los condicionamientos son tan difíciles de remover y se haya superado la preargumentación por una simulación sofisticada pero en realidad la soberbia impide aceptar “más razones” la argumentación comenzará a plagarse de argumentos de todo tipo que serán manipulados para apoyar el propio razonamiento, normalmente cuando hay una sobrecarga de argumentos estamos frente a un tipo de argumentos llamado apodíctico que conlleva evidencia, pero el gran peligro es que un argumento retórico que requiere no sólo demostración sino que es plausible se haga pasar por apodíctico sobrecargando la argumentación, por eso se debe ser muy cauto frente a evidencia contundentes, eso nos ha enseñado la posmodernidad y la única forma de ser cautos es ser humildes, una virtud nada fácil de conseguir, así que toda argumentación ilustrada, planteada a partir del postulado “sólo algunos tienen la verdad” necesariamente es falaz y autoritaria.

Los hombres de *12* están preargumentando y sobreargumentando y todo parece evidente, la única posibilidad de coherencia es hacer un alto y cuestionarlo todo, suena a la duda metódica cartesiana, pero es algo más, es no renunciar al juicio, a ese elemento que nos hace seres humanos, es seguir pensando para abatir la comodidad y pereza que son aliadas de la soberbia.

La argumentación debería entonces regirse por otros principios como hemos dicho ya, por la prudencia, empatía y agregaríamos la simbiosis, buscar el mayor beneficio posible en términos de justicia conmutativa y distributiva, para todos los involucrados.

En materia de ética judicial la virtud que la película más exalta es la objetividad. El jurado está conformado por ‘anónimos’, a tal punto que no conocemos sus nombres. Se trata de personas que aparecen como representantes de una sociedad que participa en el juicio a través del jurado. Sin embargo cada uno de ellos desempeña un rol y su comportamiento influirá a la hora de decidir la suerte del acusado. Como podemos ver, a través de las actuaciones de sus miembros, se ven los prejuicios que algunos de ellos tienen, esto hace que uno de los temas centrales de la película sea la subjetividad, la condición social, el origen familiar, parecen influir en nuestras decisiones, así podemos ver a lo largo de la película las opiniones preconcebidas sobre los hechos, sin intención de comprobarlas o ponerlas en duda.

El ejercicio que cada jurado debería hacer es el de despojarse de su subjetividad, ciertamente es imposible un pensamiento neutro, a menos que lo haga una computadora y aun así estará programada bajo ciertos patrones. El despojarse de la subjetividad no es

nada sencillo porque es el propio instinto de conservación el que nos empuja a refrendar nuestros propios criterios, la necesidad puede confundirse con perseverancia. La imaginación, la memoria y la estimativa (sentidos internos) pueden ayudar a ubicar los momentos, hechos y conductas que generan en nosotros estados de subjetividad perniciosos, recordar y visualizar cuestiones que calificamos como malas o negativas y que quizá nos están originando preconcepciones, por ejemplo si vemos a una persona con tatuajes lo relacionamos con alguien vicioso ¿por qué es que tenemos esta idea? ¿cuándo surgió por primera vez en nosotros? ¿cómo nos hace sentir?

Al final del día se trata de conocernos mejor a nosotros mismos, es un proceso mayéutico que nos llevará a identificar los factores que nos obligan a pensar de forma estereotipada. Habría que insistir en no dejarse llevar por las apariencias, el cine está plagado de esta advertencia, sobre todo el contemporáneo, que nos lleva a considerar de forma más empática al *otro*. Por ejemplo el cine de ciencia ficción insistiendo en aliens, robots y todo tipo de monstruos, que en principio viven y ven de forma distinta la vida, pensar diferente es un buen ejercicio, pensar al revés es otra forma de hablar de la duda y por tanto del razonar.

Diversos filósofos han asegurado que en todo el cine encontraremos cuestiones éticas subyacentes y no parece exagerado si pensamos que en el cine la cuestión humana es siempre un recurrente, tal vez porque es hecho por seres humanos, y ya lo decíamos que aun si se dejara tal tarea a una computadora el resultado sería el mismo porque dicha computadora estaría programada a partir de las expectativas de un programador humano, así, el cine inclu-

so el que destierra lo humano a propósito,⁴⁶ es visto por humanos quienes sacamos conclusiones de lo que observamos. El cine de ciencia ficción y el cine de horror juegan muy bien con la dialéctica humano-no humano, es la ruptura de las leyes de la física, pero también de las reglas sociales, las que nos permiten hacer hipótesis acerca de fenómenos límite. El cine de zombies es un ejemplo interesante porque habla de una situación en la que humanos-no humanos atacan a humanos para deshumanizarlos, los humanos deben hacer frente a situaciones de inminente depredación acabando con la plaga, es decir, aniquilando a estos seres, esto supone por un lado organizaciones dentro de Estados de sitio y tomas de decisiones inmediatas como por ejemplo matar a un ser querido o cercano, aunque en la hipótesis zombie, no sería propiamente la persona en cuestión y así ha sido desde *White Zombie (La legión de los hombres sin alma, 1932)* hasta *Guerra Mundial Z (Marc Foster, 2013)*, sin embargo, el último cine de zombies ha manifestado que tal vez esas acciones tan inmediatas no sean tan correctas, por ejemplo en *La huésped (Stepheni Meyer, 2013)*, *Mi novio es un zombie (Jonathan Levine, 2013)* y en la película mexicana *Halley (Sebastian Hofmann, 2013)*, los zombies siguen siendo humanos y el planteamiento es lograr la empatía del espectador con estos personajes.⁴⁷ La vehemencia por aniquilar lo extraño nos ha llevado a replantear tópicos cinematográficos tan estereotipados como los zombies, ¿no podría ser que hagamos lo mismo con sujetos empíricos de carne y hueso en nuestras socie-

⁴⁶ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “1984”: Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria” en *Torturas en el cine* (coord. por Juan Antonio García Amado, José Manuel Paredes Castañón), 2005, pp. 19-46.

⁴⁷ Para citar un ejemplo emblemático en la película *Soy leyenda (Francis Lawrence, 2007)* el zombie que hace frente al protagonista muestra una serie de sentimientos todavía humanos aunque alterados pero al menos es capaz de razonar e incluso de enamorarse, pues su odio se debe a que le han matada a su pareja sentimental.

dades a los cuales hemos invisibilizado como los indígenas, lo migrantes o las propias mujeres? En *12* el chico a propósito es un checheno que es el típico *otro* en la cultura soviética, es quien te genera miedo por venir de la periferia, pero es el que más necesita de la inclusión, las acciones afirmativas y la discriminación positiva; aunque esta persona debería reaccionar violentamente por su propio pasado no lo hace y de ello habría que aprender, se trata de una lección de alteridad, también el cine está plagado de esto, los extraños pueden enriquecer nuestra cosmovisión, el extranjero es propicio porque aporta novedades a nuestra cultura socialmente hablando y personalmente también.

3. La dimensión textual de los derechos

La crítica más severa que puede hacerse a la teoría de la contemporánea de la argumentación jurídica, es su escasa conciencia sobre el espacio en el que trabaja, adoleciendo de una referencia geográfica concreta, elabora marcos hermenéuticos universales, que parecieran aplicables a cualquier contexto. Sin entrar en la sinuosa vía del tridimensionalismo, vamos a decir que los derechos humanos, como muchas otras ‘realidades’ tienen una dimensión textual triple, por un lado son parte de una reivindicación social que un sector de la comunidad demanda a otro —normalmente los oprimidos a los dominadores— y por tanto hablaríamos de una **dimensión contextual**, existen en un espacio geográfico el cual es susceptible de un trabajo arqueológico del saber,⁴⁸ no siempre se demandó lo mismo, muchas demandas nacieron en un momento determinado, fueron impuestas o creadas *ex novo*; por

⁴⁸ Cfr: FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo XXI, México, 1968.

otro lado, existe una **dimensión textual en *stricto sensu***, los derechos se escriben, se compulsan, se formulan y se determina sobre su vigencia y alcance en leyes y sentencias; finalmente la **dimensión pre-textual**, entre el contexto y el texto, existen muchas lecturas entre líneas, preconceptos, prejuicios y pensamiento mimético que depende muchas veces de idiosincrasias, ideologías e incluso utopías, una teoría de la argumentación jurídica que no tenga en cuenta procesos antropológicos, y en concreto una teoría de la cultura, es una teoría coja o manca, pues o no anda del todo o le cuesta asir las cosas.

Entonces los derechos humanos surgen en un espacio, pero no en cualquier espacio, porque como hemos dicho más arriba, es espacio simbolizado. El espacio es un tema apasionante y que no puede entenderse sin otro concepto clave, sobre todo si hablamos de derechos, se trata de la libertad; concebida como “terreno ético”⁴⁹ o incluso en lo político, concebida como un “espacio vital”.⁵⁰ El espacio ha sido por siglos, aquella porción en la que el ser humano mismo subsiste y existe, es la zona en la que se autodetermina y puede gozar de sus derechos. El espacio científico ha sido dominado por la teoría euclidiana, y que Descartes aprovechará para aportarle su *cogito ergo sum* y crear un espacio interno y hacer a la persona ‘propietaria de sí misma’. Con Newton el espacio se absolutizará en una especie de *sistema inercial*. Una teoría del espacio que se debate entre infinito newtoniano y finito einsteniano. Un balance contemporáneo del espacio nos da por resultado:

⁴⁹ GALZIGNA, Mario, “Lo spazio e il limite”, en: *Il Centauro. Rivista di filosofia e teoria politica, Spazio/Politica*. núm. 11 y 12. Napoli. mayo-diciembre.1984. pp. 117-128.

⁵⁰ Concepto muy asociado al nazismo, pero tenemos una reconstrucción contemporánea en: BOTERO BERNAL, Andrés, (ed.) “Introducción” en *Naturaleza y Cultura: Una mirada interdisciplinaria*, Biogénesis, Medellín, 2004. pp. 5-11.

un espacio psíquico con Freud, un espacio antropológico con Lévi-Strauss, un espacio histórico-genealógico con Foucault.⁵¹ Actualmente, la visión de los espacios atraviesa por concepciones de sistemas complejos con sus fuertes deudas a las ciencias biológicas.

Pero la modernidad ha generado una idea de espacio cerrado, fruto de las construcciones kantianas que encarcelaron el espacio mental del hombre contemporáneo hasta llegar al derecho en donde reinó sólo un proyecto: un sistema jurídico⁵² puro, una construcción que adquirió además diseño arquitectónico cierto en forma de pirámide gracias a Merkl, y con Kelsen la arquitectura jurídica pura se convirtió en el anhelado proyecto político de neutralidad del observador,⁵³ en donde los faraones modernos pudieran tener sus secretas cámaras funerarias mientras el hombre común vaga por pasadizos oscuros que lo llevan de una habitación a otra causándole melancolía por los espacios abiertos. Kafka como arquitecto jurídico escribió sobre esta melancolía y construyó un castillo, Borges como arquitecto literario ideó un infinito en lugares cerrados para respirar cuando la falta de espacio nos sofocara.

Sigamos con la alegoría, muy grata a la teoría jurídica, el derecho y sus instituciones son construcciones realizadas por un arquitecto magnífica llamado jurista, que usa de la argumentación jurídi-

⁵¹ GALZIGNA, *Lo spazio...*, *op. cit.*, p. 128.

⁵² La obra más completa sobre 'sistema jurídico', destinatario del sistema, teoría pura del derecho, ciencia jurídica y arquitectura civilística es sin duda: CAPPELLINI, Paolo, *Systema iuris. Genesi del sistema e nascita della scienza delle pandette*, Giuffrè, Milano, 1984/85.

⁵³ La metáfora arquitectónica inicial de Kelsen fue la cascada normativa. Luego se adoptó a la planteada por su discípulo Merkl de la pirámide. Ambas metáforas tienen serias dificultades desde una lógica arquitectónica ya seriamente denunciadas por la academia crítica. Por ejemplo, ¿cuál es el peldaño superior de la pirámide que la corona y sobre el que penden los demás niveles?

ca para ir edificando, pues bien, las construcciones deberían ser espacios habitables, las condiciones de cada vivienda, son los derechos humanos, las preguntas que debe hacerse el arquitecto deberían ser dirigidas al usuario al cual se destinará la obra, parece elemental, ¿Cuáles son entonces las necesidades del destinatario de los derechos?: 1) aquellas que el mismo usuario percibe, 2) aquellas que perciben conjuntamente el arquitecto y el usuario, 3) aquellas que sólo percibe el arquitecto y, por último, 4) aquellas que ninguno de los dos percibirá. Automáticamente viene a la cabeza la teoría de los derechos difusos, las generaciones de derechos y en general las intenciones jurídicas; dónde parece apuntarse que existen derechos que aún no conocemos, pero que un día descubriremos, pues hay quien vive y justifica su existencia en la producción de estos derechos, hasta que llega un momento en que parece que el derecho ha generado la propia necesidad. Sí es que se puede hacer arquitectura jurídica, ésta no debe servirnos para instrumentalizar el derecho.

Como gran novedad se presentan posturas denominadas “neo-constitucionales” al leer a estos autores pareciera que construyeron de la nada y que antes de 1950 no existía un sistema constitucional, ni derechos, ni mecanismos jurisdiccionales para protegerlos, teorías como ésta, se presentan como las construcciones actuales de material prefabricado, muy vistosas pero en realidad poco duraderas y artificiales donde se hacina a muchos individuos para que rinda mucho, sin luz natural, sin aire que circule; nos hacen olvidar todo lo que hay debajo y a veces, lo que hay afuera, esos edificios pueden estar en cualquier lado, carecen de identidad e historia, adolecen del contexto.